

A LEI DE BASES DA ECONOMIA SOCIAL PORTUGUESA: ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS

Deolinda APARÍCIO MEIRA

Professora Adjunta da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto

meira@iscap.ipp.pt

ASSUNTO: XIV JORNADAS CIRIEC – COMUNICAÇÃO – T9 – APARÍCIO MEIRA, DEOLINDA

RESUMO:

O propósito deste estudo é o de analisar criticamente o Projeto de Lei n.º 68/XII, relativo à *Lei de Bases da Economia Social* portuguesa, quanto a um conjunto de questões essenciais dele constante, como sejam: a delimitação do conceito de economia social; a enumeração das entidades que integram o setor; a definição dos seus princípios orientadores; a questão da definição dos mecanismos de promoção e fomento do setor; e a consagração de um regime de concorrência que tenha em conta as especificidades do mesmo. Na decorrência desta análise, apresentam-se propostas de alteração de alguns dos preceitos deste Projeto de *Lei de Bases*. Este, situando-se num patamar abaixo do constitucional, não poderia ter ignorado o *Princípio da proteção* previsto na Constituição da República Portuguesa para o setor cooperativo e social, no qual fundamento a defesa da adoção de soluções diferenciadoras para o mesmo setor e que deverão constar expressamente do diploma em análise neste estudo.

PALAVRAS-CHAVE:

Lei de Bases, economia social, cooperativa, Constituição da República Portuguesa.

ABSTRACT:

The purpose of this study is to critically examine the Draft Law 68/XII on the Social Economy in Portugal, on a number of key issues contained therein, such as: the definition of the concept of social economy; the list of entities engaged in this sector; the definition of its guiding principles; the question of defining the mechanisms of promotion and encouragement of the sector; and the consecration of a competition regime that takes into account the specifics of it. In consequence of this analysis, we propose changes to some provisions of the Draft Law. This Draft, placing itself in a level below the constitution, could not have ignored the principle of protection provided in the Constitution of the Portuguese Republic to the cooperative and social sector, on which I defend the adoption of differentiating solutions for the same sector and that should be explicitly included in the Draft analysed in this study.

KEYWORDS:

Law, social economy, cooperative, Portuguese Constitution.

ECONLIT SUBJECT DESCRIPTORS: P130, Q130, L310, K390

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. A questão do «Fomento da economia social» 5. A questão da sujeição das entidades da economia social às normas da concorrência 6. Conclusões 7. Bibliografia

1. PRELIMINAR

Este estudo pretende refletir criticamente sobre alguns dos preceitos constantes do Projeto de Lei n.º 68/XII relativo à *Lei de Bases da Economia Social*, aprovado na generalidade na Assembleia da República, no dia 2 de setembro de 2011¹, e que se encontra atualmente para apreciação numa comissão da especialidade para a introdução dos ajustamentos que forem considerados adequados, antes da votação final global.

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.

Face ao exposto, uma Lei de Bases deverá assumir-se como uma lei geral, com objetivos muito limitados, que o projeto de *Lei de Bases da Economia Social* assume como sendo 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

¹ - O texto completo do *Projeto* poderá ser consultado em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?ID=36468>.

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 setor².

Todavia, no ordenamento português este problema estará 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)³, 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 NAMORADO⁴, como o princípio da coexistência dos três setores (público, privado e cooperativo e social), o princípio 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*.

² - Ver, neste sentido, LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ PACHÓN, «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, Octubre 2009, pp. 63-66.

³ - Neste texto, daqui em diante, quando for referida a *Constituição da República Portuguesa*, será usado o acrónimo CRP.

⁴ - Ver RUI NAMORADO, *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e Pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 81 e ss..

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 mercado⁵. 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 social⁶. Além de assegurar o substrato mínimo de cada um dos referidos setores e subsectores, a garantia institucional 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.

Daqui resulta que a «definição dos setores de propriedade dos meios

⁵ - Ver, neste sentido, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, p. 27.

⁶ - Ver, neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007, pp. 976-977.

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 exercício⁷.

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 técnico⁸.

⁷ - Ver, neste sentido, RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, coordenação de PAULO OTERO, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 350-354.

⁸ - Para uma análise desenvolvida do enquadramento constitucional da economia social em Portugal, designadamente quanto às cooperativas, ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «O

Não poderia, por isso, o Projeto de *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 no seu Preâmbulo, ainda que, segundo o nosso entendimento, de forma muito sucinta. Nesta decorrência, e de modo a vincar esta especificidade do ordenamento português, propomos um acrescento à redação do art. 1.º (que tem por epígrafe «Objeto») do Projeto de *Lei de Bases*, nos seguintes termos: «A presente lei, *na sequência do disposto na Constituição quanto ao setor cooperativo e social*, estabelece o regime jurídico da Economia Social [...]» (acrescento em itálico).

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 dá conta o Projeto de Lei n.º 68/XII, quando, no seu Preâmbulo, destaca 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 organizações 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

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

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 outras⁹.

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»¹⁰, 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 segura¹¹, consideramos que andou bem o legislador no Projeto da *Lei de Bases* ao optar, quanto à delimitação do conceito de economia social, por

⁹ - Ver, neste sentido, RUI NAMORADO, «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.

¹⁰ - RUI NAMORADO, «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.

¹¹ - Ver neste sentido, RUI NAMORADO, «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.; GEMMA FAJARDO GARCIA, «La economía social en las leyes», *CIRIEC – España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, Outubro 2009, pp. 7-9; LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ PACHÓN, «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», cit., pp. 66-71.

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 art. 2.º do Projeto, «entende-se por Economia Social o conjunto das atividades económicas e empresariais, livremente levadas a cabo por entidades que atuam de acordo com os princípios referidos no artigo 5.º, cuja missão vise o interesse geral económico ou social da Comunidade ou o interesse dos seus membros, utilizadores e beneficiários, com respeito pelo interesse geral da Comunidade».

Esta definição merece-nos, desde logo, o reparo de que o legislador deveria referir que estas entidades são entidades privadas, de forma a vincar o carácter não público das mesmas.

Sublinhe-se, ainda, a circunstância de o legislador associar a noção de economia social ao exercício de uma atividade económica e empresarial, a qual terá por finalidade a prossecução de um interesse geral, sem, contudo, explicitar o que se entende por «atividade económica e empresarial». Ora, consideramos que a expressão «atividade económica e empresarial» deverá ser entendida no seu sentido mais amplo, ou seja, no sentido de que só deverão ser consideradas como entidades da economia social aquelas que se dediquem à «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»¹². Na mesma linha, 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-benefício¹³. Tendo em conta esta

¹² - RUI NAMORADO, «Os quadros jurídicos da economia social – uma introdução ao caso português», cit., p. 9.

¹³ - MANUEL PANIAGUA ZURERA, Las empresas de la economia social. Más allá del

associação, os elementos de conexão da economia social a algumas das entidades que a integram, e que aparecem enumeradas no art. 4.º, são evidentes, destacando-se como paradigma desta conexão as cooperativas.

Efetivamente, as cooperativas são empresas que visam o exercício de uma atividade económica (art. 7.º do *Código Cooperativo Português - CCoop*¹⁴), a qual 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 entreajuda dos membros. A missão social das cooperativas resulta, sobretudo, desta obediência aos princípios cooperativos formulados em 1995 em Manchester, princípios que constituem o aspeto 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

comentário a la Ley 5/2011, de economía social, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 146.

¹⁴ - 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*.

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 cultural¹⁵.

Maiores dificuldades se colocarão relativamente a outras entidades, como é o caso das associações e das fundações, pois, à luz do preceituado no art. 2.º do Projeto, apenas aquelas que desenvolvam uma atividade económica, que tenham natureza empresarial e que visem a prossecução de um interesse geral poderão integrar o setor da economia social¹⁶.

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) instituições particulares de solidariedade social de natureza associativa, fundacional ou equiparadas; b) organizações não governamentais; c) fundações; d) associações com fins altruísticos que desenvolvam a sua atividade no âmbito científico, cultural e da defesa do meio ambiente; e) cooperativas; f) outras formas associativas ou empresariais constituídas de acordo com os princípios orientadores referidos no artigo seguinte».

Este elenco aberto das entidades da economia social, constante desta norma, merece-nos algumas críticas.

Em primeiro lugar, o legislador confunde estatutos jurídicos (o estatuto das instituições particulares de solidariedade social e o estatuto das organizações não governamentais) com formas jurídicas (associações,

¹⁵ - Sobre esta questão, ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, 2009, Porto, pp. 58-71.

¹⁶ - Ver, neste sentido, RUI NAMORADO, «Renovar os quadros jurídicos da Economia Social?», cit., pp. 10-11.

fundações, cooperativas).

Em segundo lugar, o legislador ignora a delimitação tradicional das famílias da economia social, a saber: cooperativas, mutualidades, associações e fundações. Assim, não refere expressamente as mutualidades e as misericórdias. Também não refere expressamente as entidades abrangidas pelos subsetores comunitário e autogestionário, constitucionalmente integrados no setor cooperativo e social.

Em terceiro lugar, relega as cooperativas para o quinto lugar desta enumeração, esquecendo que estas 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 mundo¹⁷. 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 social¹⁸. Acresce que, quando comparada com a vertente social, a cooperativa beneficia de uma proteção mais completa por parte da CRP.

Por último, refiram-se as dificuldades colocadas pela redação da al. f) desta norma, pois do teor da mesma resulta que poderão integrar o setor da economia social «outras formas associativas e empresariais constituídas de acordo com os princípios orientadores referidos no art. 5.º». 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 a sua atuação assente nos princípios orientadores da economia social. Todavia, haverá que aperfeiçoar a redação da norma quanto a dois aspetos principais: deverá o legislador referir, expressamente, que essas «outras formas associativas e empresariais» terão de estar dotadas de personalidade jurídica, e esclarecer

¹⁷ - Ver, neste sentido, RENATO DABORMIDA, «Le legislazioni cooperative nei paesi della Comunità Europea», *Rivista del Diritto Commerciale*, 7/8, 1989, pp. 451 e ss..

¹⁸ - Ver JOSÉ LUIS MONZÓN CAMPOS, «La economía social ante los nuevos desafios», in: *Estudios de Economía Social*, Universidad de Valladolid, 2010, pp. 23-25.

qual será a entidade que irá aferir da conformidade da atuação de tais organizações com os referidos princípios orientadores.

A propósito deste segundo aperfeiçoamento, é meu entendimento que essa entidade deveria ser a *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social* (CASES), criada pelo Decreto-Lei n.º 282/2009, de 7 de outubro, a qual 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.º2, als. a) a d) do Decreto-Lei n.º 282/2009].

Por outras palavras, deveria o legislador prever que seria à CASES que essas outras «formas associativas ou empresariais» solicitariam a sua inclusão no setor da Economia Social, cabendo-lhe aferir se estão ou não reunidas as condições para tal, nomeadamente através da sua identificação com os referidos princípios orientadores da Economia Social.

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 do Projeto de Lei, a saber: «a) o primado do indivíduo e dos objetivos sociais; b) o livre acesso e a participação voluntária; c) o controlo democrático pelos seus membros; d) a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; e) a defesa e o compromisso com os princípios da solidariedade, igualdade e não discriminação, coesão social, equidade, responsabilidade partilhada e subsidiariedade; f) a gestão autónoma e independente das autoridades públicas; g) o reinvestimento final dos excedentes obtidos na prossecução das suas atividades, sem prejuízo da garantia da autossustentabilidade necessária à prestação de serviços de qualidade, cada vez mais eficazes e eficientes, numa lógica de desenvolvimento e crescimento sustentável».

Ora, tendo em conta o teor da al. g) desta norma, poderia o intérprete

ser levado a concluir que a mesma impediria a inclusão das cooperativas no setor da economia social, com a consequente insegurança jurídica daí decorrente. De facto, o legislador, depois de reconhecer que as cooperativas integram o elenco das entidades da Economia Social [al. e) do art. 4.º], definiu como um dos princípios orientadores deste setor a obrigatoriedade do reinvestimento final dos excedentes obtidos na prossecução das atividades da organização [al. g) do art. 5.º]. Ignora-se, deste modo, a possibilidade de nas cooperativas poder 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).

Destaque-se que esta possibilidade de a cooperativa fazer retornar uma parte dos excedentes aos seus membros não põe em causa a sua natureza de entidade sem fim lucrativo. 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.

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, 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 (art. 79.º do CCoop).

Refira-se, finalmente, 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 mutualista¹⁹.

Daqui resulta que este Projeto entra, claramente, em conflito com o regime jurídico das cooperativas, pelo que se torna necessário alterar o texto da *Lei de Bases* de modo a que este tenha em conta esta especificidade da distribuição dos excedentes, que é própria das cooperativas e está constitucionalmente consagrada. Proponho, assim, uma outra redação para a

¹⁹ - Para uma análise desenvolvida da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário, ver DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «O direito ao retorno cooperativo», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Curso 2009/2010, Universidade de Vigo, pp. 7-34.

al. g) do art. 5.º, a qual preveja que o reinvestimento final dos excedentes possa ser total ou parcial.

4. A QUESTÃO DO «FOMENTO DA ECONOMIA SOCIAL»

A questão do «Fomento da economia social», constante do art. 10.º, surge enunciada de forma muito incipiente neste Projeto. De facto, na al. b) do n.º 2 dispõe-se, sem mais, que os poderes públicos deverão «fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da Economia Social», não se especificando se estes mecanismos se situam no plano do crédito, do auxílio técnico, no plano fiscal, ou outro.

Estaremos, deste modo, perante uma *Lei de Bases* sem medidas concretas de fomento e sem quaisquer compromissos de carácter fiscal. Importa esclarecer que, com esta afirmação, não estou a defender a definição concreta de regimes jurídicos, definição que não cabe no conceito de «Lei de Bases», tal como já foi afirmado, mas a necessidade de consagrar, pelo menos, as opções político-fundamentais quanto à promoção da economia social. Interessa lembrar que um dos objetivos primordiais deste Projeto de *Lei de Bases* consistiu na promoção, estímulo e desenvolvimento da economia social e das suas organizações²⁰.

Neste contexto, a redação do art. 11.º do Projeto de *Lei de Bases* relativo ao «Estatuto fiscal» é ainda mais infeliz, determinando-se que «as entidades da economia social beneficiarão de um estatuto fiscal específico, definido por lei em função do respetivo substrato e natureza», sem se concretizar em que é que consiste esta especificidade, indefinição que traz naturalmente insegurança jurídica ao setor.

Efetivamente, o legislador ignora por completo a discriminação positiva do setor cooperativo e social relativamente ao setor privado, consagrada constitucionalmente, a qual impõe ao legislador ordinário a definição de

²⁰ - No mesmo sentido, fazendo uma crítica similar à Lei 5/2011, de economia social espanhola, ver MANUEL PANIAGUA ZURERA, *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, cit., pp. 271-276.

benefícios fiscais e financeiros, bem como o estabelecimento de condições privilegiadas em matéria de acesso ao crédito e ao auxílio técnico.

Esta discriminação positiva é legitimada pelo já referido *Princípio da proteção do setor cooperativo e social* constante do art. 80.º da CRP. Dele resulta que, se as cooperativas e restantes entidades da Economia social forem tratadas em Portugal em termos absolutamente iguais aos que caracterizam o relacionamento do Estado com as empresas do setor privado, estará 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.

Em suma, a minha proposta é a de que esta discriminação positiva do setor da Economia Social conste expressamente quer do art. 10.º, quer do art. 11.º do Projeto de Lei de Bases., o que se afigura como essencial para que não haja desconformidade destes preceitos relativamente ao texto constitucional.

5. A QUESTÃO DA SUJEIÇÃO DAS ENTIDADES DA ECONOMIA SOCIAL ÀS NORMAS DA CONCORRÊNCIA

A omissão da discriminação positiva destas entidades face às empresas do setor privado mantém-se no art. 12.º (que tem por epígrafe «Concorrência») do Projeto de *Lei de Bases* e que dispõe, sem mais, que as entidades da economia social «estão sujeitas às normas nacionais e comunitárias de concorrência no que respeita ao desenvolvimento das atividades enquadráveis nos requisitos nelas estabelecidos».

Será inquestionável que as atividades das entidades da Economia Social deverão ser exercidas no quadro de uma economia de mercado e de livre concorrência e, por isso,²¹ estas entidades estarão sujeitas, até por

²¹ - 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*

imperativo constitucional, às regras relativas à concorrência, não podendo transformar-se em instrumento de distorção do funcionamento eficiente do mercado.

Todavia, o legislador não pode ignorar o *Princípio da proteção* previsto na CRP para o setor cooperativo e social, o qual poderá fundamentar a adoção de soluções diferenciadoras, quer de natureza fiscal, quer de acesso ao crédito ou outras, tal como já foi referido.

Refira-se, neste sentido, o importante Acórdão do TJUE, de 8 de setembro de 2011, relativo a uma questão colocada pela Administração Tributária italiana, na qual se questionava se os benefícios concedidos às cooperativas seriam compatíveis com a regulamentação da União Europeia em matéria de concorrência. Nos termos do mencionado Acórdão, este regime fiscal específico das cooperativas será coerente 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 mercado²². 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 do Projeto de *Lei de Bases*, 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

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 <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CC0078&lang1=pt&type=NOT&ancre>.

²² - Neste sentido, ver LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ PACHÓN, «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», cit., p. 70; MARÍA BELÉN BAHÍA ALMANSA, «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, diciembre 2011, pp. 151-180.

forma de 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 à acumulação de capital na cooperativa²³, 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*)²⁴; 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*).

Sendo assim, a minha proposta é a de que o legislador deva acrescentar ao art. 12.º que as entidades da economia social estarão sujeitas, no desenvolvimento das respetivas atividades, às normas nacionais e comunitárias da concorrência, «sem prejuízo do princípio da proteção previsto na Constituição da República para o setor cooperativo e social».

6. CONCLUSÕES

O Projeto de Lei n.º 68/XII relativo à *Lei de Bases da Economia Social*

²³ - Ver, neste sentido, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «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.

²⁴ - Ver, neste sentido, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «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.

carece de importantes alterações quanto a um conjunto de normas dele constante, sob pena de não se alcançarem os objetivos a que o diploma se propõe, para além de a redação atual de algumas dessas normas estar em desconformidade com o texto constitucional.

Assim, quanto à definição de economia social constante do art. 2.º dever-se-á vincar a natureza privada das entidades que integram o setor. Quanto ao elenco de tais entidades, constante do art. 4.º, dever-se-á separar os estatutos jurídicos das formas jurídicas, prever expressamente no texto da norma as mutualidades, as misericórdias e as entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, constitucionalmente integrados no setor cooperativo e social. Dever-se-á, ainda, prever a entidade (que segundo o meu entendimento deverá ser a CASES) que irá aferir da conformidade da atuação de outras organizações que pretendam a sua integração no setor com os princípios orientadores deste.

Dever-se-á, igualmente, alterar a redação da al. g) do art. 5.º de forma a prever que o reinvestimento final dos excedentes possa ser total ou parcial, eliminando-se, assim, o conflito existente entre a redação atual desta alínea com o regime jurídico das cooperativas.

Em nome do princípio constitucional da proteção do setor cooperativo e social (art. 80.º da CRP), que legitima uma discriminação positiva deste setor, dever-se-á consagrar, nos arts. 10.º e 11.º, as opções político-fundamentais quanto à promoção e fomento da economia social.

Finalmente, dever-se-á consagrar a aplicação de um direito da concorrência que tenha em conta as especificidades do setor e o respeito pelo princípio constitucional acima referido, com o conseqüente aperfeiçoamento do regime previsto no art. 12.º do Projeto.

7. BIBLIOGRAFIA

BAHÍA ALMANSA, MARÍA BELÉN (2011): «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, pp. 151-180.

CANOTILHO, GOMES/ MOREIRA, VITAL (2007): *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora.

DABORMIDA, RENATO (1989): «Le legislazioni cooperative nei paesi della Comunità Europea», *Rivista del Diritto Commerciale*, 7/8, pp. 451-497.

FAJARDO GARCIA, GEMMA (2009): «La economía social en las leyes», *CIRIEC – España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, pp. 5-35.

FONSECA, RUI GUERRA DA (2008): *Comentário à Constituição Portuguesa*, II Volume, *Organização económica (Artigos 80.º a 107.º)*, coordenação de PAULO OTERO, Almedina, Coimbra.

MEIRA, DEOLINDA APARÍCIO (2009): O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social, *Vida Económica*, Porto.

— (2010): «O direito ao retorno cooperativo», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32, Universidade de Vigo, pp. 7-34.

— (2011): «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

— (2011): «As insuficiências do regime legal do capital social e das reservas na cooperativa», in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, pp. 129-155.

— (2011): «O regime de transmissão dos títulos de capital na cooperativa», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Universidade de Vigo, pp. 283-290.

MIRANDA, JORGE/ MEDEIROS, RUI (2006): *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora.

MONZÓN CAMPOS, JOSÉ LUIS (2010): «La economía social ante los nuevos desafios», in: *Estudios de Economía Social*, Universidad de Valladolid, pp. 21-41.

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

— (2005): *Cooperatividade e Direito Cooperativos. Estudos e*

Pareceres, Almedina, Coimbra.

— (2006): «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.

— (2007): «Renovar os quadros jurídicos da Economia Social?», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 293, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

PANIAGUA ZURERA, MANUEL (2011), Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social, Marcial Pons, Madrid.

SÁNCHEZ PACHÓN, LUIS ÁNGEL (2009): «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, pp. 61-84.