

---

# DIREITO DA ECONOMIA

---

Sebenta

Professor: Lúcio Tomé Feteira

2021/2022

Ana Patrícia Magalhães

## Índice

Noção e Objeto do Direito da Economia .....	3
1. Considerações introdutórias .....	3
2. O que é o direito da economia .....	3
3. Fontes do Direito da Economia (DdE) .....	5
Evolução histórica da intervenção pública na economia .....	7
1. Intervenção pública na economia durante o período liberal (circa 1789 a 1914) .....	7
2. Intervenção pública na economia no primeiro pós-guerra (circa 1918 a 1945) .....	7
3. Intervenção pública na economia no segundo pós-guerra (circa 1945 aos anos 70) .....	8
4. Intervenção pública na economia após a década de 70 do século XX .....	9
5. A intervenção pública na economia e a pandemia de COVID-19 .....	10
6. Evolução histórica da intervenção pública na economia em Portugal .....	10
A Constituição Económica (CE) .....	12
1. Conceito .....	12
2. Conceito de sistema económico e regime económico .....	12
3. Modalidades da CE .....	13
4. Função da CE (para que serve?) .....	14
5. Caracterização de uma CE à luz de três elementos estruturantes .....	14
6. Origem da CE .....	14
Constituição Económica Europeia (CEE) .....	16
1. O ordoliberalismo .....	16
2. Elementos integrantes da Constituição económica europeia (CEE) .....	17
3. Elementos caracterizadores da CEE .....	19
4. Mercado interno e liberdades de circulação – integração negativa e positiva .....	20
5. Como é que chegamos ao mercado interno? .....	21
6. Mercado interno e regras de concorrência .....	21
7. Liberdades de circulação e regras de concorrência – zona cinzenta .....	22
Liberdades de Circulação .....	23
1. Teoria geral – elementos comuns a todas as liberdades .....	23
2. Liberdade de circulação de mercadorias – art.º 28 a 37 TFUE .....	25
3. Liberdades de circulação de pessoas – trabalhadores e estabelecimento .....	33
4. Liberdade de circulação de trabalhadores – art.º 45 a 48 TFUE .....	34
5. Liberdade de estabelecimento – art.º 49 a 56 TFUE .....	36
6. Liberdade de prestação de serviços - art.º 56 a 62 TFUE .....	38
7. Liberdade de circulação de trabalhadores, estabelecimento e serviços – elementos específicos (por contraposição às demais liberdades) .....	39
8. Liberdade de circulação de capitais e pagamentos – art.º 63 a 66 TFUE .....	40
9. Conclusão .....	42

As regras de concorrência.....	43
1. Concorrência, o Estado e as empresas – art.º 106 TFUE.....	43
2. Auxílios de Estado art.º 107 TFUE .....	44
3. Impacto concertado das regras sobre liberdades de circulação, concorrência e neutralidade de regimes de propriedade .....	46
A Constituição Económica Portuguesa .....	47
1. Relação hierárquica entre a CE europeia e a CE portuguesa – art.º 8 n.º 4 CRP.....	47
2. A CE portuguesa – noção, sede normativa, âmbito, função e caracterização .....	48
3. Evolução histórica .....	50
4. Modelo atual .....	52
5. Princípios e normas .....	52
6. Elementos estruturantes – propriedade privada, iniciativa particular, livre concorrência .....	54
Intervenção Direta do Estado .....	58
1. Enquadramento constitucional.....	58
2. Evolução do setor empresarial do Estado (SEE) .....	58
3. Âmbito do setor empresarial do Estado (SEE).....	59
4. Enquadramento do setor empresarial do Estado (SEE).....	59
5. O setor empresarial do Estado (SEE) e o direito da União.....	60
6. Nacionalizações e (re)privatizações .....	60
Intervenção Indireta do Estado .....	61
1. Intervenção indireta vs. regulação .....	61
2. Regulação .....	63
3. Regulação vs. concorrência .....	64
Casos práticos – liberdades de circulação .....	66
1. Síntese da matéria – estrutura das normas.....	66
2. Resolução de casos práticos – etapas de raciocínio.....	67

## Noção e Objeto do Direito da Economia

### 1. Considerações introdutórias

- 3 núcleos temáticos (em termos de substância):
  - Constituição económica (parte da constituição dedicada sobretudo ao sistema económico nas suas multivalências);
  - Intervenção direta do Estado – participação do Estado (em sentido lato) no próprio sistema económico; apresenta-se como um player no jogo/mercado; agente participativo;
  - Intervenção indireta do Estado – aqui a participação passa sobretudo pela definição de regras e pela criação de mecanismos para que os agente económicos do mercado adotem certos comportamentos ou evitem adotá-los.
- DdE interno + europeu + internacional – nesta cadeira vamos tratar das duas primeiras; ver de que forma o direito da economia da UE condiciona/influencia o direito da economia interno.
- Dois problemas do Direito da Economia:
  - Designação (Direito da Economia, Direito Económico, Direito Público da Economia,...) – o que há de comum nestas designações é a referência à economia e ao carácter público, de forma explícita ou implícita;
  - Objeto/autonomia científica – isto porque, num certo sentido, todo o direito é direito económico por regular situações e relações de conteúdo económico ou com relevância económica;  
Está-se a falar de um cadeira que tem uma designação muito genérica (tudo é condicionado pela economia). O que se tem verificado é que o direito da economia é um direito recente, que surge no início do séc. XX, no início da 1ª guerra mundial. Está ligado à necessidade que alguns países passam a sentir de enquadrar juridicamente a intervenção do Estado na economia. O que justifica isto é que a partir da 1ª guerra mundial o Estado assume-se como uma entidade muito mais presente na economia (passa-se do estado abstencionista para o estado intervencionista). O resultado deste contexto é que o direito da economia não surge simultaneamente em todos os países (surge na Alemanha do pós-guerra com a Constituição de Weimer; em Portugal surge nos anos 70 com a CRP e com o modelo de sociedade que surge a partir de então).

### 2. O que é o direito da economia

O que não é:

- Há uma tendência de achar que o direito da economia inclui toda e qualquer intervenção do Estado. Isto não é assim. O conteúdo desta cadeira não é estável.

- Também não é pura e simplesmente um direito administrativo da economia (um direito que regula a intervenção da administração pública na economia). Sim, existem intervenções que são do tipo das do direito administrativo (unilaterais, autoritárias), mas também existem outras que assentam num paradigma de diálogo com os outros agentes económicos.

O que se está aqui a fazer é olhar para um conjunto de temas e ver como é que a intervenção do Estado na economia é feita e o sentido que esta pretende ter. Em suma, pode-se considerar que o direito da economia é um direito onde se encontra um conjunto de regras e princípios que estruturam a ordem económica. A ordem jurídica económica é a tradução jurídica daquilo que é o sistema económico.

Quando se fala em sistema económico, fala-se de coisas tão abrangentes como economia de mercado. Estes conceitos são conceitos económicos e do ponto de vista jurídico têm de ter uma tradução, têm de ter um conteúdo; é no fundo este o papel do direito da economia – dar um conteúdo a estes conceitos eminentemente económicos.

Estes princípios e regras vão basicamente incidir sobre dois grande aspetos:

- As instituições fundamentais para a atividade económica – propriedade privada, livre concorrência, iniciativa privada (como temos um sistema de mercado falamos em propriedade privada, se tivéssemos a falar de um sistema coletivo do tipo socialista falaríamos em propriedade coletiva). Ou seja, há aqui um conjunto de instituições que são fundamentais para o sistema económico porque são estas que o caracterizam e permitem o seu funcionamento. Portanto, vamos estudá-las do ponto de vista jurídico, vamos caracterizar a intervenção do Estado neste mesmo sistema económico;
- A caracterização da intervenção do Estado nessa mesma ordem jurídica económica.

Vamos olhar para quatro grandes questões:

- Saber onde o Estado intervém (âmbito);
- Porque é que intervém (fundamento/justificação);
- Que instrumentos utiliza para intervir (como);
- Porque é que o Estado intervém na economia (finalidades).

Vamos olhar para a ordem jurídica económica (para o enquadramento jurídico do sistema económico) a partir das suas instituições fundamentais (que vamos encontrar na Constituição económica) e para o papel do Estado face a esse sistema económico (que papel é que o Estado chama a si relativamente ao funcionamento do sistema económico).

Em que é que esta caracterização do direito da economia difere de outras caracterizações que podemos encontrar (e com as quais o prof não concorda inteiramente)?

- O tipo de intervenção que vamos encontrar no Estado não é uma intervenção única e exclusivamente típica do direito público. Isto é uma cadeira de direito público, porque a dimensão de direito público é

preponderante; mas o tipo de intervenção que vamos encontrar por parte do Estado não é a típica (mais autoritária) do direito administrativo. Vamos encontrar outros tipos de intervenção sem esta característica; Exemplo: direito da concorrência no qual o Estado não diz às empresas como se devem comportar (não há um ato de autoridade); o direito da concorrência trata de evitar certos comportamentos que são lesivos para a concorrência, mas não diz às empresas como é que se devem comportar;

Exemplo; parcerias público-privadas; tipo de intervenção de carácter contratual;

- Não vamos olhar para todo e qualquer tipo de intervenção do Estado na economia. Vamos olhar para algumas intervenções mais caracterizadoras da função do Estado na atualidade no que respeita ao funcionamento do sistema económico.

Noção e objeto do Direito da Economia:

- O DdE pode ser caracterizado como a (i) disciplina jurídica (ii) das instituições fundamentais de uma determinada ordem jurídica económica e (iii) dos processos e instrumentos de intervenção pública na (iv) economia;
- Disciplina jurídica (princípios e normas);
- Processos e instrumentos de intervenção pública (modo e conteúdo + intervenção direta e indireta + Estado em sentido orgânico);
- Economia – o que estamos aqui a falar é de um determinado tipo de sistema económico; no nosso caso é um sistema capitalista assente numa economia de mercado (não necessariamente economia de mercado, mas em regra sim).

A intervenção do Estado pode ser:

- Intervenção direta – o Estado como player no mercado, agente económico que produz bem e serviços;
- Intervenção indireta (lato sensu) – o Estado como elemento condicionante no funcionamento do mercado;
- Intervenção indireta (stricto sensu) e regulação – o Estado (lato sensu) como garante de determinados objetivos e valores no funcionamento do mercado. Regulação tem a ver com a criação de regras para o enquadramento do funcionamento de certos setores da economia.

### 3. Fontes do Direito da Economia (DdE)

- Fontes internas do DdE;
  - CRP – a partir dos art.º 80 (parte II) encontramos um conjunto de disposições que tratam a constituição económica; além destas também existem outras normas que estruturam a constituição económica, como as da liberdade económica da parte I;
  - Lei (lei, decreto-lei e decreto-legislativo regional);
  - Regulamentos – especialmente importantes para as entidades que desempenham a função de regulação – entidades administrativas independentes.

- Fontes europeias do DdE – Tratado de Lisboa (TUE + TFUE), que integra o direito originário, e os regulamentos, diretivas, decisões (atos vinculativos), recomendações e pareceres (atos não vinculativos; cfr. artigo 288.º TFUE), que integram o direito derivado.

Soft Law – preceitos que não sendo juridicamente vinculativos, acabam por ter uma relevância e eficácia do ponto de vista fático; ou seja, os destinatários acabam por cumprir apesar que não haver nenhuma sanção associada; é muito utilizado por ser mais flexível. Este cumprimento ocorre porque os destinatários sabem que existe um benefício ou desvantagem reputacional se o fizerem

- Fontes internacionais do DdE – convenções de direito internacional, mormente de âmbito multilateral (OMC) e bilateral.
- Hierarquia das fontes: art. 8.º da CRP.

Relevância do soft law o qual, não sendo fonte de direito, desempenha um papel fundamental quer no plano do Direito da União (Comissão Europeia) quer no plano interno (reguladores).

## Evolução histórica da intervenção pública na economia

### 1. Intervenção pública na economia durante o período liberal (circa 1789 a 1914)

Estado mínimo reduzido a funções que os privados não querem ou não podem desempenhar (e.g. representação diplomática, defesa nacional, administração da justiça) – Estado abstencionista.

O ponto de partida para o direito da economia é a ausência do Estado na economia. Com a formação dos Estados-nação, com a revolução industrial e com o desenvolvimento do capitalismo industrial, o que se tem no séc. XIX é a ausência do Estado na economia – o Estado não quer se um agente do jogo económico.

Corresponde à lei liberal de que a economia deve funcionar de acordo com as suas próprias regras; mão invisível de Adam Smith. O papel do Estado é não criar obstáculos aos agentes económicos privados.

Até à 1ª guerra mundial temos um Estado fundamentalmente abstencionista no qual o Estado assume uma de duas tarefas: 1) ou são tarefas que os privados não querem assumir porque não dão lucro (exemplo da garantia da segurança pública); 2) ou as tarefas que os particulares não têm capacidade para assumir (exemplo da representação diplomática, sistema de administração de justiça).

Nesta altura não se pode falar verdadeiramente de um direito económico. A atividade do Estado era subsidiária e procurava colmatar falhas relativamente a atividades que outros agentes económicos não prestavam.

### 2. Intervenção pública na economia no primeiro pós-guerra (circa 1918 a 1945)

Surgimento do Estado social num contexto de crescente intervenção económica motivada por razões políticas (regimes não democráticos) e sociais (reivindicações de certas camadas da população) – Estado intervencionista. No pós-guerra dá-se uma alteração significativa pela convergência de dois grandes fenómenos (mundiais).

Em primeiro lugar, dá-se o crescimento do Estado e da sua presença na economia, com a assunção por parte do Estado de uma vontade de dirigir a economia. Há um conjunto de fatores que explicam porque é que isto acontece:

- O esforço de guerra começa a exigir que o Estado controle o funcionamento da economia, sobretudo de certas áreas, como nunca tinha acontecido até então;
- Por volta da 1ª guerra mundial há o surgimento de algumas ideologias que acham que o Estado não pode ficar fora da economia (exemplo da social-democracia, doutrina social da igreja). O Estado passa a definir políticas económicas e sociais; por exemplo, quer que os trabalhadores passem a ter uma participação nas decisões das empresas. Por conseguinte, o Estado tem de intervir e impor isto, pois os agentes económicos não vão aceitá-lo de forma pacífica. Quer tornar a economia mais solidária, mais justa.

Em segundo lugar, surgem na esfera pública movimentos que querem mesmo mudar radicalmente o sistema económico. Fala-se de ideologias que vão dar à revolução russa de 1917. Estas ideologias querem criar uma rutura com o sistema económico que existe e substituí-lo por outro. Neste contexto, o Estado assume um papel preponderante.



Vamos olhar mais para os casos de tentativa de reforma do sistema sem entrar em rutura com este. O exemplo típico é o da Alemanha quando sai da 1ª guerra mundial, onde é aprovada a Constituição de Weimar de 1919; é uma constituição na qual se encontra essa vontade de o Estado intervir mais na economia e reformar o sistema.

Tal obriga a que se crie um suporte legal que permita ao Estado intervir na economia, o que ocorre, sobretudo, ao longo das décadas de 20 e 30. Na crise económica de 1929, o Estado vai substituir os agentes económicos que na altura tinham ido à falência ou não tinham capacidade para o fazer; então o Estado assume-se como agente económico que cria emprego. Em segundo lugar, durante estas décadas, há o surgimento de um conjunto de ideologias iliberais (autoritárias de direita) que também defendem que o Estado deve ter um papel fundamental na economia (tal como os regimes autoritários de esquerda).

A diferença é que os regimes autoritários de direita não querem abolir o regime, mas sim sujeitá-lo a um controlo e utilizar esse sistema de forma que o Estado possa prosseguir os seus próprios objetivos (exemplo disto são as associações de empresas que procuram atuar de forma paralela no mercado; por vezes, nestes regimes, é o próprio Estado que impõem a existência destas associações).

Estes dois fenómenos, embora passageiros, deixaram uma certa sedimentação de funções do Estado na economia (o Estado não volta automaticamente a assumir as funções que assumia antes).

### 3. Intervenção pública na economia no segundo pós-guerra (circa 1945 aos anos 70)

Alargamento da intervenção do Estado por via do surgimento do Estado Providência – Estado intervencionista.

No pós segunda guerra, há um conjunto de pretextos que justificam que o Estado não abandone logo o seu papel na economia:

- Na Europa ocidental, o esforço de reconstrução do pós-guerra – o Estado é a entidade que está mais bem posicionada para conduzir isto;
- Outro aspeto que se vai sedimentar ao longo do tempo é o facto do Estado, precisamente por causa de um conjunto de problemas que surgem no pós-guerra (exemplo: necessidade de absorver as pessoas que regressam à vida civil, mulheres passam a ter uma papel muito mais interventivo na sociedade), assumir certas funções de carácter social para garantir que se consegue responder a estes novos problemas.

Vai-se assistir a um crescimento muito significativo de parcerias público-privadas, à definição de certas metas, etc. Isto também vai ser uma resposta àquilo que aparentemente os Estados socialistas tinham de melhor. Esta intervenção vai ser mantida e financiada por períodos de crescimento económico acelerado na Europa Ocidental.

Em meados da década de 70 dá-se a crise do petróleo, a qual afeta as democracias ocidentais e põe fim a este crescimento acelerado. Isto significa que o Estado deixa de poder contar com os mesmos meios para poder financiar a presença na economia que tinha até então.

Esta década marca uma inversão daquilo que é o papel do Estado na economia, dá-se um retrocesso.

Há também aqui um fenómeno de crítica da filosofia subjacente a esta intervenção do Estado na economia. Até então havia um consenso comum sobre isto, contudo esta ideia começa a ser posta em causa, sobretudo na década de 80, por uma ala da direita neoliberal; vem dizer que o Estado intervém demais, devia deixar certas atividades a

agentes privados, que o Estado gasta mais do que é preciso para fazer certas funções, etc. Este movimento surge nos EUA e expande-se, ganhando uma relevância do ponto de vista da esfera pública que se estende à política (exemplo da elevação da Margaret Thatcher).

Quando analisarmos o fenómeno da intervenção direta e da regulação temos de analisar alguns conceitos que foram introduzidos nesta altura – falhas de mercado, falhas de regulação, captura... Espelham precisamente esta ideia de que a intervenção do Estado na economia tem de ser justificada por certas falhas de mercado e é uma intervenção que por vezes traz certas distorções àquilo que é o interesse público.

Passa-se assim para o Estado regulador.

#### 4. Intervenção pública na economia após a década de 70 do século XX

O surgimento do Estado regulador num contexto específico.

Este Estado regulador quer tornar-se mais leve e muito menos interventivo na economia. Vai fazê-lo por via da liberalização (abertura de setores económicos que o Estado controlava à iniciativa privada), privatização (venda de ativos do Estado a privados) e desregulação (o Estado vai reduzir o enquadramento legal de determinadas atividades, vai torná-las mais atrativas para os privados, vai torná-las menos sujeitas a normas que condicionam a sua atividade), favorecido por fatores de caráter político-institucional (neoliberalismo; Teoria da Escolha Pública) e de caráter jurídico-económico (processo de integração europeia). O Estado assume então o papel de regulador.

Conceito de regulação – o Estado já não quer ser um player, quer ser um árbitro; apenas quer controlar as regras do jogo, de acordo com determinados objetivos. Esta forma de regulação assenta sobretudo na criação de mecanismos (não autoritários) em que a ideia é persuadir os agentes económicos a adotarem ou a não adotarem determinados comportamentos (incentivos ou desincentivos). Uma forma de fazer isto é, por exemplo, oferecer um incentivo a quem se comportar da forma x, em vez que aplicar uma coima por se fazer o oposto.

No sistema em que vivemos o Estado intervém menos na economia mas continua a fazê-lo; como já vimos, isto resulta de uma tentativa do Estado se reinventar imposta pela crise de 70. A regulação como (re)regulação? – como resposta ao facto do Estado ter de se reinventar e assumir outro papel.

Deu-se também um fenómeno específico que é o da integração europeia (somando a todos os outros fatores). O que encontramos nos Tratados são algumas normas que de forma direta ou indireta vieram condicionar o papel do Estado na economia – a conjugação dessas normas fez com que fosse impossível continuar a ter um Estado interventivo na economia, nomeadamente um Estado com um setor empresarial muito significativos. Isso resulta do facto do Estado estar sujeito a regras que também se aplicam aos agentes económicos privados.

O que condiciona a intervenção do Estado na economia:

- Liberdades de circulação (mercadorias, trabalhadores, serviços e de capitais e pagamentos) – impedem os Estados de introduzirem certo tipo de restrições que poderiam fazer parte da intervenção do Estado na economia;
- Regras de concorrência – o Estado está sujeito a estas tal como as empresas privadas;
- Existe uma norma (art.º 107 do TFUE) que proíbe os auxílios de Estado (ajuda que vem de uma entidade pública) – esta norma é dificilmente compatível com um setor empresarial do Estado muito grande.

Todo este fenómeno de retrocesso do Estado na economia sofreu algumas modificações. Quando o Estado diminui a sua presença na economia, sabe que certas empresas que têm um determinado valor estratégico para o interesse público têm de ser acauteladas. A forma do Estado garantir que certos interesses e valores são ainda assim respeitados pelo mercado, é prosseguido pela regulação.

Até determinada altura havia certas empresas que obedeciam a um modelo de negócio que era muito semelhante nos Estados-membros. Por exemplo, o setor da eletricidade. Antes de haver esta onda de liberalização, estas empresas eram controladas pelo Estado ou do Estado; eram setores nos quais os privados não podia estar; havia empresas que faziam tudo naquele setor (o Estado controlava todas as fases da cadeia económica) – empresas verticalmente integradas.

Com o fenómeno de privatização, estes setores foram abertos à iniciativa privada, mas o Estado quis ainda garantir que o mercado cumpre determinadas regras e a regulação serviu exatamente para o Estado impor condições mínimas para que os agentes económicos privados pudessem operar nesses setores. Estes requisitos mínimos variam de setor para setor, mas regra geral existem nos setores que são considerados fundamentais para o interesse público.

## 5. A intervenção pública na economia e a pandemia de COVID-19

Houve uma maior intervenção do Estado na economia, nomeadamente:

- Alterações legislativas com impacto direto no funcionamento do mercado (e.g. moratórias no pagamento de juros);
- Flexibilização do regime de enquadramento das intervenções do Estado na economia (auxílios de Estado – autorizados pela Comissão Europeia);
- Intervenção em empresas que operam em setores afetados pelo COVID-19.

Verifica-se que neste contexto houve um regresso do Estado à economia, contudo este regresso é temporário. Espera-se que se regresse ao modelo do Estado meramente regulador quando a pandemia passar. Regresso da intervenção pública na economia? Sim, mas transitório e limitado.

## 6. Evolução histórica da intervenção pública na economia em Portugal

- Intervenção pública na economia num contexto do regime corporativo (capitalismo condicionado) – Constituição 1933;  
Aqui o Estado condicionava o funcionamento do sistema económico. Organização do sistema de acordo com uma ideia de corporativismo – obrigatoriedade de se organizarem e entenderem entre si.
- Intervenção pública na economia num contexto híbrido/ equilíbrio instável (socialista/capitalista) – Constituição 1976;  
É aqui que aparece a noção de direito da economia porque há uma explosão do setor empresarial do Estado – há a necessidade de dar um enquadramento jurídico a isto.
- 1.ª revisão constitucional (1982) – alterações no sentido de diminuir a carga socialista e de reforçar o lado capitalista e de economia de mercado.

- Adesão à CEE (1986)
- 2.<sup>a</sup> revisão constitucional – revisão que marca a viragem definitiva para um direito da economia muito menos socialista.
- Contexto de liberalização, privatização e desregulação; transição para o Estado regulador e criação de EIA.

Capitalismo e economia de mercado não são sinónimos. Capitalismo tem a ver com a propriedade privada relativamente aos meios de produção. A economia de mercado, embora esteja normalmente associada ao sistema capitalista, trata do sistema que faz depender a produção e o consumo de preços.

## A Constituição Económica (CE)

### 1. Conceito

O conceito de CE nasce da integração no texto constitucional de princípios e normas sobre as questões fundamentais da ordem jurídica da economia e sobre atuação económica do Estado, sobre a sua intervenção no plano económico. A CE é, portanto, o «ordenamento essencial da atividade económica».

Qual o critério para determinarmos as matérias que integram a CE?

- Formal (CE formal) – as normas e princípios de valor constitucional, ainda que não versem sobre matérias estruturantes da ordem jurídica da economia;
- Material (CE material) – as normas e princípios fundamentais da ordem jurídica da economia, ainda que não se revistam de valor constitucional.

Inclusão de um novo capítulo no texto constitucional que é dedicado à matéria económica e sobretudo ao papel do Estado nessa mesma atividade económica. Esta ideia de uma constituição com um capítulo dedicado à atividade económica não era óbvia no final do séc. XIX, pelo que nos textos iniciais do constitucionalismo a atividade económica está muito pouco presente.

Os dois critérios correspondem a dois conceitos de constituição. Se utilizarmos um critério puramente formal estamos a olhar para normas que se revestem de uma determinada dignidade (constitucional). Contudo, sucede que nem toda a matéria económica tem dignidade constitucional – há muitos textos secundários, de direito ordinário, que são estruturantes para se perceber como é que o direito da economia está organizado do ponto de vista jurídico. Isto leva-nos ao critério material que atende ao conteúdo e à importância do mesmo para a definição da ordem jurídica económica.

Vamos adotar um conceito de CE que abrange também o conceito de constituição material.

Além de existirem matérias que não são tratadas no plano constitucional embora sejam estruturantes, existem também normas na constituição que são de caráter secundário.

### 2. Conceito de sistema económico e regime económico

O conceito de ordem jurídica económica enquadra juridicamente dois conceitos (económicos) que importa ter presentes: sistema económico e regime económico.

**Sistema económico** – «formas típicas de organização e funcionamento da economia baseada em certo número de princípios fundamentais que regem economias com estruturas diversas».

Os princípios fundamentais dos sistemas económicos procuram responder a três questões:

- Que produzir (consumo)?
- Como produzir (produção)?
- Para quem produzir (repartição)?

Para responder a estas questões temos dois princípios fundamentais de sentido oposto: economia de mercado (ou descentralizada) v economia (integralmente) planificada (ou de direção central), que dão origem a dois ‘tipos’

puros de sistemas económicos: capitalista v socialista. Ideia de que olhando para as diferentes economias encontramos basicamente dois grandes sistemas económicos: do tipo capitalista e tipo socialista. O que caracteriza um e outro é a resposta que é dada às três questões (consumo, produção, repartição). As do tipo capitalista assentam numa economia de mercado ou descentralizada, por contraposição aos do tipo socialista que assentam numa economia integralmente planificada.

Há algum interesse em falar-se do sistema capitalista porque a CRP tem no plano económico uma história muito acidentada. A parte económica foi a que sofreu maior evolução/transformação – o sistema socialista tem muito a ver com a matriz que estava no texto de 76.

Note-se que isto é uma visão muito abstrata do que está em causa nestes sistemas – também se deve olhar para 1) as instituições económicas fundamentais (no sistema capitalista: empresas, capital, propriedade privada, liberdade económica individual), 2) as técnicas de produção utilizadas e 3) a motivação predominante dos agentes económicos.

**Regime económico** – reflete as diversas possibilidades de articulação entre o poder político (mas também outros poderes, como o dos sindicatos, patronato, económico) e a atividade económica no âmbito de cada sistema económico. Isto explica que no âmbito de um mesmo sistema capitalista possamos distinguir entre o abstencionismo liberal, o intervencionismo (meramente) corretivo, o dirigismo económico, o corporativismo, a economia mista.

É, assim, um conceito um pouco mais abrangente, pois podemos ter diferentes regimes económicos dentro do mesmo sistema económico. Tem a ver com a articulação, com o posicionamento, do poder político face à atividade económica.

Exemplos: Constituição de 1820, Carta Constitucional de 1826, Constituição de 1838, Constituição de 1911, Constituição de 1933 e a CRP (1976)

Se olharmos para estas constituições do ponto de vista do sistema económico, elas têm algo em comum – todas elas têm como pano de fundo um sistema económico do tipo capitalista. Contudo, isto diz-nos muito pouco sobre a CE, pois refletem regimes económicos muito diferentes. Daí ser importante classificar a CE também do ponto de vista do regime económico.

Encontramos grandes afinidades entre as 4 primeiras constituições – regime fundamentalmente do abstencionismo liberal. A de 1933, ainda sendo do sistema capitalista, adota e consagra o regime do corporativismo. A de 76, inicialmente era discutível se era do sistema capitalista, mas hoje sim – relaciona-se mais com a 33 por causa da intervenção mais forte do Estado na economia quando comparado com as 4 primeiras constituições.

### 3. Modalidades da CE

- CE explícita vs. implícita – quanto à forma de exteriorização da CE adotada;
- CE capitalistas vs. socialistas – quanto ao sistema económico subjacente à CE;
- CE neutras, programáticas (normas de objetivo ou de programa) e diretivas (normas de garantia ou estatutárias) – quanto ao modo de regulação da atividade económica.

#### 4. Função da CE (para que serve?)

- Garantia dos direitos, liberdades e garantias no plano económico – contém um catálogo e inclui mecanismos para a sua proteção;
- Delimitação dos poderes do Estado (mas também de entidades menores e de grupos sociais) no plano económico – permite perceber como é que o Estado se posiciona face à sua intervenção na atividade económica;
- Definição de objetivos socioeconómicos a prosseguir pelo Estado (ou por outras entidades) e enumeração de alguns dos meios institucionais ou jurídicos necessários para o efeito - o Estado olha para o sistema económico como uma forma de atingir determinados objetivos de caráter socioeconómico (exemplo, redistribuição de riqueza);
- Definição dos elementos jurídicos do sistema económico e do regime económico e a formulação de princípios gerais da ordem jurídica económica;
- Enumeração das tarefas económicas gerais do Estado e de critérios jurídicos estáveis para a seleção de objetivos de política económica e da respetiva formalização – objetivos e tarefas concretas, ou seja, concretização dos objetivos socioeconómicos (exemplo, redistribuição da propriedade agrícola por via da reforma agrária);
- Definição dos modelos institucionais de reformas estruturais no plano económico (e.g. reforma do sistema fiscal de acordo com critérios que permitam a redistribuição do rendimento).

#### 5. Caracterização de uma CE à luz de três elementos estruturantes

- As instituições socioeconómicas fundamentais – liberdade económica (de empresa, de profissão, de iniciativa económica, contratual [autonomia privada], de consumo) + predominância da propriedade privada vs. iniciativa pública e social + apropriação coletiva dos meios de produção (propriedade pública e social);
- Os instrumentos de regulação da atividade económica – mercado vs. plano (imperativo);
- Caracterização do posicionamento do Estado face à atividade económica – abstencionista, intervencionista, mas ainda assim subordinado vs. planificador, dirigista, preponderante face à atividade económica.

#### 6. Origem da CE

O conceito de CE surge no século XX associado à Constituição de Weimar (1919), aprovada na sequência do final da primeira guerra mundial e da instauração da república, a qual continha um conjunto de preceitos dedicados à organização económica (artigos 151.º a 165.º).

A Alemanha perdeu a primeira guerra mundial, o que teve consequências económicas e sociais. Associada à passagem para uma república, também passa a ser atribuído ao Estado um poder muito mais interventivo na atividade económica, o que se reflete logo no texto constitucional. A Constituição dedica muito mais espaço à atividade económica e, embora continue a tutelar o sistema capitalista e a conservar uma série de instituições fundamentais deste, vai atribuir ao Estado uma função de ordenamento, condicionamento e condução da organização do sistema

económico. Do ponto de vista político tal tem a ver com ideologias de centro-esquerda, desde logo para tratar a distribuição de riqueza.

Na Constituição de Weimar a tutela da liberdade económica privada surge pela primeira vez associada ao progresso da sociedade como um todo, assumindo o Estado a função de ordenar, influenciar e conduzir a organização e funcionamento do sistema económico.

Tem-se um conceito de CE em sentido formal (conjunto de princípios e normas que consagram explicitamente a matéria económica) e também uma CE em sentido material (existe todo um corpo de legislação ordinária que vai desenvolver estas normas constitucionais).

Olhando ainda para a caracterização desta constituição, outro ponto que representa um ponto de rutura relativamente às outras constituições, é o facto de esta ser explícita – assume de forma patente que pretende incluir e regular o funcionamento do sistema económico. As constituições do período liberal acabavam por ser constituições económicas implícitas em que o papel do Estado decorria por exclusão de partes do texto constitucional.

Nesta constituição encontram-se normas programáticas (fins a atingir que vinculam o Estado). A ideia de normas diretivas tem a ver com a ideia de que a constituição vai garantindo determinados objetivos que já tenham sido atingidos ao conferir-lhes valor constitucional (normas constitucionais que impedem determinados retrocessos, por exemplo, do salário mínimo). Há então uma conjugação entre normas programáticas e diretivas.

Há um conjunto de instituições da economia de mercado que não são postas em causa (não há uma mudança de sistema económico): (i) autonomia privada; (ii) propriedade privada; (iii) liberdade de escolha da profissão e liberdade de empresa; e (iv) liberdade negocial/contratual. O que acontece é que são introduzidos alguns elementos mais socializantes.



## Constituição Económica Europeia (CEE)

Efetivamente não existe uma constituição económica europeia. Tentou-se fazer uma constituição para a UE, mas esta não teve recetividade. É importante perceber-se de que forma faz sentido falar em CEE.

O projeto europeu é, desde o início, um projeto de integração económica que adquiriu contornos de um projeto de integração política.

É no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que se encontram versadas um conjunto de matérias, nomeadamente sobre as políticas adotadas pela EU. É neste que se encontram determinadas opções económicas que o tratado procura implementar e dar voz.

As normas do Tratado de Roma (1957) encerravam desde o início uma clara opção por um sistema económico de economia de mercado aberta, assente na livre concorrência (CE em sentido material e formal). Tal encontra-se desde logo espelhado na referência do artigo 3.º do Tratado CE à garantia do mercado interno através da implementação das quatro liberdades fundamentais (alínea d)) e à garantia de uma concorrência não falseada no mercado interno (alínea g)). Portanto, há aqui uma opção que é feita no sentido de consagrar um determinado regime económico (sistema capitalista assente numa economia de mercado) que repousa em dois grandes pilares: as 4 liberdades fundamentais ou de circulação e a garantia da liberdade de concorrência.

São dois aspetos que correspondem à ideia de CEE – ou seja, encontramos no tratado normas, que não sendo uma constituição, são fundamentais para o funcionamento do sistema económico e do regime económico (opções estruturantes para o funcionamento da economia e dos mercados nos Estados Membros que fazem parte da União Europeia).

Obviamente, isto remete-nos para um conceito de constituição que não é formal. Não tem dignidade constitucional. Contudo, numa ótica material, estamos a falar de opções que são fundamentais para a compreensão do próprio sistema económico.

Isto é relevante porque o direito da União Europeia goza de determinadas características que lhe conferem um primado sobre as normas nacionais. Posto isto, é impossível olharmos para a CE portuguesa sem termos em consideração a CEE, dado que estas condicionam a primeira. Vamos olhar para a CEE do ponto de vista de um plano que enquadra e condiciona as opções da CE portuguesa e aquilo que o Estado pode ou não fazer.

### 1. O ordoliberalismo

Para se perceber porque é que houve esta preocupação de incluir certas normas no Tratado de Roma, tem de se falar nas suas raízes intelectuais.

A ligação entre a tutela das liberdades fundamentais e a garantia de uma concorrência livre e não falseada e a sua convergência na salvaguarda do mercado interno espelha uma determinada conceção da CE que teve um profundo impacto no projeto europeu: o Ordoliberalismo.

O ordoliberalismo é um movimento, do início do séc. XX (anos 20/30), que englobou juristas e economistas na Alemanha – também chamada a escola de Freigurg. Olha para o papel da CE numa ótica de garantia do sistema económico que existe.

Neste contexto, há dois grandes constrangimentos ao sistema económico liberal – o projeto socialista e totalitário da URSS e da direita um conjunto de conceções que olham para o papel do Estado como um instrumento para a prossecução de determinadas políticas que acabam por limitar a liberdade económica e o próprio funcionamento da economia de mercado.

A questão de partida é: como é que temos um enquadramento jurídico que garanta um sistema económico liberal e um sistema democrático. A liberdade no plano económico está muito ligada à proteção da liberdade no plano político – o movimento ordoliberal está sobretudo preocupado com o plano económico mas não dissocia uma coisa da outra. Surge então a ideia de pegar em determinados pilares da política económica e conferir-lhes dignidade constitucional.

## 2. Elementos integrantes da Constituição económica europeia (CEE)

Se olharmos para os elementos que integram esta ideia e conceito de CE no plano europeu, encontramos:

- Liberdades económicas (30.º a 37.º; 45.º a 66.º TFUE);
- Defesa da concorrência (101.º a 109.º TFUE);
- União Económica e Monetária (119.º a 144.º TFUE);
- Política comercial comum (206.º e 207.º TFUE);
- Disposições fiscais (110.º a 113.º TFUE).

Do ponto de vista da CEE isto é o que sustenta a ideia de uma economia de mercado aberta de livre concorrência. O que os tratados vão introduzir e conjugar é a ideia de equilibrar estes mesmo pilares económicos com uma intervenção do Estado no mercado no sentido de suprir as falhas do mesmo. O paradigma é a de um sistema assente na economia de mercado, mas que não dispensa intervenções do Estado que vão corrigir aspetos do mercado que não funcionam e tratar da redistribuição de riqueza (algo que o mercado não faz por si) – economia social de mercado.

**Paradigma da economia social de mercado** (art.º 3 n.º 3 TUE) – equilíbrio entre eficiência de mercado e políticas de redistribuição asseguradas pelo Estado + Protocolo n.º 27 (mercado interno indissociável da concorrência não falseada). No fundo tem a ver com uma lógica de redistribuição, e não apenas de correção de falhas de mercado.

**Manifestações da economia social de mercado** – art.º 3 TUE e art.º 9 TFUE (‘cláusula social horizontal’).

Estas ideias têm a sua base nas ideias ordoliberais, precisamente porque o projeto ordoliberal nos anos 30 é o de tentar desenhar (conceptualmente do ponto de vista jurídico-económico) uma forma de enquadramento na própria constituição que permitisse também preservar o funcionamento da economia de mercado. O aspeto relevante é a ideia de que esta garantia da economia de mercado é indissociável no plano político de um regime democrático, na medida em que, se proteger a economia de mercado, estou também a proteger um regime democrático e vice-

versa. Como é que se consegue dotar um determinado Estado de uma constituição que consiga garantir isto? Proteger estes princípios das vicissitude do dia-a-dia (alternâncias de governo), através da dignidade constitucional.

- Abordagem jurídico-económica da solução constitucional que enquadrasse e preservasse o funcionamento da economia fundada nas transações privadas e que garantisse a concorrência ‘completa’.
- A CE na aceção ordoliberal corresponde a uma escolha constitucional abrangente que compreende não apenas à opção constitucional por um determinado modelo económico, mas também à consagração de mecanismos constitucionais e infraconstitucionais que o enquadrem, concretizem e salvaguardem. Neste sentido, a CE estaria para o sistema económico como a constituição política estaria para o sistema político pelo qual uma comunidade se governa. (não tem de se tratar da constituição formal, basta ser material)

Note-se que a CEE também é influenciada por outros elementos além do ordoliberais. É o caso da influência francesa de onde vem a ideia de que o direito da concorrência não deve ser aplicado da mesma forma quando se trata de empresas públicas. Há também outras preocupações sociais que devem estar presentes na forma como o mercado funciona.

A CEE é, no fundo, a garantia de que um determinado sistema ou opções no plano económico não vão ser postas em causa pelos Estados Membros e pelas opções que tomam nos planos económico e político. Há um conjunto de princípios aos quais todos concordamos aderir.

Distinção entre princípios constitutivos (os que são absolutamente essenciais) e princípios regulatórios (os que são instrumentais para implementar os princípios constitutivos).

- Os princípios constitutivos incluem (estes são os princípios tal como os ordoliberais os defendiam, há alguns que já estão um pouco ultrapassados):
  - Estabilidade cambial;
  - Abertura dos mercados (funcionam de acordo com a oferta-procura);
  - Propriedade privada;
  - Liberdade contratual (manifestação da liberdade económica);
  - (mecanismos de) responsabilização jurídica (ideia de que o sistema económico tem de ter institutos que permitam aos agentes económicos terem feedback das suas decisões; ideia de que se os agentes não forem responsabilizados pelas suas decisões isso vai pôr em causa a própria economia de mercado);
  - Estabilidade da política económica.
- Dentre os princípios regulatórios cumpre destacar a política de concorrência.

A ideia dos princípios constitutivos é a de que, atuando de forma conjunta, são a melhor forma de garantir que a economia de mercado continua a existir, pelo que devem ser os da primeira linha na dignidade constitucional.

Na ótica ordoliberal, a intervenção do Estado na economia reconduz-se a uma intervenção que visa preservar o próprio sistema económico e o seu funcionamento eficiente. Não dispensa o papel corretivo do Estado – situações

de redistribuição da riqueza, combate ao desemprego e situações em que a atividade económica privada gera custos que têm de ser mitigados pelo Estado.

Não é uma ótica neoliberal do Estado ausente, também não é uma ótica liberal clássica do Estado mínimo. É uma ótica que assenta no funcionamento da economia e mercado conjugada com a intervenção do Estado nas correções das falhas do mercado. Esta lógica foi adotada no tratado de Roma e prevalece até hoje.

Em todo o caso, o Tratado de Roma não consagrou um sistema puro de economia de mercado. Há, desde logo, restrições de ordem geral e de ordem setorial.

- Restrições gerais ao funcionamento da economia de mercado – política industrial (art.º 173 TFUE) e, sobretudo, a política agrícola (art.º 38-44 TFUE);
- Restrições sectoriais – nas liberdades fundamentais (exemplo do art.º 36 TFUE); nas regras de concorrência, os entorses introduzidos pela admissão ainda que restrita dos auxílios de estado (art.º 107/108 TFUE), adaptações ao setor público (artigo 106.º TFUE) e, em certa medida, a tolerância face aos monopólios públicos de carácter comercial (artigo 37.º TFUE) – justificação: falhas de mercado.

∴ A CE de qualquer EM não pode ser compreendida sem a CEE, pois desta decorrem limites à intervenção do Estado na economia (ainda que a CEE manifeste uma posição de neutralidade face ao regime de propriedade – art.º 345 TFUE).

### 3. Elementos caracterizadores da CEE

A União só tem competência quando expressa nos tratados. Neste caso fala-se de matérias que são claramente da competência da União, enquanto as outras são partilhadas entre esta e os Estados Membros.

A CEE não assenta em normas de valor constitucional, mas o direito da União é um direito especial (goza do primado sobre as leis nacionais) e trata de matérias que são estruturantes para o enquadramento do modelo económico adotado pelos tratados.

Não é possível olhar para a CE de qualquer Estado Membro sem perceber os limites que a CEE impõe. Há uma camada normativa superior que limita o que decorre da CE de cada Estado Membro. A revisão de 89 teve precisamente o objetivo de adaptar a CRP à política económica europeia (foi a que fez com que a matriz híbrida pendesse para o lado do sistema capitalista e da economia de mercado).

A CEE tem um núcleo que tem a ver com a defesa do mercado interno. O que é transacionado é transacionado num único mercado. Este mercado interno para poder existir tem de assentar em dois grandes instrumentos:

- i. Um que impeça os EM de impedirem esse esforço de mercado interno – esse mecanismo jurídico assenta nas liberdades económicas; visam impedir que os EM criem obstáculos;
- ii. Existem outros agentes económicos privados que podem por outra via criar outro tipo de obstáculos através de comportamentos que vão restringir a concorrência – daí a defesa da concorrência.

A jurisprudência que vamos ver refere-se a casos em que os EM impõe medidas que têm estes efeitos restritivos. As regras da defesa da concorrência tratam os casos em que são os privados quem condiciona o normal funcionamento do mercado.

A criação do mercado interno e a respetiva proteção fazem parte do ADN da União Europeia.

Relativamente à união económica e monetária (moeda única), à política comercial comum (relação comercial da União com países terceiros) e às disposições fiscais, o que têm em comum é que são relevantes, mas auxiliares para a proteção desse mesmo mercado interno.

- A moeda única elimina os obstáculos criados pelas diferentes taxas cambiais.
- A política comercial comum determina em que condições é que os produtos entram na União. Se não existisse uma política comum relativamente a direitos aduaneiros os diferentes Estados Membros poderiam ter vantagens diferentes.
- As disposições fiscais tratam das distorções que se podem criar a nível da carga fiscal; por via da parte fiscal os EM poderiam tornar certos produtos menos atrativos.

#### *Questão do regime de propriedade*

A ligação da economia de mercado com a CEE não é discutível. Já a opção por um sistema capitalista é mais ambígua. Se se olhar para o art.º 345 TFUE lê-se que "os tratados em nada prejudicam o regime de propriedade adotada nos estados membros". Os tratados são neutros relativamente à distribuição dos meios de produção em públicos ou privados. Embora em tese haja uma posição de neutralidade, a conjugação destes dois elementos leva a que na prática seja insustentável a qualquer Estado Membro ter um sistema empresarial público significativo, nomeadamente pela proibição dos auxílios de Estado (é muito difícil manter empresas públicas sem investimento público).

#### **4. Mercado interno e liberdades de circulação – integração negativa e positiva**

O projeto europeu começou por ser um projeto de integração económica, ou seja, de fusão de diferentes espaços económicos num só espaço económico regional, evoluindo depois para outras vertentes (mormente política de tipo federalista).

A integração económica processa-se de duas formas:

- Integração negativa – implica a abolição dos obstáculos à integração económica (exemplo: abolição das barreiras alfandegárias) por via jurisprudencial;
- Integração positiva – harmonização de políticas (exemplo: harmonização dos requisitos de segurança dos veículos) por via legislativa.

Esta opção é mais difícil porque, desde logo, exige que a União tenha competência para o fazer – trata-se de legislar para toda a UE. Atinge-se o mesmo resultado, apenas de forma diferente. Quem pode fazer isto são a comissão, o parlamento e o conselho. Exige que a máquina legislativa seja posta a funcionar. É um processo demorado e com muitos sobressaltos e não é de aplicação global (tem de ter competência).

Por exemplo, cada EM tem regras diferentes relativas à segurança nos veículos. O carro só pode circular se cumprir os requisitos. Se as regras forem diferentes não se pode circular de um EM para o outro. Como é que se resolve este problema?

- Por via da integração negativa – começa-se a considerar incompatíveis com os tratados determinadas normas dos vários EM, ou seja, a destruir os obstáculos. Desta forma obriga-se os EM a modificarem a sua legislação interna. A jurisprudência do TJUE é um tiro ao alvo às legislações nacionais que são incompatíveis com os tratados e consequentemente têm de ser removidas.
- Por via da integração positiva – cria-se legislação ao nível da União Europeia que regule a matéria em questão.

Quer isto dizer que o interesse quando olhamos para a jurisprudência do TJUE é analisar a integração negativa.

A integração negativa tem como incentivo a insatisfação dos agentes económicos e o seu desejo de ver a legislação alterada. A determinada altura isto tornou-se um problema porque os agentes económicos ficaram de tal maneira entusiasmados que o próprio tribunal teve de arranjar maneira de redirecionar a jurisprudência para que isto não continuasse assim. Por exemplo, a determinada altura vários agentes económicos avançaram com a ideia de que a legislação de um EM que proibia a abertura de certo setor ao domingo era incompatível com a livre circulação de mercadorias (não abro ao domingo – vendo menos – vendo menos mercadorias importadas). A integração negativa teve de ser objeto de alguma contenção.

## 5. Como é que chegamos ao mercado interno?

A integração económica é um processo incremental. O mercado comum representa um estágio neste progresso – é o resultado de um processo gradual que passa por várias fases. Cada uma das fases corresponde a um patamar de maior integração:

- Zona de comércio livre – abolição das tarifas aduaneiras entre os Estados aderentes (EFTA);
- União aduaneira – adoção de uma pauta aduaneira comum (relações com países terceiros) – ver art.º 28 TFUE;
- Mercado comum/interno – abolição das barreiras à circulação dos fatores de produção de natureza não aduaneira. Caso da mão de obra, serviços, capitais e pagamentos;
- União económica e monetária – coordenação das políticas económicas; adoção de uma moeda única.

Isto é relevante porque estes elementos foram assimilados, mas continuam lá – hoje em dia a UE é tudo isto num só.

## 6. Mercado interno e regras de concorrência

Aqui estão em causa os obstáculos criados pelas empresas (em regra agentes económicos privados) que restringem e falseiam a concorrência, tendo um impacto económico semelhante aos obstáculos criados pelos Estados.

O direito da concorrência europeu cobre as seguintes áreas, embora nem todas sejam objeto de referência em sede de TFUE:

- Proibição dos acordos entre empresas e das práticas concertadas (art.º 101);
- Proibição do abuso de posição dominante (art.º 102);
- Extensão das regras de concorrência às empresas públicas e às empresas a quem tenham sido concedidos direitos especiais ou exclusivos (art.º 106, n.º 1) e o regime dos SIEG (serviços de interesse económico geral) (art.º 106, n.º 2);
- Proibição dos auxílios de Estado (art.º 107);
- Controlo das concentrações (Reg. 139/2004) – aqui há uma atuação preventiva.

## 7. Liberdades de circulação e regras de concorrência – zona cinzenta

A um nível mais imediato, a interação entre as regras de concorrência e as liberdades fundamentais – liberdade de circulação de mercadorias (art.º 34-37 TFUE), liberdade de circulação de pessoas (incluindo trabalhadores) (art.º 45-48 TFUE), liberdade de estabelecimento (art.º 49-55 TFUE), liberdade de circulação de serviços (art.º 56-62 TFUE) e liberdade de circulação de capitais e pagamentos (art.º 63-66 TFUE) – assenta na premissa da complementaridade funcional destas regras.

Se as liberdades fundamentais se destinam a eliminar entraves criados pelos Estados (direitos aduaneiros ou encargos de efeito equivalente, restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente) ao projeto de integração económica, as regras de defesa da concorrência visam garantir que essas barreiras não são substituídas por barreiras de proveniência privada que entravam o fluxo de bens e serviços, os comportamentos restritivos da concorrência.

Têm uma complementaridade funcional – prosseguem o mesmo objetivo de forma diferente.

Teoricamente é assim (um conjunto de normas para obstáculos criados pelo Estado e outro para obstáculos criados pelas empresas). Agora imagine-se que tenho um grupo de empresas espanholas que exportam morangos para França; os agricultores franceses não gostam disto então organizam uma manifestação que passa por bloquear as estradas junto à fronteira impedindo os agricultores espanhóis de entrarem, e o Estado francês não faz nada. Segunda situação: há um conjunto de empresas belgas ligadas a agências de viagens que resolvem aplicar os mesmos preços aos clientes; levanta-se a questão se há uma restrição da concorrência ou não, mas esta tem por base uma lei belga que impede as empresas de aplicarem descontos e obriga-as a alinharem preços. Problema: não posso aplicar as regras da liberdade de circulação aos agricultores franceses e na segunda pode-se aplicar as regras de concorrência ainda que não seja deles a culpa.

Se tivermos uma abordagem estanque vamos ter situações de lacunas. Há uma zona cinzenta. Estas matérias foram resolvidas com recurso a regras e princípios mais gerais como, por exemplo, o princípio da boa-fé dos Estados na aplicação do direito europeu.

## Liberdades de Circulação

### 1. Teoria geral – elementos comuns a todas as liberdades

- As liberdades de circulação apresentam-se como um elemento fundamental para a concretização de uma economia de mercado aberta e assente na livre concorrência – impedem que o Estado e as empresas ponham em causa o funcionamento do mercado.
- Têm uma dimensão económica (criação e funcionamento do mercado interno) e uma dimensão social (cidadania europeia) – inicialmente eram vistas como direitos subjetivos, mas tal mudou com a introdução do estatuto do cidadão europeu, fazendo com que passassem a ser liberdades com caráter instrumental para a plena realização da cidadania europeia.
- Evolução da interpretação e aplicação das liberdades fundamentais – da não discriminação à não restrição do acesso ao mercado – a jurisprudência anda em torno do conceito de obstáculo e saber se estes obstáculos são ou não compatíveis com as regras dos tratados. Há uma evolução clara da jurisprudência relativamente à interpretação do que é um obstáculo. Vai-se de uma interpretação menos restritiva (prendia-se com a existência de um elemento discriminatório na medida adotada pelo Estado) para uma interpretação mais exigente no sentido de perceber se na prática a medida cria ou não algum tipo de restrição.
- Aspectos comuns (convergência) e diferenças factuais (mercadorias vs. serviços vs. trabalhadores) – verifica-se que efetivamente existem vários aspectos comuns, daí que faça sentido falar numa teoria geral das liberdades de circulação; porém apresentam diferenças factuais, por exemplo mercadorias e pessoas; existe um ponto de partida comum, porém tem de se ter presente que o regime não é idêntico, pois existem diferenças relativamente à realidade subjacente a cada uma destas liberdades.
- Ponderação de interesses nas liberdades fundamentais: (i) ponderação de interesses económicos (no âmbito da mesma liberdade ou entre liberdades fundamentais); e (ii) ponderação entre liberdades económicas e direitos fundamentais.
- Função das liberdades fundamentais:
  - Direitos de cidadania;
  - Direitos de não discriminação e de acesso ao mercado (independentemente de haver ou não discriminação);
  - Direitos processuais (efeito útil) – existência de mecanismos para a sua implementação; os EM têm de assegurar que as normas e os direitos assegurados pelos tratados possam produzir os seus efeitos.
- Objetivo – identificar elementos comuns às 4 liberdades fundamentais tomando por referência princípios gerais de Direito da União.
- Primado (efeito útil) – o direito dos EM tem de ser compatibilizado com as regras dos tratados.
- Aplicabilidade direta – são diretamente invocáveis nos ordenamentos jurídicos dos EM e podem sê-lo em duas modalidades:



- Vertical (sempre) – os particulares podem invocar esse efeito direito perante o Estado;
- Horizontal – o tribunal tem reconhecido este efeito no caso das liberdades de circulação de trabalhadores, serviços e estabelecimento.
- Destinatários:
  - EM (EM de origem e EM de acolhimento);
  - Entidades não estatais em determinadas circunstâncias (sucede quando há um efeito direto horizontal reconhecido na situação em causa; caso, por exemplo, em que exercem poderes públicos).
- Âmbito subjetivo:
  - Cidadãos da União (liberdade de circulação de pessoas);
  - Cidadãos da União + nacionais de países terceiros (mercadorias; capitais e pagamentos; EEA) – decido ao elemento mais impessoal associado a estas liberdades.
- Âmbito material – exigências que têm de se verificar para que seja uma restrição a uma liberdade:
  - Domínios não harmonizados – este problema apenas se coloca quando não existe harmonização; se ela existe e um EM não cumpre, então está-se perante um caso de violação do direito da União;
  - Elemento transfronteiriço – se estou a falar de liberdades de circulação, isto vai sempre envolver pelo menos dois EM; para se ter uma restrição a uma liberdade de circulação tem de se ter uma situação em que pelo menos dois ordenamentos de EM diferentes entram em contacto;
  - Atividade económica;
  - Carácter não abusivo do exercício das liberdades económicas – em alguns caso os agentes económicos abusam desta liberdade porque querem evitar a aplicação de determinadas normas nacionais.
- Proibição:
  - Discriminação direta – está inscrita na própria medida;
  - Discriminação indireta – não está na lei, mas resulta da sua aplicação própria; exemplo: a exigência de residência com efeito restritivo no exercício das liberdades de circulação; ao incluir a residência como um requisito está-se a beneficiar os nacionais.

Apesar de proibirem certos comportamentos, são normas que possibilitam a existência de uma justificação; em certas circunstâncias podem ser afastadas se houver disposição para isso; compete aos EM justificar que existem fundamentos para as medidas restritivas que adotem.

- Um EM, para poder fazer valer restrições, tem de invocar:
  - Fundamento (motivos):
    - Derrogações – exceções que estão expressamente previstas no tratado;
    - Razões imperiosas de interesse geral – exceções que resultam de desenvolvimento jurisprudencial; o TJUE admite certas exceções que não resultam dos tratados;
  - Implementação – teste de proporcionalidade (adequação + necessidade + proporcionalidade stricto sensu) – é preciso que a medida que o Estado adota cumpra requisitos de proporcionalidade.

As restrições têm sempre de passar por este duplo crivo – motivo e proporcionalidade. Existe esta capacidade de acomodar. Muitas vezes o TJUE reconhece que o motivo é válido mas considera que o EM podia ter escolhido outra via de forma a respeitar o princípio da proporcionalidade.

Os motivos puramente económicos não são aceites pelo tribunal. Por exemplo, determinado EM põe restrições às importações de outro EM por razões de salvaguarda dos seus próprios produtores – essa razão não seria atendida.

## 2. Liberdade de circulação de mercadorias – art.º 28 a 37 TFUE

Enquadramento normativo:

- Mercado interno – elementos e caracterização (art.º 26 e 27 TFUE). No n.º 2 do art.º 26 compreende-se que o mercado interno assenta nas liberdades de circulação.
- Livre circulação de mercadorias:
  - Art.º 28 e 29 TFUE – união aduaneira e livre prática;
  - Art.º 30 a 32 + 33 TFUE – união aduaneira;
  - Art.º 34 a 36 TFUE – restrições quantitativas e MEERQ;
  - Art.º 37 TFUE – monopólios nacionais de natureza comercial.

Observa-se uma repartição relativamente a cada tipo de obstáculo. Fundamentalmente, esta abordagem à liberdade de circulação de mercadorias está muito próxima do tratamento que a matéria tem recebido no plano internacional.

A circulação de mercadorias entre países está relacionada com os encargos que as mercadorias têm de pagar pelo simples facto de passarem a fronteira (direitos aduaneiros). Existe outro tipo de obstáculos que tem a ver com restrições que não passam por encargos, mas por limitações no plano quantitativo (número que posso exportar ou importar). Esta repartição só sei vai encontrar para a liberdade de circulação de mercadorias, porque só faz sentido aqui. Efetivamente a discussão anda muito em torno daquilo que é uma restrição equivalente a uma do tipo quantitativo.

**Art.º 29** – equipara, confere o mesmo estatuto aos produtos originários da União e aos produtos provenientes de países terceiros que se encontrem em livre prática.

**Livre prática** – produtos relativamente aos quais foram cumpridas todas as formalidades de importação e cobrados os direitos aduaneiros. Quer isto dizer que a partir do momento em que um produto entra na União de forma lícita, esse produto é equiparado a um produto da UE. Portanto, as normas que aqui se encontram aplicam-se a produtos da União e a produtos que se encontrem em livre prática.

**Art.º 30** – trata de direitos aduaneiros de importação e de exportação ou encargos de efeito equivalente.

**Direitos aduaneiros** – são encargos que são cobrados aos produtos pelo simples facto de passarem uma fronteira, neste caso a fronteira comum da União. Estes direitos são fixados com base numa determinada

percentagem. Os produtos estão organizados em classes diferentes. Isto costuma acontecer com a importação, mas também pode acontecer com a exportação (raramente).

**Encargos de efeito equivalente** – há um encargo que é cobrado a um determinado produto pelo simples facto de passar uma fronteira ainda que não seja um direito aduaneiro. Por exemplo, vamos imaginar que num determinado país os bens que venham do exterior não pagam direitos aduaneiros, mas têm de pagar x por cada dia que passam na alfandega e têm de ficar lá y dias obrigatoriamente. Este é um mecanismo em tudo equivalente a um direito aduaneiro dado que o produto fica sujeito a um encargo por vir de fora, ainda que não seja um direito aduaneiro.

Um exemplo real disto são os processos apensos onde era aplicado um imposto a diamantes. O que acontece é que esse imposto não tinha qualquer tipo de correspondência no plano interno. Tem-se um direito aduaneiro que era aplicado como sendo um imposto. Como eles não produzem diamantes, aquele imposto vai-se sempre aplicar a bens importados, pelo que é equivalente a um direito aduaneiro.

O art.º 30 é uma proibição sem exceção. Não se encontra nenhuma situação em que um EM possa justificar a aplicação de direitos aduaneiros. Porque é que isto é assim? Uma exceção a esta norma seria o fim de qualquer integração económica. Se se permitisse que os EM, mediante qualquer motivo, aplicassem direitos aduaneiros, nem se tinha um espaço de comércio livre. Eliminar direitos aduaneiros é o mínimo dos mínimos para se ter um mercado comum.

### *Tratamento jurisprudencial da liberdade de circulação de mercadorias*

Elementos gerais:

- Conceito de mercadoria – para se perceber o âmbito de aplicação destes artigos, tem de se perceber o que é uma mercadoria. Há situações óbvias, mas há outras que não o são tanto assim;  
Critério geral: posso ou não transacioná-los. Existe ou não mercado lícito para a coisa em questão (por exemplo, a cocaína não é uma mercadoria);  
O tribunal conclui que, se 1) estivermos a falar de um bem avaliado em dinheiro e 2) for transacionável, é uma mercadoria;  
Acórdão conceito “mercadoria” – C-2/90 – Comissão c. Bélgica.
- Conceitos de direito aduaneiro e de encargo de efeito equivalente;  
Acórdão conceito “encargo de efeito equivalente” – C-24/68 – Comissão c. Itália.
- Conceito de restrição quantitativa – algo que diz que só podem ser importadas até x;  
Acórdão conceito “restrição quantitativa” – C-2/73 – Riseria Luigi Geddo c. Ente Nazionale Risi.
- Conceito de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa (MEERQ) – foi das primeiras matérias em que a jurisprudência deu um contributo para se perceber que matéria estamos a tratar;  
Ideia de que há uma medida adotado por um EM que, não sendo uma restrição quantitativa, tem um efeito equivalente; restringe, diminui ou altera aquilo que seriam as quantidades transacionadas daquele produto;  
É a matéria que mais ocupa a jurisprudência e tem sofrido uma evolução ao longo dos tempos (capítulo seguinte).

### *Evolução da jurisprudência sobre as medidas de efeito equivalente*

- ❖ **Dassonville;**
- ❖ **Rewe-Zentral** (Cassis de Dijon);
- ❖ B&Q plc (um dos “Sunday trading cases”);
- ❖ **Keck et Mithouard;**
- ❖ Críticas à jurisprudência Keck et Mithouard;
- ❖ Jurisprudência pós-Keck et Mithouard.

#### **Dassonville**

Envolvia uma empresa belga que comprava whisky vendido por um prestador francês que o comprava no Reino Unido (na altura ainda não era um EM). A legislação belga na altura exigia que para a importação de whisky o importador mostrasse um certificado de origem emitido em nome do importador belga – documento que comprova que é whisky genuíno importado de x. O problema é que o importador belga não tinha o certificado dado que não foi ele que o comprou no Reino Unido. O mais que podia obter era uma declaração das autoridades inglesas a dizer que era um produto genuíno e tinha sido importado de forma legal pelo importador francês – isto não valia na Bélgica. O caso acaba por chegar ao TJUE por envio prejudicial. Tinha de se perceber se a norma belga era um obstáculo à importação do whisky.

O efeito prático da norma belga é que dificulta a entrada do produto. Sem impor limites quantitativos, a lei limita a quantidade de importações de whisky.

Foi a primeira vez que o tribunal avançou com uma definição de medida de efeito equivalente. O tribunal define como: “all trading rules” + “enacted by a Member State” + “which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade...” – todas as medidas que sejam capazes de afetar a transação, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, nas transações entre EM.

Aplica-se às medidas criadas pelo Estado, entidades públicas ou entidades privadas que exercem poderes de delegação do Estado. De efeito direto ou indireto, real ou potencial.

Nota: o produto aqui em causa era originariamente exterior ao espaço europeu. Destaca-se, portanto, a importância da livre prática de produtos.

#### **Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)**

Caso que veio alargar ainda mais este conceito.

Caso em que a importação de bebidas alcoólicas para a Alemanha tinha de ser feita por intermédio de uma entidade administrativa. Acontece que um importador solicitou autorização para importar um licor francês. A legislação apenas permitia a importação e a comercialização de bebidas alcoólicas que apresentassem uma percentagem de álcool com teor igual ou superior a 25%. O licor tem uma percentagem inferior pelo que não poderia ser importada como sendo uma bebida alcoólica.

Pergunta-se ao TJUE 1) se a legislação alemã que fixava um teor mínimo para as bebidas alcoólicas a serem importadas e comercializadas constituía ela própria uma medida de efeito equivalente e 2) se esta fixação do teor alcoólico mínimo pela própria entidade pública não era uma violação do art.º 37 TFUE.

Vamos fixar-nos na primeira questão. À partida, pela definição do caso anterior, qualificar-se-ia como uma medida de efeito equivalente. Efetivamente o acórdão veio confirmar que as medidas de efeito equivalente eram medidas aprovadas pelo Estado que afetavam direta ou indiretamente a comercialização de diversos produtos e acrescenta, relativamente ao caráter discriminatório ou não, não importava se na prática a medida tinha um efeito discriminatório, mas se a medida era indiretamente discriminatória.

O primeiro problema é onde é que se vai vender a bebida se a legislação diz aquilo. O segundo problema é porque é que são as entidades alemãs a definir o que é bebida alcoólica e o que não é. Se tenho um produto que foi produzido e comercializado num EM porque é que outro EM vai ter normas que impeçam essa comercialização? Tem de haver uma justificação para criar obstáculos à livre circulação de mercadorias que não assentem em caprichos nacionais.

Este acórdão consagra o **princípio do reconhecimento mútuo** – permite que cada EM tenha as suas preferências nacionais, mas não permite que se recuse a reconhecer produtos produzidos e comercializados de forma legal noutra EM; este não pode criar obstáculos adicionais a não ser que tenham motivos justificados para tal.

Neste caso, o que o tribunal faz com o princípio do reconhecimento mútuo é criar uma meta norma – criar um critério para em casos futuros semelhantes poder decidir no mesmo sentido.

Estende a definição que já tinha sido dada no caso Dassonville, ao acrescentar que também são consideradas medidas de efeito equivalente aquelas que não reconhecem este princípio de reconhecimento mútuo.

A segunda parte importante tem a ver com a análise das justificações que a Alemanha apresentou. O tribunal reconhece que existem motivos que podem ser aceites como justificações. O tribunal aceitou que a proteção do consumidor poderia ser uma justificação apresentada ainda que não fosse uma derrogação que resultasse dos tratados.

Quando se fala de exceções que não resultam do tratado, mas que foram admitidas pelo tribunal falamos de exigências imperativas de interesse geral.

### **Efeito pós Cassis de Dijon**

Este conceito é muito amplo. O que sucedeu depois do Cassis de Dijon foi uma sucessão de casos em que o processo era muito semelhante. Tornou-se muito tentador aos agentes económicos questionar legislação que não lhes agradava. Esta tendência que se começou a afirmar levou a que houvesse um ponto de viragem em que o tribunal foi rever a jurisprudência. O culminar deu-se com um conjunto de casos (Sunday trading cases).

### **Sunday trading cases**

Giram todos em torno da circunstância de um conjunto de empresas questionar a proibição ou limitação da abertura ao domingo, invocando a necessidade do TJUE se pronunciar sobre isto porque o que estaria em causa era uma restrição à liberdade de mercadorias. Se a loja não abre ao domingo, vende menos, logo vende menos produtos importados.

O tribunal apercebeu-se que havia uma espécie de utilização estratégica que não correspondia aos objetivos do tratado – isto não tinha um contributo significativo para a construção do mercado comum.

Proc. C-169/91, Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City c. B&Q, PLC (MEERQ):

- Antecedentes: a mobilização abusiva da liberdade de circulação de mercadorias com objetivos estratégicos (este excesso levaria à desregulação da própria economia);
- Necessidade de clarificação sobre o alcance da jurisprudência sobre MEERQ.

### **Keck et Mithouard**

É um caso absolutamente decisivo para a resolução deste problema.

Envolvia um litígio entre o Estado belga e este dois senhores. Estes senhores foram objeto de uma queixa crime. A legislação belga proibía a venda de produtos abaixo de um determinado preço (impede a venda com prejuízo). Acontece que estes senhores eram gerentes de dois supermercados e resolveram lançar uma campanha em que venderam produtos em prejuízo. Isto era crime e foram alvos de um processo crime. Eles vieram dizer que esta legislação viola as regras do tratado porque é uma medida de efeito equivalente. Raciocínio: não posso vender abaixo daquele preço, vendo menos, vendo menos produtos importados.

O tribunal achou que era altura de, por um lado, clarificar o alcance do art.º 34 e, por outro lado, resolver a avalanche de casos que estava a receber.

O tribunal vem dizer que as medidas de efeito equivalente não são todas iguais. Há umas que têm a ver com características físicas do produto (peso, composição, dimensão, apresentação, etc) e medidas sobre as modalidades de venda, forma como o produto é comercializado (horários de venda, locais de venda, preços, publicidade).

Atendendo a isto, o art.º 34 TFUE está preocupado com as características do produto. As regras sobre as modalidades de venda nem têm nenhum impacto sobre o produto – só seriam abrangidas se fossem diretamente discriminatórias.

O objetivo do tribunal era restringir um pouco o conceito excessivamente amplo que tinha resultado da jurisprudência anterior.

Legislação nacional sobre as características da mercadoria (exemplos):

- ❖ Rau (processo 261/81) – lei belga que impunha a comercialização de margarina em pacotes de forma cúbica sob o pretexto de evitar confusão com a manteiga – embalagem do produto;
- ❖ Comissão c Itália (processo C-14/00) – legislação italiana que restringia a utilização da denominação ‘chocolate’ a produtos elaborados sem gordura vegetal, devendo os produtos que incluíam gordura vegetal ser comercializados sob a designação de ‘substitutos de chocolate’ – composição do produto.

A ideia aqui é que a legislação nacional que incide sobre as características do produto é abrangida, à luz da jurisprudência, pelo art.º 34 TFUE. Esta medida é sempre discriminatória – estas regras não afetam particularmente os produtos nacionais que já conhecem a legislação; os produtos de outros EM é que têm de adaptar os seus produtos à legislação do EM para o qual pretendem exportar. Por isso, é o tipo de legislação que tem sempre um impacto discriminatório.

Em todo o caso, no que respeita às regras sobre as características dos produtos, temos hoje o Regulamento 764/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de julho de 2008, que estabelece procedimentos para a aplicação de certas regras técnicas nacionais a produtos legalmente comercializados noutra EM.

### **Problema da distinção dada no caso Keck et Mithouard**

Houve uma crítica que foi logo feita pelo AG Jacobs no proc. C-412/93 (Leclerc-Siplec).

- Primeiro problema – surge logo com a noção muito estanque de regras sobre as características dos produtos (em que se aplica o art.º 34 TFUE independentemente de serem direta ou indiretamente discriminatórias) e regras sobre as suas modalidades de venda (em que só se aplica o art.º 34 TFUE se as regras forem diretamente discriminatórias). Há situações em que estas duas não são dissociáveis;
  - Hünermund (processo C-292/92) – legislação alemã que proibia os farmacêuticos de fazerem publicidade a produtos para-farmacêuticos fora das respetivas farmácias (regras de publicidade com impacto no produto);  
Vamos admitir que regras sobre publicidade são normas sobre a modalidade de venda. O problema é que estas regras impedem de fazer publicidade impedem que se faça publicidade a um produto específico. Portanto, este é um exemplo em que regras sobre a modalidade de venda podem ter um impacto sobre o produto em si;
  - Familiapress (processo C-368/95) – legislação austríaca que proibia a venda de revistas que contivessem publicidade sobre ofertas aos leitores, possibilidade de ganharem um prémio através da participação em concursos (regras de publicidade com impacto no produto)  
Este é um caso de uma regra sobre modalidade de venda. Contudo, se tiver uma revista importada com este tipo de publicidade faço o quê? Mais um caso em que regras sobre uma modalidade de venda têm impacto no produto em si.
- Segundo problema – estas regras sobre modalidades de venda, ainda que sejam só indiretamente discriminatórias, não deixam de ser especialmente penalizadoras de produtos importados;
  - TK-Heimdienst (processo C-254/98) – legislação austríaca que determinava que os padeiros, talhantes e comerciantes de produtos alimentares só podiam efetuar a venda ambulante numa dada circunscrição administrativa se exercessem também a sua atividade comercial num estabelecimento fixo situado nessa circunscrição administrativa ou num município limítrofe;  
Esta exigência afeta muito mais os estrangeiros porque a probabilidade de um vendedor estrangeiro ter efetivamente um estabelecimento na Áustria é muito pequena. O que vai acontecer é que os austríacos conseguem cumprir esta regra muito mais facilmente do que os vendedores de outros EM.
- Terceiro problema – esta dicotomia é um pouco rígida, pois há situações em que é difícil encaixar-se numa ou noutra. Caso das regras que impõem restrições na utilização da mercadoria;
  - Comissão c República Portuguesa (processo C-265/06) – legislação portuguesa que proibia a afixação de películas coloridas nos vidros dos veículos automóveis de passageiros ou de mercadorias;

- Comissão c Países Baixos (processo C-297/05) – exigência de testes técnicos de aptidão para veículos com mais de três anos para poderem circular na Holanda (quando o mesmo veículo já circulava noutra EM donde era proveniente);

No fundo estas regras (sobre a utilização do produto) não são regras nem sobre as características do produto nem sobre as modalidades de venda, mas têm um carácter restritivo.

Estas críticas e problemas levaram a que, nos casos mais recentes, a ideia subjacente deixasse de ser a existência ou não de discriminação, mas antes a existência ou não de um efeito de restrição no acesso ao mercado. A distinção continua a existir, mas acima de tudo olha-se para o efeito prático que têm na restrição do acesso ao mercado.

---

**Art.º 35 TFUE** – apenas abrange a discriminação de jure (não cobre medidas indistintamente aplicáveis — discriminação de facto). Na sua aplicação prática, este artigo é apenas aplicado a medidas de efeito equivalente que sejam diretamente discriminatórias.

Ver C-205/07, Gysbrechts como exceção (que confirma a regra?). Este é um caso isolado que vai em sentido contrário.

#### *Justificações das restrições – art.º 36 TFUE*

Tem de se olhar sempre para a justificação em si e para a forma como essa justificação é implementada:

- **Apreciação do motivo** – a única coisa que o tribunal não aceita são razões puramente económicas. O EM pode invocar uma derrogação ou uma das exigências imperativas de interesse geral (construídas por via jurisprudencial);
- **Admissibilidade da restrição** – proporcionalidade.

Regra geral, os Estados falham por causa da proporcionalidade. O tribunal prefere olhar sobretudo para a implementação da restrição, pois olhar para a medida em si pode ser intrusivo e também pode ser mais difícil de tratar.

O âmbito de aplicação das derrogações é mais amplo do que o das exigências imperativas de interesse geral. Ou seja, se estiver perante uma medida diretamente discriminatória, o tribunal nunca aceita que tal se justifique com base em exigências imperativas de interesse geral. Contudo, pode ser justificada à luz das derrogações. Posto isto, as derrogações podem ser invocadas para justificar medidas direta e indiretamente discriminatórias, enquanto as exigências imperativas de interesse geral só podem ser utilizadas para justificar medidas indiretamente discriminatórias.

Ao falar de exigências imperativas de interesse geral estamos a falar de exceções que, com o passar do tempo, ganharam relevâncias, mas que na altura em que o tratado foi redigido não faziam parte das preocupações (exemplo da proteção dos consumidores, concorrência leal, proteção da diversidade cultural, proteção dos direitos



fundamentais e proteção do meio ambiente). Esta lista pode ser revista e podem ser acrescentadas novas possíveis justificações.

Estas exigências são aceites para todas as liberdades de circulação. É ainda possível que o tribunal aceite como derrogação para outra liberdade de circulação, por exemplo, uma das que se encontra no art.º 36 (mesmo que não esteja nos artigos relativos à liberdade em questão).

#### *Outras disposições indiretamente relevantes para a liberdade de circulação de mercadorias*

Também funcionam de certa forma como derrogações:

- Art.º 114 TFUE (derrogações de disposições harmonizadas) – permite que, mesmo em situações em que houve integração positiva, os EM possam invocar algumas derrogações devidamente fundamentadas. Estas derrogações também se podem aplicar à liberdade de mercadorias;
- Art.º 346 e 347 TFUE (derrogações de alcance geral com base em razões de segurança e graves perturbações internas) – são também aplicáveis no âmbito das liberdades de circulação de mercadorias;
- Medidas gerais de salvaguarda (medidas transitórias em Atos de Adesão) — art.º 49 TUE – no fundo permite que os EM tenham mais tempo para adaptar certos setores às medidas da União; esta isenção que resulta dos atos de adesão também pode abranger as matérias das liberdades de circulação.

#### *Monopólios nacionais de natureza comercial – art.º 37 TFUE*

Monopólios nacionais de natureza comercial = entes públicos que gozam de um direito exclusivo na aquisição ou venda de determinados bens em razão de motivos de interesse público (exemplo: monopólios estatais sobre a venda de álcool, de tabaco, etc.).

Obriga a que os Estados que aderem à UE não introduzam novos monopólios comerciais e obriga os Estados a adaptarem esses monopólio às regras de liberdade de circulação de mercadorias. Estes monopólios constituem uma restrição à liberdade de circulação de mercadorias.

O art.º 37 TFUE acaba por ser uma concretização do art.º 106 TFUE – este define que as empresas públicas estão sujeitas às regras dos tratados, tal como todas as outras.

Art.º 37 vs. art.º 34 TFUE – é possível ter um monopólio comercial e esse violar o art.º 34 TFUE (através, por exemplo, da adoção de uma medida de efeito equivalente por intermédio desse monopólio comercial).

#### *A relação entre a liberdade de circulação de mercadorias e as demais liberdades de circulação*

A diferença entre a liberdade de circulação de mercadorias e as demais liberdades de circulação está no impacto das características do objeto da liberdade de circulação em questão. A própria natureza da realidade que constitui o núcleo da liberdade em questão faz com que existam algumas especificidades para umas que não se verificam nas outras.

Até agora olhamos para os casos como se envolvessem apenas uma liberdade. Muitas vezes os casos envolvem mais do que uma liberdade de circulação (ex. C-36/02, Omega). O tribunal resolve isto selecionando qual das liberdades é afetada de forma mais direta e analisa o caso apenas sob esse prisma.

- Este caso envolvia a importação de material lúdico para a Alemanha, o qual servia para jogar um jogo de simulação de combate. Este tipo de atividades tinha de ser autorizada pelas autoridades locais e estas opuseram-se a que a empresa exercesse esta atividade e importasse o material. Estava em causa uma liberdade de circulação de mercadorias e de prestação de serviços. O tribunal conclui que o que estava em causa em primeiro lugar era a prestação de serviços.

### 3. Liberdades de circulação de pessoas – trabalhadores e estabelecimento

Há uma maior proximidade entre estas liberdades e a própria redação dada pelo tratado reflete isso.

Quando se fala na liberdade de estabelecimento e na de prestação de serviços o que está sempre em causa é a prestação de um serviço. Em ambos os casos fala-se de atividades económicas, mas o regime em que tal acontece é diferente. No caso da liberdade de trabalhadores supõe-se a existência de um contrato de trabalho.

O que todas elas têm em comum é o facto de serem liberdades que têm subjacente um elemento humano muito relevante.

Aproxima sobretudo a liberdade de trabalhadores e de estabelecimento porque são aquelas em que este elemento é ainda mais relevante – há uma relação que tende a prolongar-se no tempo. Ainda assim, são liberdades normativamente distintas (art.º 45-48 e 49-55 TFUE, respetivamente), largamente convergentes.

Em primeiro lugar, têm uma conexão com a cidadania europeia (art.º 9 TUE e art.º 20 e 21 TFUE). Fala-se de dimensões económicas de um estatuto mais abrangente que é a cidadania europeia. Quer a liberdade de trabalhadores, quer a de livre estabelecimento são indissociáveis deste estatuto fundamental porque no fundo dão corpo a esta cidadania europeia num âmbito económico específico.

Relevância da livre circulação e da não discriminação (em função da nacionalidade) enquanto elementos fundamentais. Aqui assumem uma importância ainda maior porque o exercício destas liberdades não se basta a si mesmo – para que um trabalhador possa exercer a sua liberdade para trabalhar noutro EM, têm de existir as condições para o fazer (no caso da liberdade de circulação de mercadorias, esta basta-se com a ausência de obstáculos).

Assim, nestas liberdades, fala-se de uma complexidade própria que obrigou a uma regulação pelo direito derivado e a uma diluição do aspeto económico associado ao exercício da liberdade.

Por último, estas liberdades foram consagradas na CDFUE (art.º 15 – liberdade profissional e direito de trabalhar).

Diretiva 2004/38/CE – trata o direito de livre circulação e residência dos cidadãos da união. O que esta está a fazer é desenvolver e regulamentar um dos aspetos da cidadania europeia. É importante porque, quer quando falamos de liberdade de circulação de trabalhadores, quer quando falamos de liberdade de estabelecimento, temos de prever que, para que se possam exercer essas liberdades, algo tem de acontecer. Essas liberdades envolvem que essa pessoa se desloque e passe a permanecer noutro EM. Portanto, se não fizer acompanhar esse exercício da liberdade

de um conjunto de condições para que os cidadãos possam deslocar-se e permanecer por um período de tempo, não consigo ter condições para que essa liberdade seja exercida. Como é uma deslocação que se estende por um período de tempo, tem de ser acompanhada por condições que permitam que a família também se desloque.

Nesta diretiva encontram-se normas que tratam desta liberdade de circulação. Os requisitos dependem do período em questão. Trata três regimes de entrada e permanência: até 3 meses (nenhuma exigência adicional), por mais de 3 meses (até 5 anos) e residência permanente (mais de 5 anos).

A não discriminação é um aspeto transversal às liberdades de circulação. Também ganha uma particular intensidade no que diz respeito ao exercício da liberdade de circulação de trabalhadores. Ver o regulamento 492/2011. Trata-se da justificação deste princípio da não discriminação no âmbito laboral.

#### 4. Liberdade de circulação de trabalhadores – art.º 45 a 48 TFUE

Estrutura das normas:

- Art.º 45 TFUE (proibição, derrogações, faculdades e isenção) – norma central; continua a ser uma norma de proibição aos EM de limitarem esta liberdade;
- Art.º 46 a 48 TFUE (necessidade de legislação secundária que enquadre o exercício da liberdade de circulação de trabalhadores em razão das particularidades da mesma) – tratam de legislação derivada, matérias sobre as quais a União pode legislar, e são referidas aqui porque são essenciais para o exercício desta liberdade.

Portanto, a liberdade de circulação de trabalhadores não assenta apenas no art.º 45, mas num conjunto de outras normas que são essenciais para a sua concretização. Mostra que se está a falar numa liberdade que tem uma certa complexidade por assentar num ser humano.

O n.º 1 do art.º 45 é uma declaração de princípio. O n.º 2 é uma proibição de restrições (tal como se encontra nos art.º 34 e 35 relativamente às mercadorias). No n.º 3 encontram-se as derrogações (as que estavam no art.º 36 para as mercadorias). Também neste se encontra a ideia de que, para que esta liberdade possa ser efetivamente exercida, tem de haver um conjunto de aspetos que são acautelados por serem necessários ao exercício dessa liberdade (visível na al. d)). No n.º 4 encontra-se uma isenção – uma matéria que está subtraída do âmbito de aplicação da liberdade de circulação de trabalhadores.

Esta liberdade tem uma evolução de liberdade económica (art.º 45 TFUE) a elemento integrante da cidadania europeia (art.º 20 e 21 TFUE).

Trata-se, em todo o caso, de uma liberdade que goza de efeito direto:

- Efeito direto vertical;
- Efeito direto horizontal:
  - Proc. 281/98, Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano, SpA;

O sr. era italiano, que também falava alemão. O sr. queria candidatar-se um emprego numa empresa privada, um banco. O concurso tinha uma condição em que para se candidatar era-lhe exigido um certificado de que falava italiano e alemão. O problema é que este certificado tinha de ser emitido pela própria administração pública local - só o podia adquirir quem tinha vivido naquela região. Ele falava as duas línguas, mas não tinha o certificado; à partida não podia candidatar-se àquela posição. Sentiu que lhe estavam a criar um obstáculo para poder trabalhar naquela empresa;

Caso de efeito horizontal – foi neste caso em que o tribunal reconheceu pela primeira vez que existe efeito horizontal na liberdade de circulação de trabalhadores;

Aparentemente não há nenhum problema de ligação entre EM, transfronteiriço – era italiano e queria trabalhar em Itália. O que o tribunal tem feito é olhar para a restrição não apenas pelo seu efeito naquele caso em concreto, mas pela sua aptidão de criar restrições noutros casos. A exigência de um certificado que só é emitido para pessoa daquela região pode criar entraves para pessoas de outro EM que queiram trabalhar ali;

O tribunal considera que o elemento transfronteiriço existe ainda que naquele caso concreto não se verifique;

O tribunal pronunciou-se claramente no sentido de ser uma restrição. Não havia motivos que justificassem este requisito e a medida era claramente restritiva.

#### *Elementos do art.º 45 TFUE*

- Âmbito subjetivo – conceito de “trabalhador”;  
Em que caso é que alguém é um trabalhador? Fundamentalmente, o que está em causa na relação de trabalho é a existência de uma relação jurídica de trabalho que implica que alguém desenvolva uma atividade económica sob as ordens e instruções de outra pessoa (o que caracteriza a relação de trabalho é esta falta de independência).
- Âmbito material – atividade real e efetiva realizada mediante remuneração ao abrigo de uma relação de subordinação.
- Elementos prévios para que se possa exercer esta liberdades – o entendimento daquilo que constitui um trabalhador e uma relação de trabalho abrange um conjunto de situações prévias a esse mesmo contrato de trabalho. Olhando para o n.º 3 do art.º 45, embora a liberdade de circulação de trabalhadores tenha por núcleo a atividade que o trabalhador vai exercer num EM, há certos passos, elementos prévios, para que se possa exercer essa liberdade;

Na al. b) fala-se da residência e permanência; existem outros aspetos igualmente necessários;

Na al. a) prevê-se que a pessoa se desloque para responder a ofertas de trabalho (exemplo de estágios, tipo de atividade experimental para que possa depois ser contratado como trabalhador);

Estes casos tratam de trabalhadores que ainda não o são em sentido pleno, mas que devem já beneficiar da proteção concedida por esta liberdade, sob pena de não conseguirem vir a exercer a liberdade de trabalharem noutra EM;

- Proc. 66/85, Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg;
- Proc. C-19/92, Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg.

∴ O conceito trabalhador inclui situações que possam vir a estabelecer uma relação laboral, ainda que naquele preciso momento não o seja. Inclui atividades ou deslocações motivadas pelo intuito de estabelecer a relação laboral, que pode ou não concretizar-se.

- Isenção (art.º 45 n.º 4 TFUE) – “empregos na Administração Pública” – o que está aqui em causa não é a ideia de funcionalismo público, são empregos que têm uma ligação mais próxima à soberania dos próprios EM, têm uma ligação muito próxima ao Estado. Ideia de que os Estados podem reservar esses empregos para os seus nacionais. Não se refere a qualquer cargo na função pública, trata-se apenas de empregos próximos de questões sensíveis (magistratura, diplomacia).
- Derrogações (art.º 45 n.º 3 TFUE) – ordem pública, segurança pública e saúde pública. Regra geral, quando há restrições, são estas que os Estados invocam.
- Razões imperiosas de interesse geral – não são aceites como justificação para medidas que sejam diretamente discriminatórias.

## 5. Liberdade de estabelecimento – art.º 49 a 56 TFUE

É a outra liberdade que tem uma componente humana bastante importante. Apresenta alguma semelhanças, desde logo é no art.º 49 TFUE que se encontram boa parte das normas desta liberdade. No entanto, tem uma particularidade que não se estende à liberdade de circulação de trabalhadores, que é o facto abranger pessoas singulares e pessoas coletivas. Então há um regime comum que acaba por se bifurcar para as pessoas singulares e para as pessoas coletivas.

Estrutura das normas:

- Art.º 49, 54 e 55 – proibição – pessoas singulares e pessoas coletivas; estabelecimento primário e secundário;
- Art.º 50 e 53 – necessidade de legislação secundária que enquadre o exercício da liberdade de estabelecimento;
- Art.º 51 – isenção – exercício de autoridade pública;
- Art.º 52 – derrogações.

No art.º 49 é desde logo definido que esta liberdade se aplica a pessoas singulares e coletivas. O exercício da liberdade de estabelecimento consiste numa atividade económica que não é prestada no mesmo regime em que é exercida a atividade laboral – daí a expressão não assalariada. Implica a existência não assalariada, quer no sentido de deslocar a atividade x do EM A para o EM B, quer no sentido de abrir um outro estabelecimento/empresa noutra

EM – abrange os estabelecimentos primários e secundários (expandir, mantendo a base da atividade no EM de origem).

Os aspetos relativamente a pessoas coletivas são tratados especificamente nos art.º 54 e 55, porque a forma das pessoas coletivas exercerem o seu estabelecimento é um pouco diferente (têm a sua sede). Do segundo paragrafo do art.º 54 resulta que a noção de sociedade ou pessoa coletiva abrange qualquer pessoa coletiva independentemente do seu estatuto de direito público ou privado, desde que exerça uma atividade com natureza lucrativa.

A liberdade de estabelecimento e prestação de serviços são muito semelhantes – fala-se de atividades económicas que são exercidas num quadro não assalariado (fora do contrato de trabalho, com maior grau de independência). O que está em causa no estabelecimento é que essa prestação de serviços é desenvolvida com um grau de permanência num EM que leva a que se criem ligações económicas ao EM. Exemplo de uma sociedade de advogados em França que abre um escritório em Lisboa – ligação tendencialmente permanente ao EM. A prestação de serviços não tem esta ligação de permanência – esgota-se na sua prestação e não deixa um rasto de ligação ao EM na qual é prestada.

Concluindo, a liberdade de estabelecimento é exercida no âmbito de uma atividade económica que pressupõe um elevado grau de autonomia (quem a desenvolve não recebe instruções de outra pessoa).

Esta liberdade carece de alguma legislação secundária de enquadramento – não se basta com o seu aspeto negativo de eliminação de obstáculos – é preciso criar condições positivas para que possa ser exercida. Por exemplo, existe legislação da União que tem a ver com o reconhecimento dos títulos profissionais.

Assenta também numa proibição dirigida aos EM no sentido de não criarem restrições.

Também aqui se encontram um conjunto de derrogações (art.º 52). São idênticas às da liberdade de circulação de trabalhadores.

Nos art.º 52 (estabelecimento), 45 (trabalhadores), 62 (prestação de serviços) e 63 (pagamentos e capitais) apenas se encontra uma referência às derrogações, não ao teste de proporcionalidade, mas isso não significa que este teste não seja sempre exigido. O recurso às derrogações só pode ser invocado fazendo este exercício.

Também aqui existe uma isenção que é largamente coincidente com a que se encontra no n.º 4 do art.º 45. No art.º 51 também se fala de funções que caem no âmbito de funções do Estado e que por isso não devem estar abertas a pessoas de outros EM.

Trata-se, em todo o caso, de uma liberdade que goza de efeito direto:

- Efeito direto vertical;
- Efeito direto horizontal – pode ser invocada contra outros particulares. O proc. C-438/05, Viking, é um exemplo contra uma entidade privada.
- Âmbito subjetivo – pessoas singulares e coletivas (art.º 54).
- Âmbito material – atividade real e efetiva de carácter não assalariado exercida através de uma instalação estável (estabelecimento) e por período indefinido noutro Estado-Membro.

- Direitos conexos – direitos de entrada e saída do território do EM; direito de residência; direito de permanência. Largamente comuns ao que se viu a liberdade de circulação de trabalhadores. Têm como objeto as pessoas singulares.

A liberdade de estabelecimento está muito ligada às chamadas profissões liberais, pelo que um dos aspetos fundamentais é o reconhecimento do título profissional que habilita o exercício dessa mesma atividade. Existem medidas positivas de harmonização de legislação para este efeito.

Legislação relevante no contexto da liberdade de circulação de trabalhadores e da liberdade de estabelecimento:

- Diretiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das respetivas famílias no território dos Estados-Membros;
- Diretiva 2005/36/CE relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais;
- Regulamento n.º 492/2011 relativo à livre circulação de trabalhadores na União (não discriminação no acesso ao emprego).

## 6. Liberdade de prestação de serviços - art.º 56 a 62 TFUE

É a outra fase da liberdade de estabelecimento. Estamos a falar de atividades económicas exercidas com um carácter de independência (não assalariadas), mas esta é exercida sem o carácter de permanência que está associada à de estabelecimento.

Estrutura das normas:

- Art.º 56 TFUE – proibição – norma central, a proibição das restrições;
- Art.º 57 TFUE – âmbito de aplicação; carácter subsidiário – permite perceber que é uma liberdade que carece de legislação secundária para densificar alguns aspetos que são essenciais para o seu exercício;  
Percebe-se aqui que o conceito de prestação de serviços funciona de forma subsidiária – é uma prestação de serviços qualquer atividade económica que não seja regulada pela liberdade de circulação de trabalhadores nem de estabelecimento. Os serviços são definidos por exclusão de partes.
- Art.º 62 TFUE – norma remissiva – isenção (exercício de autoridade pública) e derrogações. Ao fazer esta remissão está também a referir que a liberdade de prestação de serviços pode ser exercida por pessoas singulares e coletivas.

Exemplo de distinção entre liberdade de estabelecimento e prestação de serviços: um médico que se desloca para um EM, presta o serviço e regressa ao EM de origem. Quando termina o serviço regressa-se ao EM de origem, independentemente da duração dessa prestação de serviços.

- Efeito direto vertical e horizontal.

Legislação relevante no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços:

- A LdE e a LPS como liberdades que carecem de densificação normativa para a sua plena implementação em razão do tipo de obstáculos que enfrentam;
- Diretiva 2005/36/CE relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais:
  - Visa combater entraves criados pelos EMs à LdE e à LPS que passam frequentemente pela criação de obstáculos que impedem ou dificultam o reconhecimento de qualificações profissionais ou académicas (diplomas, certificados, atestados, etc.);
  - A Diretiva visa implementar mecanismos que permitam o reconhecimento mútuo de diplomas e qualificações profissionais obtidos noutros EM para que ao respetivo titular seja permitido o exercício da mesma profissão ou, pelo menos, o preenchimento de alguns dos requisitos necessários ao exercício dessa profissão;
- Diretiva 2006/123/CE relativo à livre circulação de serviços na União;
  - A prestação de serviços levante uma série de problemas muito complexos – desde logo porque os EM criam entraves específicos a que esses serviços possam ser prestados. Esses entraves costumam passar por exigência burocráticas. Portanto, houve necessidade de tentar resolver estes problemas por via de legislação que impusesse a harmonização relativamente a certos aspetos. Por exemplo, o que é necessário para que se possa prestar determinados serviços noutros EM.
  - Contexto desta diretiva: existem obstáculos práticos à prestação de serviços, nomeadamente exigências de natureza burocrática e administrativa que condicionam ou impedem a prestação transfronteiriça de serviços. A Diretiva 2006/123/CE codifica a jurisprudência do Tribunal no que respeita à LPS e à LdE e aplica-a a um conjunto de obstáculos (autorizações, licenças, procedimentos, etc.) provenientes dos EM, implementando ao mesmo tempo de medidas de simplificação administrativa (balcão-único, simplificação e desmaterialização de procedimentos, etc.).

## 7. Liberdade de circulação de trabalhadores, estabelecimento e serviços – elementos específicos (por contraposição às demais liberdades)

- Efeito direto vertical e horizontal (mercadorias, capitais e pagamentos apenas têm efeito vertical).
- Dupla ligação entre a liberdade de circulação de trabalhadores e cidadania europeia – circunstância da circulação de trabalhadores ser um prolongamento da cidadania europeia no domínio das relações laborais.
- Liberdade de estabelecimento (primário e secundário) e de prestação de serviços – pessoas singulares (nacionais de um EM) e coletivas (sede num EM);

Nota: o tribunal tem aceitado que os EM tenham noções de sede diferentes

- Na liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, o efeito direto vertical pode ser exercido contra o EM de origem e contra o EM de destino;

Nota: caso em que o EM de origem dificulta esta liberdade.



- Na liberdade de prestação de serviços, o âmbito subjetivo abrange quer (i) prestadores de serviços quer (ii) beneficiários desse serviço (e.g. acesso gratuito a museus apenas para nacionais, mas não para turistas — C-45/95, Comissão c. Espanha).
- Exercício da autoridade pública como exceções específicas da liberdade de circulação de trabalhadores, de estabelecimento e de prestação de serviços.

## 8. Liberdade de circulação de capitais e pagamentos – art.º 63 a 66 TFUE

Difere das outras desde logo pela estrutura das normas. Há uma proibição das restrições, mas há diferenças relativamente às justificações que são admitidas no âmbito desta liberdade.

É uma liberdade intimamente ligada:

- À liberdade de estabelecimento na vertente das pessoas coletivas (art.º 49 § 2.º e 54 TFUE), a qual inclui quer a liberdade de estabelecimento primário (sede), quer secundário (filiais, sucursais, agências, escritórios de representação, etc.);  
Idea de que a abertura ou transferência de um estabelecimento envolve sempre a transferência de capitais;
- À Política Económica e Monetária (art.º 119 e ss. TFUE), na medida em que a circulação de capitais e de pagamentos são uma parte integrante de um espaço económico integrado.

**Capitais** – investimento em ações, obrigações, produtos financeiros, imobiliário, etc. (ver o anexo à Diretiva 88/361/CEE) – existência de investimento. O tribunal tem utilizado a diretiva 88/361 CEE que já nem está em vigor; contudo, o anexo tem uma lista longa do que são considerados capitais.

**Pagamentos** – transações financeiras para a remuneração de bens, serviços, trabalho ou capital; são o complemento (financeiro) das demais liberdades (ver processos apensos 286/82 e 26/83, Luisi and Carbone) – transferências para a liquidação de determinada operação.

Ambas têm a ver com dinheiro, mas a primeira não tem uma contrapartida imediata.

Estrutura das normas:

- Art.º 63 TFUE – proibição inicialmente sem efeito direto; o efeito direto apenas foi afirmado nos processos apensos C-163, 165 e 250/94, Saenz Lera;

Esta matéria tem várias implicações que os EM acompanham com grande preocupação (pode corresponder por exemplo a crimes financeiros). A própria liberdade de circulação de capitais e pagamentos era algo intimamente ligado a evasões fiscais. Portanto, há considerações de ordem pública que não estão presentes nas outras liberdades e que levaram a que os EM não estivessem inicialmente dispostos a que tivessem efeito direto. Com o passar do tempo passou a ter efeito direito;

É essencialmente uma proibição da introdução de restrições a capitais e pagamentos entre EM e entre EM e países terceiros;

Há aqui alguma equiparação, assim, com a liberdade de circulação de mercadorias. O que está em causa não é apenas a liberdade entre EM, mas também entre EM e países terceiros.

- Art.º 64 e 66 TFUE – fluxos de capitais e pagamentos, e países terceiros.
- Art.º 65 TFUE – exceções à liberdade de circulação de capitais e pagamentos reconhecidas pelo Tratado; proporcionalidade – o tratado admite a possibilidade dos EM introduzirem restrições com maior generosidade do que quando comparado com as outras liberdades – motivos de ordem pública e de natureza fiscal.
- Art.º 65 n.º 2 TFUE – a ligação entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais e pagamentos; as golden shares.

### Porque é que há esta ligação entre a liberdade de circulação de capitais e pagamentos e a liberdade de estabelecimento?

Temos circulação de capitais e pagamentos no âmbito do art.º 63 e ss. e no âmbito do art.º 49 por via da liberdade de estabelecimento das pessoas coletivas. A expansão/criação de um estabelecimento primário ou secundário tem subjacente a transferência de capitais. Criava-se a questão de saber a que disposições devíamos recorrer.

O tribunal veio então delimitar um critério de aplicação dos artigos 49.º (liberdade de estabelecimento) e 63.º (liberdade de circulação de capitais) do TFUE.

Se o investimento subjacente à liberdade de capitais é um investimento que permite a um nacional de outro EM (singular ou coletivo) passar a exercer o controlo de uma pessoa coletiva, estamos a falar do exercício de uma liberdade de estabelecimento. Se o investimento ocorre sem que traga como contrapartida, uma influência decisiva ou determinante sobre a pessoa coletiva, então estamos perante uma liberdade de capitais.

“Em conformidade com jurisprudência assente, incluem-se no âmbito de aplicação material das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento as disposições nacionais que se aplicam à detenção, por um nacional do Estado-Membro em causa, de uma participação no capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro que lhe confira uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permita determinar as respetivas atividades (v., neste sentido, acórdãos de 13 de Abril de 2000, Baars, C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22, e de 21 de Novembro de 2002, X e Y, C-436/00, Colect., p. I-10829, n.º 37)” (§ 31, proc. C-196/04, Cadbury Schweppes)”.

### Os casos golden shares

Contexto: liberalização e privatização de empresas em setores estratégicos. A déc. de 90 é uma fase caracterizada pela preponderância da intervenção do Estado, nomeadamente por via das empresas públicas. O Estado abriu à iniciativa privada setores que estavam fechados (liberalização) e transferindo empresas que o Estado detinha para o privado (privatizações).

O Estado quis, por um lado, deixar de ter certos encargos financeiros e, por outro lado, não quis perder uma influência determinante na forma de gerir e atuar nessas mesmas empresas. Então, a solução que encontrou foi por

via das chamadas Golden shares. Ações com um carácter particular. Criou por via legislativas participações sociais que permitiam ao Estado continuar a ter influência dominante. Simplesmente esta influência já não se baseava na detenção da maioria do capital social. Tinha posições minoritárias no capital social às quais se encontravam associados poderes exorbitantes (e.g. poderes de veto de decisões estratégicas, nomeação de membros do conselho de administração, etc.). Estes poderes só existiam enquanto estas ações permanecessem nas mãos do Estado (natureza *intuitus personae*).

Este fenómeno aconteceu em vários EM. Regra geral, aconteceu em empresas que foram privatizadas e em empresas de setores estratégicos.

O problema destas ações era que, embora não impedissem que estas empresas fossem adquiridas por acionistas nacionais ou estrangeiros, criavam fortes desincentivos. Por conseguinte, a dada altura, os investidores começaram a invocar uma restrição à liberdade de estabelecimento (aquisição de uma posição de controlo) e à liberdade de circulação de capitais (investimento sem objetivo de controlo).

O que o tribunal veio fazer foi considerar que essa intervenção do Estado constituía uma restrição à liberdade de estabelecimento. Os EM tentaram invocar justificações relacionadas com questões de ordem e segurança públicas por serem empresas estratégicas.

Comissão c França (C-483/99) v Comissão c. Bélgica (C-503/99) – no segundo caso a Bélgica ganhou justificando a sua posição por motivos de segurança pública; nos restantes casos o tribunal considerou que as justificações não eram aceitáveis.

## 9. Conclusão

- Destinatário principal – EM;
- Estrutura das normas – proibição + justificações (derrogações e razões imperativas de interesse geral) + admissibilidade da restrição (necessidade + adequação + proporcionalidade *stricto sensu*);
- Aplicabilidade direta;
- Efeito direto vertical e horizontal (exceto liberdade de circulação de mercadorias; e capitais e pagamentos);
- Conceito de “restrição” (1) – mercadorias: jurisprudência *Dassonville*, *Cassis de Dijon*, *Keck et Mithouard* e pós- *Keck et Mithouard* (medidas restritivas do acesso ao mercado);
- Conceito de “restrição” (2) – trabalhadores, estabelecimento, serviços, capitais e pagamentos: discriminação direta ou qualquer medida que impeça, dificulte ou torne menos atrativo o exercício de uma liberdade;
- Inadmissibilidade de razões puramente económicas como justificações;
- A liberdade de circulação de mercadorias e a liberdade de circulação de capitais e pagamentos podem ser invocadas por pessoas singulares ou coletivas independentemente de terem nacionalidade de um EM ou sede num EM.

## As regras de concorrência

Enquadramento e apresentação das regras de concorrência no contexto da CEE:

- Complementaridade entre as regras sobre as liberdades de circulação e as regras de concorrência – umas e outras garantem de forma complementar que o mercado interno funciona como um mercado aberto à concorrência e sem restrições quer do Estado, quer das empresas.
- Apresentação das regras de concorrência – os art.º 101 a 109 TFUE:
  - Art.º 101 e 102 tratam comportamentos que o tratado procura reprimir;
  - Art.º 103 é de natureza procedimental;
  - Art.º 106 ponto de partida para tratar o direito da concorrência nesta sede.
- Os art.º 106 e 107 TFUE em especial.
- A neutralidade do TFUE face ao regime de propriedade dos EM – o art.º 345 TFUE.
- Impacto concertado das regras sobre liberdades de circulação, concorrência e neutralidade de regimes de propriedade.

### 1. Concorrência, o Estado e as empresas – art.º 106 TFUE

“1. No que respeita às **empresas públicas** e às **empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos**, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, **designadamente ao disposto nos artigos 18.o e 101.o a 109.o, inclusive.**

2. As **empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral** ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, **designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.** O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas.”

A mensagem no n.º 1 é a de que este conjunto de entidades referidas se encontram sujeitas a um conjunto de regras que se aplicam genericamente a todas as outras empresas. As empresas com as quais o Estado tem uma relação especial, são empresas que não permitem que o Estado beneficie de alguma forma.

O art.º 18 é uma proibição geral da discriminação em função da nacionalidade.

A esta matéria também se aplicam as regras sobre a liberdade de circulação.

No n.º 2 encontram-se dois tipos de entidades relativamente às quais há uma afirmação de princípio. Também estas empresas estão sujeitas às regras gerais do tratado, designadamente às da concorrência. Diz ainda que a aplicação destas regras não prejudica as finalidades destas empresas (flexibilidade para que estas regras não se apliquem de forma plena).

Que entidades são estas?

- Empresa pública – empresa que o Estado detém ou controla;

- Empresas especiais ou exclusivas – beneficiam de algum tipo de vantagem – monopólio ou algum tipo de prerrogativas que as outras empresas não têm;
- Monopólios fiscais – empresas detidas pelo Estado que servem para atribuir ao Estado rendimento fiscal;
- Empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral.

**Serviços de interesse geral** – serviços que as autoridades públicas dos EM classificam como sendo de interesse geral e, por conseguinte, sujeitos a obrigações específicas de serviço público. Tais serviços podem ser prestados quer pelo Estado, quer pelo setor privado. Exemplos de serviços de interesse geral: transportes públicos, serviços postais, energia e cuidados de saúde. São atividades que têm um certo impacto na coletividade; prendem-se com áreas que anteriormente eram consideradas monopólios do Estado.

Dentro dos serviços de interesse geral existem três categorias:

- Serviços de interesse económico geral – são serviços de base prestados em troca de pagamento, tais como os serviços postais (todos devem ter acesso, mesmo que tal não seja rentável). Estes serviços estão sujeitos às regras de concorrência e do mercado interno europeu. No entanto, poderá haver derrogações a estas regras, caso tal seja necessário para proteger o acesso dos cidadãos a serviços básicos. Podia acontecer que se estivessem sujeitos às regras da concorrência não iriam conseguir levar a cabo o interesse geral a que visam responder. Temos de admitir que há certas componentes desses serviços que têm de ser subtraídas ao mercado para que estes serviços possam cumprir o seu objetivo.

Por este motivo, o art.º 106 é particularmente relevante para o Estado porque é precisamente ele que tem uma presença, direta ou indiretamente nestes serviços, seja porque são atividades que desenvolve, seja porque mantém um interesse na forma como estas atividades são desenvolvidas.

- Serviços não económicos – tais como a polícia, a justiça e os regimes de segurança social obrigatórios, que não são sujeitos a legislação europeia específica ou às regras do mercado interno e da concorrência – são desempenhados pelo Estado, mas não têm carácter económico.
- Serviços sociais de interesse geral – aqueles que respondem às necessidades dos cidadãos mais vulneráveis e assentam nos princípios da solidariedade e da igualdade de acesso. Podem ser de natureza económica ou não económica. Estes incluem, por exemplo, os regimes de segurança social, os serviços de emprego e a habitação social – têm uma dimensão económica e uma que não é económica.

## 2. Auxílios de Estado art.º 107 TFUE

“1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.”

Fundamentalmente proíbe os auxílios de estado (n.º 1). Os EM estão proibidos de ajudarem financeiramente certas empresas para que estas possam concorrer no mercado.

Este artigo é aquela norma que, de forma mais direta, condiciona a intervenção do Estado na economia. Ou seja, a intervenção do Estado por via de empresas controladas por este é algo que é proibido à partida por via deste artigo.

Razão de ser do regime dos auxílios de Estado – ajudar certas empresas é interferir com o funcionamento do mercado.

Na grande maioria dos casos as empresas públicas não conseguem sobreviver sem auxílios do Estado. Deste modo, este artigo priva o Estado de uma forma de intervenção na economia por via dessas empresas. Por este motivo esta regra é aquela que mais limita a forma do Estado intervir na economia.

Se não fosse assim haveria EM que, por terem maior capacidade financeira conseguiriam recorrer mais a estes meios. É também uma garantia de equilíbrio entre os EM.

Em alguns casos muito restritos, os auxílios são permitidos (n.º 2) e esses auxílios têm de ser analisados para ver se podem ser compatíveis com o tratado (n.º 3).

Elementos do conceito de auxílio de Estado:

- Imputabilidade da medida ao Estado – o Estado é responsável pelo auxílio;
- Proveniente de recursos públicos ou de recursos controlados pelo Estado;
- Atribuição de uma vantagem económica – o resultado é que certas empresas são beneficiadas, dá-se algo que estas não poderiam esperar do mercado (pelo menos não naquelas condições); pode ser através de um regime fiscal especial, por exemplo;
- Carácter seletivo da vantagem – beneficia um conjunto específico de entidades;
- Impacto na concorrência e no comércio entre EM.

#### *A CEE e o regime da propriedade nos EM art.º 345 TFUE*

"Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros." – regra da neutralidade do Direito da União face aos regimes de propriedade dos EM. Consequências? A repartição entre os setores (público, privado, cooperativo ou social) fica a cargo dos EM.

Aparentemente nada impede que um EM opte por ter um setor público com uma grande dimensão. A questão é que, se os EM optarem por isso, tal não os isenta de estarem sujeitos às outras regras do tratado, nomeadamente às liberdades de circulação e às regras da concorrência. Ora, como vimos, uma das regras de concorrência impede que os EM financiem as empresas públicas por via dos auxílios de Estado. Embora o tratado seja neutro relativamente a esta matéria, na prática, é dificilmente compatível com as regras do tratado um EM que tenha um setor público de grande dimensão.

### 3. Impacto concertado das regras sobre liberdades de circulação, concorrência e neutralidade de regimes de propriedade

- O TFUE não impõe qualquer regra sobre a repartição entre propriedade privada e pública (art.º 345 TFUE, nem sobre a dimensão e formas de intervenção do Estado na economia.
- Na prática, as regras sobre liberdades de circulação e defesa da concorrência (mormente as referentes à aplicação às empresas públicas das regras de concorrência e as que proíbem os auxílios de estado) dificultam grandemente a intervenção pública direta e constroem as possibilidades de intervenção pública indireta para além da regulação.
- Com efeito, à luz das regras sobre liberdades de circulação, certas intervenções do Estado na economia passam a ser configuradas como restrições àquelas liberdades, com limitadas possibilidades de justificação.
- Assim como as regras sobre concorrência aplicáveis às empresas públicas (art.º 106 TFUE) e à proibição dos auxílios de Estado (art.º 107 TFUE) tornam muito difícil, se não impossível, a manutenção de extensos setores públicos, tradicionalmente deficitários e beneficiários de um conjunto de direitos e prerrogativas que colidem com a livre circulação dos fatores de produção e com as regras de concorrência.

## A Constituição Económica Portuguesa

### 1. Relação hierárquica entre a CE europeia e a CE portuguesa – art.º 8 n.º 4 CRP

"As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático."

Esta relação hierárquica faz-se sentir no plano da economia e no plano da CE portuguesa.

Esta norma diz-nos que a força vinculativa que o Direito da União tem na ordem interna é definida por esse mesmo Direito.

Durante muito tempo houve a discussão de se o direito da União prevaleceria ou não sobre a Constituição. Esta discussão não fazia muito sentido devido ao princípio do primado e do efeito direito. Isto significa que o direito interno dos Estados está sujeito ao direito da União, independentemente da posição hierárquica da norma.

Em todo o caso, houve uma decisão recente do TC que veio tratar deste assunto e expor a posição do ordenamento jurídico interno face ao da União sem deixar qualquer dúvida:

- Acórdão do TC n.º 422/2020 – surge no contexto de um pedido de declaração de inconstitucionalidade de um ato da União por violar um princípio da CRP.
- O tribunal distingue dois planos. A) questão esclarecida pelo art.º 8 n.º 4. B) os princípios do direito da União são conformes aos princípios consagrados na CRP.
- (A) um primeiro plano, que corresponde ao trecho inicial do preceito – “[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União [...]” –, no qual adquire direta relevância a decisão constitucional correspondente ao “[...] assumir, por parte da ordem jurídica portuguesa, de uma característica essencial do ordenamento comunitário [...]: o facto de o direito comunitário ter chamado a si a autoridade para estabelecer o seu relacionamento com as ordens jurídicas dos Estados-membros [...]” (Rui Manuel Moura Ramos, “O Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa...”, cit., pp. 381/382, nota 35). Implica esta vertente do preceito uma limitação (uma limitação que é, todavia, condicional) ao controlo jurisdicional nacional, significando que o DUE (todo o DUE) adquire imunidade ao nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade e, concretamente, à intervenção do Tribunal Constitucional no quadro do artigo 277.º, n.º 1, da CRP. Neste caso, sendo óbvia a mensagem normativa contida no artigo 8.º, n.º 4, da CRP, de exclusão de um controlo regular da constitucionalidade do DUE aplicável em território português.
- (B) No outro plano, também perspectivado na compaginação dispositiva do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, por via do trecho final de sentido contralimitador – “[...] com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático” –, vale, relativamente ao DUE, como que o “restabelecimento”



daquilo que, em rigor, sempre esteve latente: o alcance jurisdicional nacional (a competência material) decorrente do artigo 277.º, n.º 1, da CRP. Com efeito, se “[do artigo 8.º, n.º 4] só pode retirar-se [...] [o] sentido de uma limitação da jurisdição do Tribunal Constitucional [...]”, isso deixa de suceder, por via do inciso final do preceito, ao reabrir este a essa jurisdição o “[...] confronto de normas de direito comunitário com a lei fundamental do país” (José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 33/34, nota 34).

- ∴ Só haveria possibilidade do TC aferir a constitucionalidade do direito da União caso estivessem em causa violações dos princípios fundamentais consagrados na CRP.

## 2. A CE portuguesa – noção, sede normativa, âmbito, função e caracterização

Noção de CE (formal) – conjunto de princípios e normas constitucionais relativos à economia ou a ordem constitucional da economia. As normas constitucionais servem de parâmetro último de avaliação da validade de outras normas.

Ao lado deste conceito existe um de CE material – são normas que versam sobre a organização jurídica da atividade económica, mas que não têm estatuto constitucional, são de legislação ordinária.

Para termos uma visão completa da CE temos de ter presentes estas duas componentes. O facto de determinadas normas e princípios terem dignidade constitucional não significa que tenham mais importância do ponto de vista substantivo do que as outras infraconstitucionais (caso da lei da livre concorrência).

A dificuldade da CE material é que esta não está reunida numa única sede, tem maior grau de instabilidade e a sua relevância pode variar ao longo do tempo consoante a sua aplicabilidade prática.

Olhando para a CE formal, as normas em causa incluem tanto normas estatutárias ou de garantia (como as que garantem a coexistência dos setores privado, cooperativo e público) como normas programáticas ou diretivas (como as que incumbem o Estado de promover o bem-estar social e económico).

O predomínio de umas ou de outras normas leva a que falemos em Constituição dirigente (o legislador está vinculado a opções constitucionais pré-definidas) ou em Constituição de enquadramento (existe uma margem de discricionariedade, o legislador é livre, dentro de determinado quadro constitucional, de conformar a ordem económica em função das opções político-ideológicas dos partidos que vencem as eleições).

O predomínio de normas programáticas ou diretivas implica uma constituição dirigente (típica de certos regimes) e o predomínio de normas estatutárias ou de garantia leva a uma constituição de enquadramento.

Sede normativa – a CE formal é composta não apenas pelos preceitos que integram a Parte II (art.º 80 a 107 CRP), mas igualmente por outras disposições dispersas pelo texto constitucional com relevância direta ou indireta para a organização económica, como sejam:

- Princípio do estado de Direito democrático (art.º 2);
- Tarefas fundamentais do Estado (art.º 9);
- Direitos e deveres económicos, sociais e culturais (art.º 58 e ss.);

- Competências dos diversos órgãos constitucionais com incidência na organização e funcionamento da atividade económica (art.º 161 e ss., 198, 227 e 232);
- Limites materiais de revisão (art.º 288);
- Previsão constitucional da criação de entidades administrativas independentes (art.º 267 n.º 3) – é bastante relevante porque é a existência destas entidades que concretiza a intervenção do Estado na economia de forma indireta;
- Preceito referente às reprivatizações (art.º 293).

#### Âmbito da CE / função da CE:

- Garantia dos direitos, liberdades e garantias no plano económico - é uma forma de lhes conferir maior solidez e estabilidade;
- Delimitação dos poderes do Estado (mas também de entidades menores e de grupos sociais) no plano económico;
- Definição de objetivos socioeconómicos a prosseguir pelo Estado (ou por outras entidades) e enumeração de alguns dos meios institucionais ou jurídicos necessários para o efeito;
- Definição dos elementos jurídicos do sistema económico e do regime económico e a formulação de princípios gerais da ordem jurídica económica;
- Enumeração das tarefas económicas gerais do Estado e de critérios jurídicos estáveis para a seleção de objetivos de política económica e da respetiva formalização;
- Definição dos modelos institucionais de reformas estruturais no plano económico (e.g. reforma do sistema fiscal de acordo com critérios que permitam a redistribuição do rendimento) - como é que determinadas transformações devem ser feitas no plano económico.

#### Caracterização da CE à luz de três elementos estruturantes:

- As instituições socioeconómicas fundamentais – liberdade económica (de empresa, de profissão, de iniciativa económica, contratual [autonomia privada], de consumo) + predominância da propriedade privada vs. iniciativa pública e social + apropriação coletiva dos meios de produção (propriedade pública e social);
- Os instrumentos de regulação da atividade económica – mercado vs. plano (imperativo);
- Caracterização do posicionamento do Estado face à atividade económica – abstencionista, intervencionista, mas ainda assim subordinado vs. planificador, dirigista, preponderante face à atividade económica.

### 3. Evolução histórica

#### 1820-1933

Todas as Constituições portuguesas continham uma CE, embora inicialmente apenas por omissão.

A Constituição de 1820, a Carta Constitucional de 1826, a Constituição de 1838 e a Constituição de 1911 tinham em comum a afirmação do liberalismo económico, a ênfase na tutela da propriedade individual, enquanto manifestação por excelência de um reduto de liberdade individual face ao Estado, e a defesa da liberdade económica. O Estado deixa que a atividade económica seja desenvolvida, essencialmente por agentes económicos privados.

A Constituição de 1933 marca uma rutura a vários níveis. É a primeira que afirma um projeto de CE por ação, a partir de uma conceção corporativa do sistema económico. Com efeito, embora o sistema económico continue a assentar no funcionamento do mercado, este é suplementado/tutelado pela intervenção pública na esfera económica, por uma política de protecionismo económico (condicionamento industrial; proteção das indústrias nascentes) e por um modelo (nominalmente) corporativo. O que muda são as instituições e o posicionamento do Estado face à economia – o Estado quer intervir.

A atividade económica funcionava na ideia de uma atividade económica por corporações. O que está subjacente é a ideia de que o sistema liberal tem vícios e o seu maior problema é o facto de não ter em vista o bem comum. O corporativismo vem dizer que deve haver um bem coletivo que se deve sobrepor a todos os outros interesses. Surge então o Estado para harmonizar a economia em prol do bem comum.

O que resulta deste sistema é uma forma de intervenção do Estado na economia para correção de excessos do mercado, ideia de autossuficiência económica e protecionismo (fecha o mercado ao exterior). O Estado passa a ter um papel mais relevante, desde logo através da criação do sistema corporativo (assenta em estruturas que agrupam os agentes económicos por profissões e interesses e que obriga a que estes resolvam os seus conflitos no âmbito desses grupos fechados – também se aplica à relação entre o patronado e os trabalhadores). Trata-se de uma economia de mercado, mas o Estado controla quem entra para o mercado, o número de empresas, etc.

Portanto, a C33 marca uma rutura sem pôr em causa a economia de mercado.

#### 1976

Vai sofrendo uma evolução ao longo do tempo com as revisões constitucionais e por via da CE material (devido à grande produção legislativa ordinária que sucedeu).

Na CRP de 1976 encontramos uma solução compromissória no plano político e no plano económico que combina o princípio socialista e o princípio democrático/capitalista com a consagração de instituições típicas de sistemas capitalistas (propriedade privada e liberdade económica), mas sujeitando-as a restrições, incluindo o papel dirigente e vinculado do Estado no âmbito de um sistema misto, a importância de formas sociais de iniciativa e propriedade, a afirmação do exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras e do objetivo de transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes, e a garantia das transformações no plano socioeconómico, mormente o princípio da irreversibilidade das nacionalizações (limite material de revisão constitucional).

Assim, o ponto de partida da CRP76 é um reflexo do momento que o país vive, principalmente no período de 74 a 76. Este conflito de poder incluía vários espectros políticos, acabando por ter uma tradução no plano económico. Esse equilíbrio de forças leva a que se adote uma solução compromissória – procura conciliar elementos de uma economia típica de mercado com elementos típicos de uma economia socialista ou socializante.

Colocava-se a questão de saber para que polo iria tender a evolução da constituição. Segue-se o caminho em direção a uma economia de mercado e a um sistema mais capitalista.

As medidas que mais caracterizaram este período (74-76) foi a nacionalização de uma série de empresas. A CRP76 quando é aprovada tem precisamente um conjunto de normas que impedem que essas nacionalizações possam ser revertidas. Este princípio é inclusivamente consagrado como um limite material da revisão constitucional.

### *Revisões constitucionais*

Em todo o caso, já na altura se entendia que o princípio da irreversibilidade das nacionalizações não impedia (i) nem a abertura de sectores económicos à iniciativa económica privada, (ii) nem a alienação de participações públicas (desde que o Estado não abdicasse do controlo; aliás, a o regime da alienação das participações públicas é de 1988, portanto anterior à segunda revisão constitucional).

Isto é relevante porque, em boa parte, o processo de transformação da constituição vai ocorrer por via destas possibilidades. Nada impedia que um setor que fosse em determinado momento fechado à iniciativa privada, não pudesse ser aberto a esta noutro momento. Da mesma forma, não impedia que o Estado vendesse parte do capital social, apenas não podia vender a maioria ou totalidade.

Estas duas brechas que eram admitidas mostraram-se muito relevantes para a progressiva atenuação da carga socializante do sistema.

**1ª revisão (1982)** – atenuação da carga ideológica (desaparecem as expressões mais revolucionários com um carácter até marxista); atenuação da intervenção pública na economia; maior relevância da iniciativa privada; as referências à reforma agrária e à irreversibilidade das nacionalizações mantêm-se inalteradas.

**2ª revisão (1989)** – é a grande revisão constitucional do ponto de vista da evolução da CE (pode mesmo falar-se de uma mutação da CE) e aquela que afirma definitivamente a preponderância do elemento economia de mercado sobre o elemento economia coletivizada:

- É eliminado o princípio da irreversibilidade das nacionalizações – deixa de ser um obstáculo à diminuição do número de empresas que o Estado detinha; dá-se um processo de privatização de empresas;
- Deixa de figurar no texto constitucional uma referência ao regime da reforma agrária (é incluída uma referência à política comercial e industrial ao lado da política agrícola);
- O papel do planeamento económico no funcionamento da economia é diminuído – o Estado dizia o que planeava para o setor público;

- É reformulada a referência ao direito de propriedade e à livre iniciativa privada no sentido de lhes conferir maior relevância, o mesmo sucedendo com o setor privado no âmbito dos setores de propriedade.

Esta revisão é motivada pela adesão de Portugal à então comunidade económica europeia.

**3ª revisão (1992)** – adaptação do estatuto do Banco de Portugal (BdP) à ratificação do Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht), decorrente da introdução da moeda única e da reorganização do papel do BdP decorrente da transferência de competências para o Banco Central Europeu.

**4ª revisão (1997)** – flexibilização das reservas a favor do setor público, a qual deixa de ser uma imposição do texto constitucional para passar ser uma mera faculdade constitucional a implementar por legislação ordinária; inclusão de uma norma que prevê a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes típicas do Estado regulador (art.º 267 n.º 3 CRP).

Sem impacto na CE: 2001, 2004 e 2005.

#### 4. Modelo atual

O atual modelo de intervenção do Estado na economia não pode ser compreendido sem ter presente os constrangimentos ao conteúdo dessa intervenção que decorrem da CE europeia (mormente das regras de concorrência, da aplicação às empresas públicas das regras do Tratado e da proibição dos auxílios de estado) e que se fizeram sentir a partir da segunda revisão constitucional (1989).

Caracterização da atual CE à luz da conjugação entre sistema económico (produção + consumo + repartição) e regime económico (articulação entre o poder político e a atividade económica):

- Capitalista – propriedade dos meios de produção);
- Economia de mercado – processo de decisão económica, modelo procura-oferta, interação de preços.

Contém ainda elementos específicos de economia social de mercado (intervenção do Estado), economia mista (coexistência de setores) e concertada (papel da concertação social; participação dos trabalhadores nas decisões de gestão das empresas).

#### 5. Princípios e normas

Princípios fundamentais em que assenta a organização económica – art.º 80 CRP:

- É uma norma diretiva.
- Os destinatários são os principais centros de produção normativa (AR, Governo, governos e assembleias regionais), mas também os representantes nacionais em órgãos/instituições com poderes de decisão junto da UE e junto de organizações internacionais no contexto da negociação de acordos, tratados, convenções, etc. que possam ter impacto no modelo de sistema económico consagrado na CRP.
- Análise dos princípios fundamentais do art.º 80 CRP:
  - Al. a) – Subordinação do poder económico ao poder político democrático;

Decorre da ausência de legitimidade democrática do poder económico; não deverá ter a capacidade de influenciar o projeto político, esse sim com legitimidade democrática própria;

Questão do condicionamento do poder político pelo poder económico; competências da AR (art.º 165 n.º 1, al. j), l), m), n), o), u), x) e z) CRP). Áreas que podem ser configuradas pelo poder político; A leitura que tem sido feita tem variado;

Em boa medida, a existência de um ramo do direito que tem como objetivo salvaguardar a concorrência, tem muito a ver com esta ideia de subordinação do poder económico ao poder político. O direito da concorrência tem como um dos objetivos não deixar que o poder económico assuma determinadas proporções que possam colocar em causa o poder político.

- Al. b) – Coexistência dos três setores de propriedade dos meios de produção (limite material à revisão constitucional – art.º 288 al. f); ver art.º 82);

Até determinada altura havia mesmo uma imposição de que determinados setores deviam ser do setor público.

A existência e coexistência de três setores de meios de produção (público, privado e cooperativo ou social) é garantida pela CRP (garantia institucional da propriedade), sem que a CRP se pronuncie sobre a extensão de cada um deles.

Se quisermos, a propriedade dos meios de produção é a concretização do direito de propriedade no domínio da atividade económica produtiva, abrangendo assim, não apenas a propriedade de bens imóveis (terrenos, fábricas) e móveis (máquinas), mas também outros direitos de conteúdo patrimonial com incidência na ou relevância para a atividade produtiva (e.g. detenção de participações sociais).

- Al. c) – Liberdade de iniciativa e organização empresarial no âmbito de uma economia mista. É desenvolvido no art.º 61.
- Al. d) – Propriedade pública dos meios de produção e dos recursos naturais de acordo com o interesse coletivo; justificação à luz do interesse coletivo; abrange a apropriação pública (= nacionalizações) dos meios de produção (ver art.º 83 CRP) – intervenção direta do Estado;

A propriedade pública existe, mas tem de ter subjacente uma justificação de interesse coletivo. À partida qualquer tipo de apropriação por parte do Estado carece de justificação.

- Al. e) – Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social (do Plano aos planos de desenvolvimento económico e social; força jurídica do plano; planos nacionais, regionais e autárquicos; os contratos-programa); ver art.º 90 e 91 e a Lei-Quadro do Planeamento (Lei n.º 43/91, de 23 de julho);

Versão já muito diluída quando comparada com a sua configuração inicial;

Contratos programa – visam contratualizar objetivos. O Estado celebra um contrato-programa com agentes económicos privados e vincula esses agentes a determinados objetivos.

- Al. f) – Proteção do setor cooperativo e social dos meios de produção (ver art.º 85);

Ideia de que estes setores comungam com o Estado o interesse coletivo; desoneram o Estado de ter que o fazer. Já não tem o papel que tinha inicialmente de concorrência com o setor privado.

- Al. g) – Democracia participativa no plano económico e social (o papel das comissões de trabalhadores e sindicatos – ver art.º 54 e 57 – mas também associações de empregadores, associações empresariais, associações de consumidores na definição das principais medidas económicas e sociais; papel do Conselho Económico e Social e da concertação social por este promovida – ver art.º 92).

O que define os setores decorre do art.º 82:

- Setor público – meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas. Engloba o sector público estadual, regional e local. É aqui que se integra o sector empresarial do Estado, o qual inclui o SEE, o SE das regiões autónomas e o SE local. O sector público inclui, assim, os meios de produção detidos e geridos diretamente pelo Estado ou por outras entidades públicas – intervenção direta do Estado (n.º 2).
- Setor privado – meios de produção cuja propriedade ou gestão pertencem a pessoas singulares ou coletivas privadas (n.º 3).
- Setor cooperativo e social – meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem a cooperativas (subsector cooperativo), comunidades locais (subsector comunitário), trabalhadores (subsector de autogestão) e pessoas coletivas de solidariedade social sem finalidade lucrativa (subsector solidariedade social) (n.º 4).

Direitos económicos, sociais e culturais – art.º 58 a 79 CRP.

## 6. Elementos estruturantes – propriedade privada, iniciativa particular, livre concorrência

- Propriedade privada (art.º 62 CRP);
- Iniciativa privada (art.º 61 CRP);
- Livre concorrência (art.º 81 al. f) CRP).

Enquanto a propriedade privada e a iniciativa privada (ao lado de outros tipos de iniciativas) se inscrevem na categoria dos direitos e deveres económicos, a livre concorrência aparece entre as incumbências prioritárias do Estado no domínio da organização económica, ou seja, não tem uma dimensão subjetiva. Esta encontra-se desenvolvida sobretudo no âmbito da CE material.

### **Direito de propriedade privada – art.º 62**

O direito de propriedade privada (DdPV) Integra os direitos e deveres económicos, sendo um direito com um regime análogo aos dos direitos, liberdades e garantias (art.º 17 CRP) e com a correspondente proteção jurídica (art.º 18 CRP).

Significa que há um conjunto de garantias que se aplicam aos direitos, liberdades e garantias que também se aplicam aos direitos e deveres económicos. Do ponto de vista constitucional têm uma força equiparada (art.º 18). Também carecem de lei formal para serem restringidos e estão sujeitos a exigências de proporcionalidade na sua restrição (n.º 2). O n.º 3 fala do alcance destas mesmas restrições.

Quando ao conteúdo, o direito de propriedade a que se refere a CRP abrange qualquer direito patrimonial privado, não apenas o direito de propriedade e os direitos reais menores, mas também os direitos de propriedade intelectual e industrial, os direitos de crédito, os ‘direitos sociais’ no âmbito do direito societário (associados à titularidade de partes do capital social de uma empresa), etc.

Dupla dimensão – a CRP reconhece e tutela o direito de propriedade na dupla configuração de (i) instituição (a propriedade privada) e (ii) direito fundamental (o direito de propriedade). A segunda dimensão (subjéctiva) é reconhecida e tutelada pelo art.º 62, enquanto a primeira (institucional) é reconhecida e tutelada pelo art.º 82 (vide supra) e pela coexistência dos setores de produção.

O direito de propriedade na sua dimensão subjéctiva inclui um conjunto de faculdades, às quais o art.º 62 alude:

- Adquirir;
- Usar e fruir;
- Transmitir (inter vivos ou mortis causa);
- Não ser privado da propriedade (sem o pagamento de uma justa compensação); esta última vertente tem sido considerada o núcleo essencial do direito de propriedade (ver, por exemplo, o Ac. TC n.º 289/04, de 27 de abril).

Embora o direito privado possa ser restringido, existe sempre um núcleo que qualquer restrição deve respeitar e não deve ultrapassar. Neste caso, entende-se que este núcleo é precisamente a ideia de que, ainda que a propriedade privada seja objeto de apropriação por parte do Estado, esta deve ser acompanhada por uma justa compensação.

Restrições (constitucionalmente admissíveis):

- À aquisição – bens insuscetíveis de apropriação privada (exemplo: bens do domínio público);
- Ao uso e fruição – art.º 88 CRP; limitações de ordem administrativa (urbanística, ambiental, sanitária, etc.);
- À transmissão – direitos de preferência legalmente atribuídos; herdeiros legitimários;
- À não privação – expropriação (permanente; imóveis) e requisição (temporária; móveis e imóveis) – sempre acompanhadas da devida compensação.

### **Liberdade de iniciativa privada – art.º 61**

Integra os direitos e deveres económicos, sendo um direito com um regime análogo ao dos direitos, liberdades e garantias (art.º 17.º CRP) e com a correspondente proteção jurídica (art.º 18 CRP). Impõe uma série de requisitos para que possa ser objeto de restrições por parte do legislador ordinário, mas a sua existência é uma possibilidade.



O que é relevante é que esta liberdade é a de desenvolver uma atividade económica nas mais diferentes áreas ou setores.

Respeita ao exercício de uma atividade económica privada e abrange duas vertentes:

- Liberdade de iniciar uma atividade económica (liberdade de iniciativa *stricto sensu*);
- Liberdade de organizar essa atividade económica (liberdade de empresa). Ver esta distinção refletida no art.º 80 al. c) CRP; ver também o Ac. TC 76/85, de 6 de maio.

Tal como outros direitos fundamentais está sujeita a restrições, mas estas têm de estar previstas na própria CRP. Exemplos de restrições relativamente a cada uma das vertentes:

- Relativamente à liberdade de iniciativa *stricto sensu* – reservas a favor do setor público (art.º 86 n.º 3 CRP); desde a revisão constitucional de 1997 que a reserva de setores configura uma faculdade (e não uma imposição) reconhecida pela CRP ao legislador (art.º 165 n.º 1 al. j)), cabendo a este concretizá-la. A concretização dos setores reservados ao Estado é atualmente feita pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, revista e republicada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho (lei de delimitação de setores);  
O número de setores que estão vedados à iniciativa privada é cada vez menor.
- Relativamente à liberdade de organização da atividade económica – regras imperativas sobre a participação de comissões trabalhadores na gestão das empresas, sobre a organização interna/governance (número, competências e funcionamento dos órgãos societários), sobre o exercício de determinada atividade económica (regras de higiene e segurança; regras ambientais; etc.).

Além disso, a liberdade de iniciativa económica privada exerce-se nos quadros definidos pela lei (art.º 61 n.º 1 CRP), o que significa que o legislador pode conformar diversos aspetos do acesso e exercício de certas atividades económicas por razões de interesse geral (cfr. Ac. TC n.º 187/01, de 2 de maio). Ideia de que esta liberdade de iniciativa privada está sujeita a requisitos, os quais são definidos pela lei em função da própria complexidade da atividade económica.

Por exemplo, requisitos societários e de capital para o exercício da atividade bancária; licenciamento industrial para o exercício de uma atividade industrial; admissão a uma ordem profissional como requisito para o exercício de determinadas profissões liberais.

### **Livre concorrência – art.º 81 al. f)**

As incumbências prioritárias do Estado definidas pelo art.º 81 prendem-se com os objetivos prosseguidos pelo Estado no plano socioeconómico, à luz dos princípios fundamentais do art.º 80 – o Estado tem aqui um papel na defesa da concorrência.

Aparentemente este pilar não tem a mesma força que os dois anteriores por não fazer parte dos direitos fundamentais. Contudo, a defesa da livre concorrência assumiu um estatuto que ultrapassa em muito esta ideia de incumbência prioritária do Estado, sendo, na verdade, um elemento estruturante da própria organização e atividade económicas, precisamente por ser tutelado ao nível da União Europeia.

O próprio Estado está sujeito às regras da concorrência – limitações que a CEE traz aos EM no que se refere à sua intervenção na economia.

No plano prático, esta incumbência traduz-se na Lei 19/2012 – regime da concorrência – onde se detalha de forma pormenorizada em que consiste o papel do Estado na defesa da concorrência.

Por entre as normas que integram a CE, encontramos diversas referências à concorrência em diversos artigos: 81.º al. f) (“Incumbências prioritárias do Estado”) e 99.º al. a) e c) (“Objectivos da política comercial”). Além disso, pese embora o artigo 80.º, alínea a) (“Princípios fundamentais”) não se referir explicitamente à concorrência, importa ainda mencionar este preceito para a compreensão do instituto no seio da CE.

A concorrência entendida enquanto livre concorrência objeto de tutela pela lei de defesa da concorrência (Lei 19/2012) e pelo direito europeu da concorrência é a que consta do art.º 81 al. f), o qual a eleva a “valor objetivo-positivo da organização económica” e “garantia-institucional da ordem económica”, mas sem uma dimensão subjetiva (como sucede com a propriedade privada e a iniciativa privada).

## Intervenção Direta do Estado

### 1. Enquadramento constitucional

Art.º 83 – "A lei determina os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização."

O Estado pode adotar vários instrumentos para intervir diretamente no mercado através da apropriação dos meios de produção.

Exigências:

- De natureza formal – lei da AR (constitui uma competência relativa da AR ao abrigo do art.º 165/1/l);
- De natureza material – exigência de interesse público (resultante quer do 80.º/d), quer do 165.º/1/d) CRP), exigência de 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 (art.º 61 e 62 + art.º 17 e 18 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 CRP).

### 2. Evolução do setor empresarial do Estado (SEE)

A forma típica de intervenção direta passa por empresas públicas, as quais, no seu conjunto, formam o setor empresarial do Estado (SEE). Um dos aspetos típicos da nossa CE é o facto de no plano infraconstitucional termos tido uma série de diplomas que regem o SEE.

A evolução do SEE foi marcada por três fases, às quais correspondem diferentes diplomas:

- 1ª fase – Organização – sob a vigência do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril (bases gerais do estatuto das empresas públicas), diploma no qual se consagrava uma forte intervenção do Governo no processo decisório empresarial no quadro de uma economia parcialmente planificada (e do papel das empresas públicas na implementação do plano), se consagrava uma noção de empresa pública que incluía não apenas as empresas originariamente públicas, mas também as nacionalizadas, e se instituiu a dupla sujeição das mesmas a um regime de direito público e de direito privado;
 

Fase em que o número de empresas que integram o SEE vai crescer muito. Começa a ganhar significado a partir de 75 com as nacionalizações e traduz-se num movimento de expansão e de organização do SEE. O Estado pretendia também intervir em certas empresas privadas;

Nesta sucessão de diplomas, há também uma evolução do próprio conceito de empresa pública.
- 2ª fase – Remodelação – abrange a vigência do Decreto-Lei n.º 25/79, de 19 de fevereiro e do Decreto-Lei n.º 29/84, de 20 de janeiro, diplomas que alteram o modelo organizativo das empresas públicas no sentido de as sujeitar de forma mais ampla ao regime de direito privado, reduzir o peso intervencionista do Governo, promover o seu saneamento financeiro e operar a sua transformação em sociedades comerciais sob a forma anónima e de capitais públicos;

Necessidade de superação do próprio momento revolucionário; problema prático muito sério de lidar com as dificuldades financeiras que estas empresas trazem consigo.

- 3ª fase – Privatização – fase iniciada com a Lei n.º 84/88, de 20 de julho (diploma que permitia a alienação até 49% do capital das empresas nacionalizadas, o que permitia respeitar o princípio da irreversibilidade das nacionalizações ainda inscrito na CRP) e possibilitada com a revisão constitucional de 1989 (a qual, entre outras alterações, suprimiu a cláusula da irreversibilidade das nacionalizações).

### 3. Âmbito do setor empresarial do Estado (SEE)

O próprio conceito de empresa pública foi evoluindo.

Inicialmente, o SEE abrangia todas as empresas públicas cuja orientação, controlo, tutela ou supervisão dependesse do Governo ou da Administração central do Estado. Ou seja, incluía (i) as empresas públicas s.s. e (ii) as sociedades de capitais total ou maioritariamente públicos (setor público dos meios de produção); eram excluídas as empresas intervencionadas (de gestão pública – intervencionada – mas cuja propriedade era privada) e as empresas participadas (cuja propriedade e gestão eram privadas, embora o Estado detivesse uma parte não maioritária do respetivo capital social).

Posteriormente, o SEE passou a englobar também as empresas sobre as quais o Estado exercesse um controlo efetivo da gestão, ainda que sem deter a maioria do capital social (por exemplo, através da detenção de golden shares / ações privilegiadas).

O regime geral do SEE aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro confirmou o entendimento de que o SEE também compreendia as empresas participadas, ou seja, empresas privadas nas quais o estado exerce uma influência determinante.

Conclusão: a evolução do SEE marca a crescente preferência do Estado pelo recurso a formas de organização empresarial de tipo jurídico-privado – típicas do direito societário – e, por outro lado, a necessidade de flexibilização na prossecução da atividade empresarial pública, com maior sujeição ao mercado e menor interferência pública (embora por vezes com o intuito de escapar ao escrutínio externo, mormente do Tribunal de Contas).

### 4. Enquadramento do setor empresarial do Estado (SEE)

Com o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 75-A/2014, de 30 de setembro e pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro (diploma atualmente em vigor), a noção de SEE integra, ao lado do setor empresarial local (mas não o setor empresarial regional, por exigência da salvaguarda da autonomia regional), o conceito de setor público empresarial (art.º 2).

Por sua vez, o SEE integra as (i) empresas públicas (art.º 2/2 e 5) e (ii) as empresas participadas (art.º 2/2 e 7).

Atualmente, o conceito de empresa pública (art.º 5/1) rege-se por dois critérios:

- Formal – organização de acordo com o regime geral das sociedades comerciais;

- Material – influência dominante exercida pelo Estado ou por uma entidade pública estadual sobre a gestão ou orientação da empresa; sobre os elementos que caracterizam a influência dominante, ver art.º 9.

## 5. O setor empresarial do Estado (SEE) e o direito da União

O DL 133/2013 reflete uma forte influência do direito da União, nomeadamente no que respeita a:

- Adoção do critério material para a definição de empresa pública (art.º 5 – influência dominante do Estado) – significa que não é necessário que o Estado detenha a maioria do capital social, é importante sim que, na prática, consiga influenciar a atuação da empresa no mercado naquilo que é mais relevante;
- Exigência de neutralidade concorrencial (art.º 15; cfr. art.º 106/1 TFUE) – exigência de que as empresas públicas têm de se comportar face às empresas privadas de acordo com o direito da concorrência;
- Imposição de transparência financeira nas relações com o Estado (art.º 16; cfr. o art.º 107/1 TFUE) – a relação com o Estado não pode servir para lhes dar alguma vantagem;
- Referência a uma subespécie de empresas públicas oriunda do direito da União – as empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (art.º 55; cfr. art.º 106/2 TFUE).

## 6. Nacionalizações e (re)privatizações

A **nacionalização** é uma forma de o Estado adquirir participações sociais de uma empresa. O Estado apropria-se dessa empresa ao abrigo de determinado enquadramento constitucional e legislativo. Passa a atuar no mercado por via de empresas (que não eram originalmente públicas). O art.º 83 prevê isto e impõe uma justa compensação – o Estado tem de pagar um valor justo.

Hoje em dia tem-se um diploma que rege a matéria das nacionalizações (Lei n.º 62-A/2008, de 11 de novembro). É um diploma com duas partes porque procede à nacionalização do BPN e aprova o regime geral das nacionalizações. Encontra-se um conjunto de requisitos para a nacionalização, destacando-se a ideia de que o ato de nacionalização tem de ter uma justificação de interesse público que a fundamente. A nacionalização pode ocorrer, mas tem de ser acompanhada por uma série de requisitos que são desenvolvidos na lei em questão.

O inverso da nacionalização (a devolução de uma empresa pública ao setor privado) corresponde a uma privatização. **Privatização** – ato de alienação por parte do Estado do capital social de uma empresa que era originariamente pública. **Reprivatização** – o Estado faz o mesmo, mas trata-se de uma empresa que era privada e foi nacionalizada. Relevância prática? Em bom rigor, nenhuma. Do ponto de vista teórico e legislativo há diferença porque existem dois diplomas diferentes.

Lei-Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de abril): âmbito material limitado a operações de reprivatização dos bens nacionalizados depois de 25/4/74, embora o legislador também a tenha aplicado casuisticamente a operações de privatização.

Os diplomas não têm grandes diferenças entre si do ponto de vista do regime jurídico. Na prática a LQP tem sido aplicada quer a reprivatizações, quer a privatizações, pois em boa verdade não se justifica a diferença de regimes.

## Intervenção Indireta do Estado

A intervenção indireta na atividade económica ocorre quando o Estado, abstendo-se de participar diretamente no mercado como agente económico, intervém indiretamente fomentando ou limitando a atividade económica, mormente através da definição das condições de acesso e exercício de determinada atividade.

À luz de critérios de interesse público, procura moldar o funcionamento da atividade económica para que certos resultados possam ser obtidos.

Ao invés de uma interferência direta na atividade económica privada, a atuação do Estado visa orientar esta última para a prossecução de determinados fins e objetivos reputados de interesse público ou condicionar a atuação da atividade económica privada para assim evitar a lesão de interesses socialmente relevantes.

### 1. Intervenção indireta vs. regulação

A **intervenção indireta em sentido lato** abrange a intervenção indireta em sentido estrito e a regulação. A lógica é a mesma – influência sobre o funcionamento do mercado.

A **regulação** é um fenómeno mais restrito do que a primeira e corresponde a uma reconstrução do papel do Estado na sociedade (não apenas na economia, portanto), em larga medida resultante da retração da intervenção do Estado em diversas áreas e da sua atribuição a privados.

Surge na sequência do Estado se retirar de uma série de setores de interesse geral. É uma intervenção mais específica porque corresponde a uma noção mais recente do papel do Estado.

Neste novo contexto, o Estado assume o papel de garante seja do correto funcionamento do mercado (em especial no contexto de setores liberalizados e/ou privatizados), seja da realização dos direitos dos cidadãos antes garantidos através do acesso a prestações ou a serviços públicos.

A regulação assume-se como uma forma particular de intervenção indireta por reunir três características:

- O fim que prossegue (complementar/corrigir o mercado) – o seu objetivo é o de complementar ou corrigir o funcionamento do mercado (pressupõe o mercado). Na intervenção indireta a intervenção do Estado é a de substituir o mercado em alguns casos;
- Os instrumentos que utiliza (hard law/soft law; direito público/direito privado) – foge do direito público porque combina instrumentos de hard law e soft law. Uma atuação que não é juridicamente vinculativa, mas acaba por ter uma vinculatividade de facto. Também há uma combinação de instrumentos de direito público com instrumentos de direito privado;
- Natureza específica dos reguladores – pessoas coletivas públicas dotadas de independência/ autonomia reforçada. Têm um grau de autonomia que não tem paralelo nos outros entes públicos.

Estes três elementos conferem à regulação um caráter muito específico.

A **intervenção indireta em sentido estrito** corresponde a formas de intervenção que, em alguns casos, visam substituir o mercado, estão mais próximas do quadro de atuação do direito público e é o tipo de intervenção associada a entes público sem ou com muito pouca autonomia.

Exemplos deste tipo de intervenção:

- Regras de acesso e exercício da atividade económica (polícia económica) – existem atividades económicas que estão sujeitas ao cumprimento de requisitos. A definição desses requisitos e fiscalização do seu cumprimento são um dos aspetos desta intervenção indireta. Entende-se que o cumprimento desses requisitos contribui para o interesse público.
- Fomento económico – pode ser caracterizado como um tipo de intervenção indireta do Estado que tem por objeto apoiar ou promover atividades de agentes económicos privados que concorrem para a satisfação do interesse geral. Limites: art.º 107 TFUE (e art.º 65 RJC); este tipo de atividade está sujeito a fortes restrições por parte da proibição dos auxílios de Estado.
- Contratação económica – o Estado procura prosseguir determinados objetivos de interesse geral por via contratual (contratação económica), através dos chamados contratos económicos através dos quais o Estado associa entes públicos autónomos ou agentes económicos privados ou do terceiro setor à prossecução de atividades de interesse geral, ou seja, contratualiza com estas entidades prestações que, além de corresponderem a uma atividade económica do interesse das mesmas, também prosseguem o interesse geral; Exemplos de contratos económicos são os contratos-programa (celebrados entre a Administração central e entes públicos autónomos, os quais incluem um programa de atividades a serem prosseguidas por estes últimos mediante determinadas contrapartidas e tendo em vista a prossecução de um determinado interesse geral; por exemplo, ver o caso dos contratos-programa de desenvolvimento desportivo), os contratos de investimento (matéria em que se destaca o AICEP – Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal –, o qual tem, entre outras atribuições, a de atrair investimento mediante a celebração de contratos de investimento, incluindo o regime especial de apoio a grandes projetos de investimento previsto no Decreto-Lei n.º 191/2014, de 31 de dezembro) e, sobretudo, as chamadas parcerias público-privadas (PPPs) (muitas vezes os privados ficam encarregados da exploração depois da construção das infra-estruturas).
- Planeamento económico – perdeu grande parte da importância que tinha, inclusive no texto constitucional, na versão originária da CRP. Pode ser definido como um instrumento jurídico que define e hierarquiza objetivos de política económica a prosseguir num determinado período temporal e estabelece as medidas adequadas à sua execução. O planeamento económico é hoje um instrumento de racionalização económica e não um instrumento apontado para o esbatimento e superação dos traços do regime económico assente na economia e mercado e nas relações de produção capitalistas. Atualmente temos leis anuais de grandes opções do plano, as quais se limitam a apontar metas genéricas da ação governativa que se traduzem em medidas concretas na medida em que tenha cabimento orçamental. Ou seja, as grandes opções do plano avançam como elementos a orçamentar, mas não vinculam o orçamento (como já sucedeu, quando o plano era o instrumento por excelência da atuação governativa, subordinando-se o orçamento ao mesmo); Mesmo no início este planeamento só era vinculativo para o setor público.

## 2. Regulação

Justificações para a regulação económica:

- Garantia do funcionamento dos mercados e da livre concorrência;
- Falhas de mercado (exemplo: monopólios naturais, externalidades negativas, etc.) – destaca-se esta. Existem situações em que se sabe antecipadamente que os resultados do mercado ficam aquém do que seria benéfico para a comunidade;
- Proteção dos interesses dos consumidores;
- Garantia de obrigações de serviço público.

Poderes das entidades reguladoras – a regulação corresponde à atribuição ao Estado do papel de garante da observância de princípios e regras de funcionamento da economia e do mercado e da atuação dos agentes económicos privados, seja através da emissão de comandos normativos (poder regulamentar), seja através do controlo do cumprimento dessas regras e princípios (poderes de supervisão), seja através da punição das infrações (poderes sancionatórios). Com a regulação, o Estado pretende induzir a adoção de determinados comportamentos e dissuadir a adoção de outros.

Surge no contexto da liberalização de vários setores – o Estado abdica da sua intervenção direta, mas quer garantir que esses setores não ficam inteiramente entregues ao mercado.

Tipos de regulação – a regulação pode ser classificada em função de diversos critérios:

- Quanto ao âmbito, encontramos a:
  - Regulação setorial – incide sobre determinados sectores da economia, como comunicações eletrónicas, energia, seguros, etc. – encontram-se entregues a um regulador próprio;
  - Regulação transversal – aplicável à generalidade dos agentes económicos;
- Quanto aos objetivos, podemos distinguir entre:
  - Regulação económica – garantia do funcionamento da economia e do mercado;
  - Regulação social – proteção de determinados bens públicos, tais como ambiente e saúde, e de direitos dos cidadãos enquanto utentes de serviços de interesse económico geral, como é o caso das telecomunicações e do serviço universal;

A origem do fenómeno regulatório e do Estado Regulador leva a que exista uma preocupação permanente com o equilíbrio entre valores de mercado e outros valores mesmo no âmbito da regulação social, pelo que o aspeto económico está sempre subjacente à regulação;

Exemplo: regulação da comunicação social.

Cada regulador está sujeito a regulação própria. Existe um diploma que abrange todos os reguladores – Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes (LQEAI) (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, alterada pela última vez pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro):



- Identificação das entidades reguladoras (art.º 3/3 do diploma preambular); exclusão do Banco de Portugal (BdP) e da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC) do âmbito da LQEAI (art.º 3/4 do diploma preambular) e sua justificação;
- Vem harmonizar o funcionamento das entidades reguladoras;
- Natureza e requisitos das entidades reguladoras (art.º 3);
- Regime jurídico das entidades reguladoras (art.º 5);
- Processo de criação das entidades reguladoras (art.º 6);
- Cooperação entre as entidades reguladoras e a AdC (art.º 11) – em que casos devem atuar de forma concertada com a autoridade da concorrência;
- Poderes típicos das entidades reguladoras – regulamentar, de supervisão/fiscalização e sancionatório (art.º 40 a 43);
- Garantias de independência das entidades reguladoras face (i) ao Estado e (ii) às entidades reguladas (art.º 19, 20 e 45);

Exemplo: quem integra os quadros não pode acumular cargos remunerados, imposição de não poderem ocupar cargos nas empresas reguladas por um período após terminarem o seu mandato.

### 3. Regulação vs. concorrência

A **concorrência** pode ser encarada como um tipo de regulação, mas com características próprias, a saber:

- Intervenção ex post (exceção: controlo das concentrações e, em alguma medida, o controlo dos auxílios de estado) – a concorrência visa atuar depois de se verificar um comportamento que seja ele próprio restritivo da livre concorrência.
- Âmbito transversal aos setores económicos (ver art.º 2 RJC) – não tem por objeto setores específicos.
- Caráter proscritivo – as normas de DdC visam proibir (i.e. proscreever) comportamentos anticoncorrenciais como forma de tutela da liberdade de concorrência, e não impor (i.e. prescrever) às empresas determinada conduta no mercado – o seu comportamento é proibir, mas não diz o que as empresas devem fazer.

Já a **regulação** económica apresenta-se com uma intervenção predominantemente ex ante, de âmbito setorial e com caráter prescritivo, i.e. impondo comportamentos às entidades reguladas.

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Regime Jurídico da Concorrência, RJC) – desenvolve em grande medida as normas do tratado que versam sobre isto. Referência a algumas disposições do RJC:

- Âmbito de aplicação subjetivo – caracterização dos destinatários das normas de concorrência a partir do conceito de empresa (3.º);
- Âmbito de aplicação objetivo (2.º/1) – aplicação transversal a todas as atividades económicas;
- Âmbito de aplicação territorial (2.º/2) – interação com as regras europeias (art.º 101 e 102; Regulamento 1/2003; Regulamento 139/2004);

- O setor público empresarial e as regras da concorrência (4.º); remissão para o DL 133/2013 (distinção entre empresas públicas, entidades públicas empresariais e empresas encarregues da gestão de SIEG);
- Distinção entre comportamentos – (i) proibição dos acordos e práticas concertadas (9.º e 10.º) e (ii) proibição do abuso de posição dominante (11.º) e estruturas concorrenciais (controlo das concentrações (36.º a 41.º));
- Comparação entre as regras nacionais e as regras europeias (art.º 101, 102, 106; Regulamento 1/2003 e Regulamento 139/2004) da concorrência.
- Proibição dos auxílios públicos (65.º e 107.º TFUE).

∴ É também uma regulação, mas muito específica pela forma como atua.

## Casos práticos – liberdades de circulação

### 1. Síntese da matéria – estrutura das normas

Proibição (dirigida aos EMs):

- Mercadorias (30.º + 34.º e 35.º TFUE)
- Trabalhadores (45.º/2 TFUE)
- Estabelecimento (49.º/§1 TFUE)
- Serviços (56.º/§1 TFUE)
- Capitais e pagamentos (63.º/1 e /2 TFUE)

Justificação (derrogações):

- Mercadorias (36.º TFUE)
- Trabalhadores (45.º/3 TFUE)
- Estabelecimento (52.º TFUE)
- Serviços (62.º TFUE)
- Capitais e pagamentos (64.º TFUE)

Destinatários: EMs (EM de origem e EM de acolhimento) + entidades não estatais em determinadas circunstâncias (caso das ordens profissionais)

Âmbito subjetivo: cidadãos da União (liberdade de circulação de pessoas) e cidadãos da União + nacionais de países terceiros (mercadorias; capitais e pagamentos; EEA)

Âmbito material (pressupostos):

- Domínios não harmonizados
- Elemento transfronteiriço (efeito real ou potencial)
- Atividade económica
- Caráter não abusivo do exercício das liberdades económicas

Proibição: discriminação direta (de jure) + discriminação indireta (de facto) – exemplo: residência — com efeito restritivo no exercício das liberdades de circulação

Restrições:

- Fundamento: (i) derrogações (para discriminações diretas e indiretas) ou (ii) razões imperiosas de interesse geral (para discriminações indiretas)
- Implementação: teste de proporcionalidade (adequação + necessidade + proporcionalidade stricto sensu)

Exceções (não caem no âmbito da norma): artigos 45.º/4 (trabalhadores) + 51.º/1 (estabelecimento) + 62.º (serviços)

## 2. Resolução de casos práticos – etapas de raciocínio

- 1) Proibição – tem de se perceber qual é a proibição que está em causa:
  - a. Estado-Membro/ente público/ente privado dotado de poderes de autoridade por delegação do Estado?
  - b. Em que consiste a medida violadora do DUE? - costuma acontecer porque os EM membros fizeram algo que viola as liberdades de circulação
  - c. Por que razão é a medida desconforme ao DUE? Discriminatória (diretamente) ou restritiva (indiretamente)?
  - d. Qual a liberdade mais afetada por essa medida? – quando existem várias liberdades tem de se perceber qual é a liberdade mais afetada pela medida do EM
- 2) Justificação – Qual o motivo invocado para fundamentar a restrição?
- 3) Constitui uma derrogação ou uma razão imperativa de interesse geral?
- 4) Como é que o EM implementou essa restrição:
  - a. Necessidade
  - b. Adequação
  - c. Proporcionalidade stricto sensu
- 5) Exceção? - nos casos em que existe esta figura tem de se perceber se se está efetivamente no domínio dessa matéria