

## EXAME DE DIREITO DA ECONOMIA

23/03/2021

Nº de exame: 426834

1. A jurisprudência *Cassis de Dijon* veio clarificar de forma unívoca o art. 34º TFUE e consagrou o princípio do *reconhecimento mútuo*.

No acórdão *Rewe-Zentral*, o demandante pretendia importar um licor originário de França para comercializar na Alemanha. Contudo, a empresa não poderia vender como bebida alcoólica porque de acordo com a legislação alemã o teor deveria ser igual ou superior a 25 %. Ou seja, não há uma proibição de venda, mas sim uma limitação na forma como poderia ser comercializado. Perante esta situação, o TJUE clarificou que o art. 34º não se aplica apenas a medidas nacionais discriminatórias, mas também a medidas que aplicando-se tanto a produtos nacionais como a produtos importados, fazem recair sobre estes maiores encargos (*duplo encargo*). Deste modo, alargou-se o conceito de MEERQ e afirmou-se que podem existir medidas de efeito equivalente sem um elemento claro de discriminação entre produtos importados e produtos nacionais, nomeadamente, quando se impõem àqueles produtos as normas técnicas do Estado de importação, sendo que tais medidas indistintamente aplicáveis consubstanciam discriminações dissimuladas.

Neste sentido, o TJUE consagrou o princípio do *reconhecimento mútuo*, eliminando obstáculos à liberdade de circulação de mercadorias por via da integração negativa. Assim nos termos do acórdão *Cassis de Dijon*, “qualquer produto legalmente fabricado e comercializado num Estado-Membro, de acordo a regulamentação e os possessos de fabrico leais e tradicionais desse país, deve ser admitido no mercado de qualquer outro Estado-Membro”. Assim, os Estados-Membros devem reconhecer mutuamente as suas legislações no que respeita à produção e comercialização de produtos. O princípio do *reconhecimento mútuo* é uma meta-norma porque perante um potencial conflito entre ordenamentos jurídicos fornece-nos um critério para resolver esse conflito e não permite que as diversidades de legislações funcionem como obstáculos (em áreas em que não há harmonização).

Em suma, o princípio do *reconhecimento mútuo* é fundamental para o processo de aprofundamento da integração europeia, conforme o desígnio de integração do mercado a que todos os Estados-Membros se encontram vinculados.

2. A afirmação pela jurisprudência *Dassonville* e *Cassis de Dijon*, de que medidas indistintamente aplicáveis podem constituir medidas de efeito equivalente nos termos do art. 34º potenciou uma instrumentalização sobre as regras de circulação de mercadorias. Assistimos a um conjunto de casos levados ao TJUE que passam pela invocação dos arts. 34.º a 36.º como instrumentos para força a modificação ou revogação de legislação que considerem inconveniente ou impeditiva que desagrade esses mesmos agentes económicos.

Nesse sentido, a jurisprudência *Keck et Mithouard* pretendeu precisar o conceito de “medidas indistintamente aplicáveis” abrangido pelo art. 34º TFUE. O TJUE operou a distinção entre medidas sobre características dos produtos e medidas sobre modalidades de comercialização.

O Tribunal apresentou a distinção entre disposições nacionais que versam sobre características dos produtos que tenham sido regulamente produzidos e comercializados noutros Estados-membros e medidas nacionais que versem sobre modalidades de vendas. O art.34.º TFUE está pensado para a primeira categoria de medidas e não em relação à segunda. As medidas sobre características são legislação que tem que ver com determinados requisitos em relação aos quais o produto deve obedecer – composição física do produto. Em relação às medidas relacionadas com a modalidade, estas versam sobre o como, quando, quem pode vender, etc. Estas medidas não foram introduzidas para impedir a liberdade de circulação de mercadorias, portanto, a sua incidência é meramente incidental. Assim, a jurisprudência *Keck et Mithouard* o Tribunal conclui que a legislação francesa tratava de modalidades de venda e não sobre características, logo não deve ser analisada na ótica do art.34.º TFUE, a não ser que fosse diretamente ou abertamente discriminatória. Pelo contrário, as medidas sobre características do produto são intrinsecamente discriminatórias e nessa medida estão sujeitas ao regime do art.34.º.

Contudo, o advogado Geral Jacobs nos Proc. 412/ 93 (vendedores ambulantes) e no Ac. 110/05 (proibição de utilização de certos produtos) alertou para o facto de que a distinção acima explanada era excessivamente rígida e insuficiente, uma vez que existem casos não reconduzíveis à dicotomia da jurisprudência *Keck et Mithouard*. Nesse sentido, importa atentar que existem certos grupos de casos que têm que ver com modalidades de venda, mas que no fundo incidem sobre fatores normalmente determinantes para os produtos importados conseguirem ganhar espaço no mercado interno e que, apesar de não serem abertamente discriminatórios, afetam mais gravosamente estes.

Atualmente, a jurisprudência superou a rigidez do *Keck et Mithouard* e presume que uma medida nacional relativa às características do produto impede o acesso ao mercado, independentemente da dimensão dos obstáculos criados infringindo o art.34.º TFUE. Paralelamente, as medidas de efeito equivalente que versam sobre modalidades de venda deverão ser analisadas de acordo com o art.34.º TFUE não apenas se forem discriminatórias mas também indiretamente discriminatórias, com impacto sobre produtos importados, e ainda aquelas que visam impedir ou limitar o acesso ao mercado – publicidade, vendas online -, são medidas que devem ser analisadas de acordo com o art.34.º TFUE.

Em última análise, a jurisprudência deste caso tem vindo a ser mitigada na medida em que as medidas que incidem sobre modalidades de venda com impacto restritivo devem ser igualmente analisadas à luz do art.34.º.

**3.** Na década de 90 surgiu um movimento de privatização e liberalização de setores económicos que anteriormente eram explorados com base num modelo de monopólio publico. Deste modo, no quadro de processos de privatização de empresas “porquanto, invocando razões de salvaguarda e interesses nacionais, os Estados têm procurado manter, para si ou para os seus nacionais, posições de controlo nas empresas privatizadas”, citando Paula Vaz Freire. Por conseguinte, há um conjunto de Estados-

Membros que embora iniciem estes processos de privatização, pretendem, ainda assim, conservar uma posição de influência junto de setores considerados estratégicos ou relativamente a empresas de grande dimensão, possibilitando o encaixe financeiro associado à venda a agentes económicos privados e, ao mesmo tempo, conservar direitos especiais após as privatizações. Tais direitos especiais a favor do Estado ou de outras entidades públicas são denominados *golden shares*.

Na prática, no processo de venda, os Estados aprovam legislação que os faça conservar posição minoritária no capital social, que abarca um conjunto de poderes que são exorbitantes. Por exemplo, os Estados conseguiram eleger membros para o conselho de administração ou bloquear certas decisões por serem consideradas estratégicas.

Porém, os privilégios das *golden shares* criam obstáculos à liberdade de circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento, sendo que a lógica de diferenciação incide sobre a aquisição de controlo. Deste modo, é evidente que o Estado com recurso a este mecanismo desincentiva o exercício de qualquer uma destas duas liberdades.

Nesta medida, saliento que a passagem de uma empresa do setor público para o setor privado é uma escolha política económica da exclusiva competência dos Estados-Membros, na sequência do princípio da neutralidade dos Tratados em relação ao regime da propriedade, consagrado no art. 345º TFUE. Contudo, é jurisprudência assente que impedem a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento as normas nacionais que estabelecem um tratamento diferenciado de determinadas categorias de investidores ou que impedem a participação real e efetiva nas decisões de gestão das empresas, têm um efeito dissuasor da realização de investimentos e prejudica a lógica do mercado interno europeu.

4. Primeiramente, importa referir que a CRP reconhece e tutela o direito de propriedade na dupla configuração de instituição (a propriedade privada) e direito fundamental (o direito de propriedade). A segunda dimensão é reconhecida e tutelada pelo art. 62.º da CRP, enquanto a primeira é reconhecida e tutelada pelo art. 82.º CRP.

A nacionalização, ou seja, a apropriação por parte do Estado de meios de produção que eram de privados enquadra-se na intervenção direta do estado. A nacionalização, assim como a outras intervenções ablativas do direito de propriedade (ex: requisição, expropriação, etc.) referem-se à dimensão subjetiva da propriedade privada. O direito de propriedade privada, incluindo um conjunto de faculdades que o mesmo integra, é reconhecido pelo artigo 62.º/1 da CRP, sendo que o n.º 2 do mesmo preceito prevê igualmente a possibilidade de restrições a esse mesmo direito (requisição e expropriação por utilidade pública). O art. 83º CRP consagra a referência expressa à nacionalização enquanto restrição constitucionalmente admissível do direito de propriedade.

Assim, a CRP impõe como requisito constitucional formal que a restrição resulte de lei da AR (constitui uma competência relativa da AR ao abrigo do artigo 165.º/1/l). Por outro lado, impõe como requisitos constitucionais de natureza material a exigência de interesse público (resultante quer do 80.º/d), quer do 165.º/1/d da CRP), exigência de uma (justa) indemnização (83º e 165.º/1/l) CRP), respeito pelos princípios da proporcionalidade e igualdade por se tratar de uma potencial restrição a direitos análogos a direitos liberdades

e garantias (artigos 61.º e 62.º e artigos 17.º e 18.º CRP), respeito pelo princípio da concorrência (seja por via do artigo 81.º/a) CRP, seja por via da CEE) e respeito pela coexistência de três setores de produção (garantia institucional da propriedade privada; cf. 80.º/b) e 82.º da CRP).

Apesar da Lei n.º 62-A/2008 de 11 de novembro ser infraconstitucional, considero que relevante mencioná-la, uma vez que é compatível com a Constituição económica portuguesa em razão da natureza do diploma (lei), da excecionalidade e justificação deste tipo de intervenção (nacionalização) e da previsão do cálculo de uma indemnização.