A CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA PORTUGUESA

ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

JOÃO PACHECO DE AMORIM [1]

SUMÁRIO: 1. Enquadramento dogmático; 1.1. O conceito de Constituição Económica; 1.1.1. Constituição económica e ordem jurídica da economia; 1.1.2. Localização da Constituição Económica na Lei Fundamental; Constituição Económica e Constituição Social, Urbanística e Ambiental; 1.1.3. Conteúdo e sentido possíveis da Constituição Económica: os modelos de direcção central e planificada da economia e de economia livre ou de mercado; 1.2. CE estatutária e CE programática; 1.2.1. A CE estatutária; 1.2.2. A CE programática; 1.3. CE formal e CE material; 1.3.1. Noções gerais; 1.3.2. A CE formal; 1.3.3. A CE material; *a) As concepções «realistas» e «espiritualistas» de CE*; *b) Posição adoptada: o relevo jurídico do texto constitucional, da realidade constitucional e dos valores constitucionais*.; *c) Posição adoptada (cont.): rejeição da possibilidade de a CE integrar princípios e regras consagradas apenas na lei ordinária;* 2. Os princípios fundamentais da Constituição Económica portuguesa; 2.1. O princípio democrático; 2.1.1. O princípio democrático como princípio também da Constituição Económica; 2.1.2. Subprincípios: a subordinação do poder económico ao poder político; 2.1.3. Subprincípios (cont.): o princípio da legalidade; 2.1.4. Subprincípios (cont.): o princípio da participação (democracia participativa); 2.2. O princípio da efectividade da democracia económica, social e cultural; 2.2.1. O Princípio do Estado Social de Direito: *democracia económica* (social e cultural) e *democracia política*; 2.2.2. O Princípio do Estado Social de Direito (cont.): *igualdade real* e *igualdade formal;* 2.2.3. Problemática jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais enquanto pretensões a prestações; 2.3. O princípio da relevância dos direitos económicos fundamentais clássicos; remissão; 2.4. O princípio da coexistência das iniciativas económicas privada e pública e dos sectores de propriedade dos meios de produção; 2.4.1. Noções gerais; *a) A coexistência de iniciativas económicas e sectores de propriedade públicos e privados na Constituição Económica portuguesa*; *b) A coexistência de iniciativas económicas e sectores de propriedade públicos e privados na Constituição Económica comunitária; c) Conclusão*; 2.4.2. A («livre») iniciativa económica pública; *a) Noções gerais*; *b) Os limites à «livre» iniciativa*

---

[1] Professor da Faculdade de Direito do Porto

económica pública: a presença justificativa de um interesse público específico ou secundário; *c) Os limites à «livre» iniciativa económica pública (cont.): interesse público, princípio da proporcionalidade e princípio da subsidiariedade do Estado;* 2.4.3. A coexistência dos sectores de propriedade dos meios de produção (sector público, sector privado e sector cooperativo e social); *a) Noções gerais; b) O sector público; c) O sector privado; d) O sector cooperativo e social: nota introdutória; e) O sector cooperativo e social (cont.): o subsector cooperativo; f) O sector cooperativo e social (cont.): o subsector comunitário; g) O sector cooperativo e social (cont.): o subsector autogestionário; h) O sector cooperativo e social (cont.): o subsector solidário;* 2.4.4. A possibilidade de vedação de sectores básicos da economia à iniciativa económica privada (art. 86.º, n.º 3); *a) Noções gerais*; *b) Limites da intervenção do legislador na definição do que sejam «sectores básicos»*; 2.5. O princípio da propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção; 2.6. O princípio do planeamento da actividade económica; *a) Noções prévias; b) O planeamento no texto constitucional*; 2.7. O princípio da coesão territorial nos domínios económico e social; *a) Noções prévias*; *b) Constituição Económica comunitária: o princípio comunitário da coesão económica e social de todo o território da União*; 2.8. O princípio da economia de circulação ou de mercado e da livre concorrência; *a) Noções prévias*; *b) Do conceito económico de concorrência às normas de defesa da concorrência*; *c) A defesa da livre concorrência no texto constitucional*; *d) A defesa da economia de mercado e da livre concorrência na Constituição Económica comunitária*

1. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO

1.1. O conceito de Constituição Económica

1.1.1. Constituição económica e ordem jurídica da economia

Com a expressão Constituição Económica (CE) [(2)] pretende-se designar os "princípios fundamentais que dão unidade à actividade económica

---

[(2)] O conceito é de origem germânica (*Wirtschaftsverfassung*), tendo sido desenvolvido pela doutrina deste país na sequência da consagração na Constituição alemã de 1919 (vulgo «Constituição de Weimar») de um conjunto de princípios e normas fundamentais da organização e funcionamento da actividade económica.

Não faltam na doutrina portuguesa referências a tal conceito anteriormente ao tempo da Constituição de 1933 (cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, Coimbra, 1969, p. 16, nota 18, AFONSO R. QUEIRÓ & A. BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa e a Constituição*, «RDES», 1967, e sobretudo AUGUSTO DE ATAÍDE, *Direito Administrativo da Economia*, cit., pp. 165-168); mas as suas primeiras assumidas divulgação e utilização para «consumo próprio» entre nós dá-se apenas com a entrada em vigor da Constituição de 1976, pela mão de VITAL MOREIRA (em *Economia e Constituição*, Coimbra, 1979, pp. 46-57), tendo a adopção do conceito como ponto de partido para o estudo de todo o direito público da economia tido seguimento em Coimbra nas lições de TEIXEIRA

geral e dos quais decorrem todas as regras relativas à organização e funcionamento da actividade económica de uma certa sociedade" [3]; constituem uns e outras, pois, um *sistema jurídico-económico* dotado de elementos definidores e tendencialmente caracterizado por uma unidade e coerência internas, o mesmo é dizer, uma determinada *ordem jurídico-económica* [4]. A noção de CE é assim menos ampla do que a de ordem jurídica da economia: ela abrange apenas os princípios fundamentais ou básicos e não já os princípios ou regras deles decorrentes que constam da legislação ordinária.

Acompanhamos Manuel Afonso Vaz, quanto ao significado e alcance do conceito: na esteira deste autor, também nós não repudiamos a expressão, uma vez extirpada de qualquer enfoque ideologicamente mais carregado como o que porventura lhe terá sido dado por alguma doutrina nos primeiros tempos de vigência da Constituição de 1976 [5]. Pelo contrário, tal expressão é em si mesma útil, na medida em que nos fornece "um quadro terminológico simples para significar *os princípios jurídicos fundamentais da organização económica de determinada comunidade política*" — equivalendo assim apenas, também do nosso ponto vista, o conceito de CE (*Wirtschaftsverfassung*) ao de *ordem económica fundamental* (*Wirtschaftsordnung*), ou ainda à expressão francesa «*ordre public économique*» [6].

Mas a importância do conceito de CE, enquanto feixe de princípios fundamentais dotado de autonomia (ainda que de uma autonomia relativa)

Martins (*Direito Público da Economia*, cit.) e Avelãs Nunes (*Sistemas Económicos*) (cfr. C. Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, II Parte, cit., pp. 710-715, e Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, 3.ª ed., Coimbra, 1994, cit., p. 117, nota 1).

Note-se que — e como lembra Eduardo Paz Ferreira (*Direito da Economia*, Lisboa, 2001, pp. 58-59) — o conceito de CE não se impôs em todos os países: é o caso da França, cuja lei fundamental (um texto curto e «utilitário») não se alonga pelas matérias económicas, tendo curso neste país uma outra expressão mais ampla, a de *ordem pública económica*, e que na doutrina portuguesa nem todos os autores utilizam o conceito (veja-se o caso de C. Ferreira de Almeida, que em razão do conceito amplo de Direito Económico por si adoptado, e na esteira de A. de Laubadére, prefere falar em «Princípios Gerais de Direito Económico» — cfr. *Direito Económico*, II Parte, cit., pp. 710-715).

[3] C. A. Mota Pinto, *Direito Público da Economia*, lições policopiadas, Coimbra, 1979-80, p. 44.

[4] Cfr. Vital Moreira, *Economia e Constituição*, cit., p. 41, Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 117, e Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, 5.ª ed., Coimbra, 2007, p. 123.

[5] Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 121.

[6] Manuel Afonso Vaz, *ibidem*.

relativamente ao todo da Constituição do Estado ou Constituição Política (*Staatsverfassung*) [7], tem a ver sobretudo com a já assinalada heterogeneidade do D.A.E., pois é a partir do vértice da ordem jurídica que se há-de demandar aquele mínimo de unidade e coerência indispensável a todo o conjunto. Como lembra Jorge Miranda, "é um facto a extensão, a heterogeneidade, a mobilidade a pulverização das regras sobre organização económica; e é um facto, talvez, inelutável, sobretudo em conjunturas de transformação ou de crise"; não obstante, face a "essa heterogeneidade, e pulverização, contra essa mutabilidade, haverá que procurar um princípio de unidade, de integração ou de coerência" [8] — o que constitui justificação mais do que suficiente para justificar um estudo em separado deste conjunto de normas e princípios.

1.1.2. Localização da Constituição Económica na Lei Fundamental; Constituição Económica e Constituição Social, Urbanística e Ambiental

Quanto à localização das normas da CE na lei fundamental, face à formal arrumação do leque de matérias por ela abrangidas, comece-se por se dizer que tais princípios fundamentais não constam — não têm de constar — de uma determinada parte da Constituição: podem estar (e normalmente estão) dispersos pelo texto constitucional. É o que se passa com a CE portuguesa.

Com efeito, e por um lado, nem toda a Parte II da nossa lei fundamental (arts. 80.º a 107.º), não obstante a epígrafe que ostenta («Organização Económica»), é em rigor direito constitucional económico, pois também se incluem neste conjunto de preceitos as regras fundamentais relativas ao domínio público (art. 84.º), as quais constituem antes de mais a trave mestra de um clássico capítulo do direito administrativo geral [9], assim como os princípios e regras fundamentais do sistema financeiro

---

[7] Sobre o tema da legitimidade da autonomização de uma Constituição Económica relativamente às demais normas e princípios do texto constitucional, ver por todos MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, cit., pp. 118-119.

[8] JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, lições policopiadas, Lisboa, 1982-83, p. 61; também EDUARDO PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, cit., p. 58.

[9] Não obstante, há quem inclua tais matérias no objecto do D.A.E.; ver, por exemplo, MARIA ADELAIDE VENCHI CARNEVALE, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Tomo I, cit., pp. 309-477.

público e fiscal (Título IV, arts. 101.º a 107.º), verdadeiras «têtes de chapitre» não do direito administrativo da economia, mas (respectivamente) do direito financeiro público e do direito fiscal [10].

Por outro lado, importantes princípios de direito constitucional económico encontram-se fora da Parte II da Constituição: é desde logo o caso das normas consagradoras dos direitos económicos fundamentais clássicos (liberdade de profissão — art. 47.º, n.º 1 —, liberdade de empresa — art. 61.º — e direito de propriedade privada — art. 62.º), mas também e ainda de princípios políticos conformadores (igualmente) da ordem económica, como o princípio democrático (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 9.º, al. *c),* e 10.º) e o princípio da efectividade da democracia económica, social e cultural (constante da al. *d)* do art. 9.º e presente, *grosso modo*, em todo o Título III da Parte I — «Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais»).

Importa também distinguir dos princípios fundamentais que integram por direito próprio a CE aqueles que, não pertencendo em rigor a esse conjunto, mas a conjuntos paralelos — estamos a pensar não apenas na Constituição Financeira e Fiscal a que há pouco fizemos referência mas também e ainda na Constituição Social (arts. 63.º, 64.º, 65.º, n.os 1, 2 e 3, 67.º a 72.º, 74.º, 78.º e 79.º), na Constituição Urbanística (art. 65.º, n.os 4 e 5) e na Constituição Ambiental (art. 9.º, al. *e),* e art. 66.º) — que não deixam de ter incidência nas matérias económicas.

1.1.3. Conteúdo e sentido possíveis da Constituição Económica: os modelos de direcção central e planificada da economia e de economia livre ou de mercado

Finalmente, importa referir, quanto ao conteúdo e sentido possíveis da CE, os dois modelos económicos situados em extremos opostos que podem ser acolhidos («normativizados») por uma Constituição, e que são designadamente o modelo de *direcção central e planificada da economia* e o modelo de *economia livre ou de mercado* [11].

---

[10] Na definição de Eduardo Paz Ferreira, a Constituição Financeira (e Fiscal) corresponde "aos princípios e normas específicos que regulam o modo de obtenção de receitas pelo Estado e ao processo de afectação à realização de despesas, revestindo-se de uma especial importância a *garantia* dos particulares face ao poder público" (*Direito da Economia*, cit., p. 62).

[11] Cfr. Eduardo Paz Ferreira, *Direito da Economia*, cit., p. 58.

A nossa Constituição Económica, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1976, e com as sucessivas revisões constitucionais (sobretudo com as duas primeiras — a de 1982 e a de 1987), conheceu um processo de transição de um sistema mais próximo do primeiro dos referidos modelos para o actual sistema que poderemos qualificar de Economia Social de Mercado.

Refira-se ainda que — e hoje mais do que nunca, após a implosão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e da consequente libertação dos países que estavam sob a sua esfera de influência político-militar e ideológica, todos eles com economias totalmente estatizadas — os concretos sistemas económicos têm em regra uma configuração mista, aproximando-se mais, de todo o modo, na sua esmagadora maioria, do modelo de economia de mercado.

1.2. CE estatutária e CE programática

1.2.1. A CE estatutária

É usual a distinção entre CE *estatutária* e CE *programática* ou *directiva*.

A CE estatutária é formada por um conjunto de princípios e normas *preceptivos, estatutários ou de garantia* que incidem sobre a vida económica, visando a protecção das características básicas de um sistema económico definido, através de disposições ora garantísticas (de manutenção do que está), ora modificativas (no sentido da consolidação de tal sistema) [(12)]: são os casos, entre outros, das normas consagradoras dos direitos económicos fundamentais clássicos e de todas as demais que com elas concorrem para definir o conteúdo e limites desses direitos, bem como de quase todos os «Princípios Fundamentais» constantes do art. 80.º CRP (como as garantias de coexistência dos sectores público, privado e cooperativo e social de propriedade dos meios de produção — al. *b)* — e de liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista — al. *c)*).

Estes princípios tanto podem ser *princípios políticos constitucionalmente conformadores* como *princípios-garantia*.

[(12)] Cfr. Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 118, Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 127 e A. Carlos dos Santos, M.ª Eduarda Gonçalves & M.ª Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5.ª ed., Coimbra, 2006, pp. 63-64.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, os primeiros são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, ou seja, as opções políticas nucleares e de um modo geral a ideologia inspiradora da Constituição (por exemplo, e no âmbito da CE, o princípio democrático e o princípio da efectividade da democracia económica, social e cultural) [13].

Ainda na classificação do autor que ora acompanhamos, os princípios-garantia, diferentemente dos anteriores, visam instituir directa e imediatamente uma garantia (dos cidadãos e não só): possuindo um elevado grau de abstracção (que os leva a ter um vasto âmbito de aplicação), caracterizam-se também em contrapartida pela sua grande densidade, ou seja, apresentam um maior grau de determinabilidade, sendo (podendo ser) objecto de aplicação directa; vinculam por isso estritamente o legislador, reduzindo a lata discricionariedade de que este goza face a outros princípios mais vagos [14].

1.2.2. A CE programática

Quanto à CE programática, consiste ela num quadro — por vezes muito extenso (é o caso da nossa actual lei fundamental) — de *directivas de política económica*, num verdadeiro programa de realizações económico-sociais que tem como destinatários os órgãos político-legislativos e que visa a transformação da economia em ordem à prossecução de fins de índole social e político-económicos pré-concebidos [15].

Voltando a seguir de perto a classificação de J. J. Gomes Canotilho, estamos neste caso perante *princípios constitucionais impositivos*, que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas [16]. Trata-se de princípios ditos «dinâmicos», prospectivamente orientados, de tipo programático ou «directivo», e que se afastam portanto do arquétipo normativo, pois não são «padrões de conduta»: não apresentam a característica de perenidade da norma, na

---

[13] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 1164-1168.

[14] J. J. Gomes Canotilho, *ibidem*.

[15] Cfr. Manuel Afonso Vaz, *ob*. e *loc*. *cits*.

[16] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1164-1168.

medida que — em tese — se esgotam uma vez realizado o programa ou executada a tarefa [17].

São exemplos paradigmáticos de princípios deste tipo que integram a CE, na sua maioria, as «Incumbências Prioritárias do Estado» constantes do art. 81.º CRP, como é o caso das injunções dirigidas à eliminação dos latifúndios e ao reordenamento do minifúndio (al. *h)*) e o da criação dos "*instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social*" (al. *j)*).

A existência de uma CE programática (que nem sempre se verifica em termos de direito constitucional positivo: veja-se o caso dos textos constitucionais francês e alemão, onde não abundam propriamente tais directivas de cariz económico-social) levanta o problema da sua difícil compatibilização com o princípio democrático, nomeadamente com as indicações do sufrágio, as quais podem aprovar um programa económico de sentido oposto a tais directivas (por exemplo, de signo liberalizante).

Na verdade, não é função do legislador constituinte «fossilizar» no texto constitucional um programa de governo, mas tão só definir os grandes princípios rectores da vida colectiva (como pode ser o caso da chamada cláusula de Estado Social) — devendo os objectivos de política económica ser livremente escolhidos e implementados pelas forças políticas eleitas, de acordo com as indicações do voto, com sujeição apenas aos limites decorrentes desses parâmetros constitucionalmente fixados.

Note-se de todo o modo que não está propriamente em causa, hoje em dia, a *legitimidade* da consagração de um quadro de disposições de tipo programático, uma vez que em regra estas mais não fazem do que constitucionalizar uma escala de valores típica do Estado Social: o que se questiona é antes os *limites da sua eficácia jurídica* [18]. Com efeito, a constitucionalização de uma matéria eminentemente política, que assim se pretende subtrair ao terreno da disputa das forças políticas e sociais, e converter *contra natura* numa questão de interpretação e aplicação do direito, traduz-se *in fine* num endosso à jurisdição constitucional da tarefa dificilmente exequível de zelar pela positiva implementação de normativos de conteúdo político e não jurídico [19].

---

[17] J. J. Gomes Canotilho, *ibidem*.

[18] Cfr. Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., pp. 127-128.

[19] Luís S. Cabral de Moncada, *ibidem*.

1.3. CE formal e CE material

1.3.1. Noções gerais

Outra distinção corrente, ainda no âmbito das especificações do conceito de Constituição Económica, é entre uma CE *formal* e uma CE *material*.

Enquanto se entende a CE formal como o conjunto de princípios e normas de conteúdo económico que constam do texto fundamental, já na CE material caberiam outras fontes formalmente inferiores à lei fundamental, pois aqui o critério de identificação seria o do carácter essencial da norma ou princípio jus-económico em questão para a definição do sistema económico.

Como se constata, estamos perante uma mera projecção no âmbito económico da complexa problemática geral do *ser* da Constituição que é estudada na disciplina de Direito Constitucional, o que nos obriga a proceder a uma breve revisão do tema — sem todavia perder de vista o objecto específico do nosso estudo.

1.3.2. A CE formal

Começando pelo conceito de Constituição em sentido formal, reconduz-nos este sempre e apenas ao texto composto pelos normativos que ostentam uma superioridade formal relativamente à lei ordinária: assim, todas essas disposições, e unicamente essas disposições, *são* «Constituição», ainda que o seu conteúdo não seja *fundamental* à luz da noção de Constituição (do que é suposto ser uma Constituição — nomeadamente o texto que agrega de forma sistematizada as decisões políticas basilares da comunidade [(20)]) [(21)].

[(20)] Na definição de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, entende-se por Constituição "a ordenação fundamental de um Estado, que define os titulares do poder público, enuncia os órgãos políticos e a sua competência, e fixa garantias dos particulares" (*Constituição*, «DJAP», vol. I, p. 661 e ss.); segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, a Constituição será o "conjunto de normas fundamentais que regulam a estrutura, fins e funções do Estado, e a organização, a titularidade, o exercício e o controlo do poder político a todos os níveis, em particular a fiscalização do seu acatamento pelo próprio poder político" (*Ciência Política e Direito Constitucional*, I, Braga, 1979, p. 10).

[(21)] J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*..., cit., pp. 66-74.

Segundo esta construção do positivismo normativista (cuja paternidade se deve ao jurista austríaco Hans Kelsen) tal texto, que por definição se valida a si mesmo [22], é erigido em fundamento último de um juízo dedutivo lógico-formal de verificação da validade das normas e actos jurídicos de escalão inferior, juízo este alheio desde logo a quaisquer considerações de justiça ou validade material das normas jurídicas [23]. O texto constitucional constitui deste modo o vértice da pirâmide normativa, verdadeiro e definitivo «fecho» do sistema jurídico que assim garante a unidade formal deste e por conseguinte a unidade do próprio Estado.

É conhecida a mais importante critica dirigida ao positivismo jurídico: a de, em virtude da sua absoluta e ostensiva impermeabilidade aos valores *latu senso* extra legais ou extra positivos, ter legitimado o advento dos regimes totalitários que pontificaram no séc. XX — em particular a escalada daqueles partidos que fizeram especial empenho em alcançar o poder pela via democrática, com escrupuloso respeito pelas regras formais/procedimentais plasmadas no texto constitucional (como foi o caso paradigmático, nos anos trinta do séc. XX, do Partido Nacional Socialista alemão).

Outra crítica ao conceito formal de Constituição (e que se afigura mais actual e mais pertinente, tendo em conta a específica problemática que ora nos ocupa) é a que lhe aponta não apenas a impossibilidade de o dito texto desempenhar por si só as tarefas de unificação e identificação da comunidade política (comunidade essa que, longe de ser um ente inerte, homogéneo e «constituído», se afirma como um todo plural, dinâmico, heterogéneo, de unificação «constituenda»"), mas também e ainda de não alcançar sequer o desiderato que supostamente constituiria a sua razão de ser (a de garantia de unidade do sistema jurídico), dada a insensibilidade por si revelada quer à realidade constitucional, quer aos valores, que o leva a não explicar e a não justificar "os actos de direcção política, «as transições ou mutações constitucionais», os critérios e potencialidades de uma interpretação criadora, etc." (Manuel Afonso Vaz [24]).

---

[22] É considerada condição suficiente para tanto a legitimidade democrática que ostente o poder constituinte, a qual se afere por sua vez tão só pelo respeito das normas de competência, forma e procedimento que regulam o acesso ao poder político e o respectivo exercício.

[23] As quais são relegadas para as esferas da moral e da política.

[24] *Direito Económico*, cit., p. 112.

1.3.3. A CE material

a) *As concepções «realistas» e «espiritualistas» de CE*

Como resposta a tão notórias insuficiências, e em geral à crise da Constituição como conceito local e temporalmente localizado, foi-se progressivamente contrapondo ao conceito formal de Constituição fruto do positivismo jurídico normativista um conceito de Constituição material.

Surgem-nos todavia dois conceitos entre si opostos de Constituição material: um também positivista, só que da variante *realista* desta corrente de pensamento (de que constituem subdivisões a teoria *sociológica* de Ferdinand Lassale e a teoria *institucionalista* de Constantino Mortati), cuja paternidade se deve às correntes doutrinárias ditas «*realistas*»; e outro conceito de Constituição material assente ao invés em *valores* ou *espiritualista*, que é sustentado por seu turno pelas correntes de pensamento conhecidas por «*espiritualistas*» [(25)].

Para as concepções «realistas», o que importa é a *Constituição real* que resulta das relações efectivas de poder na comunidade, perante a qual o texto constitucional (e nomeadamente se não traduzir ou acolher essas correlações de poder) pode não passar de «uma folha de papel» (Lassale); seriam assim as forças político-sociais institucionalizadas em partidos políticos que determinariam o caminho a seguir pela comunidade política, na prossecução das finalidades políticas de realização do interesse colectivo próprias daquela (Mortati) [(26)]. A Constituição seria por isso um mero «princípio director» de acção política imposto pelas forças colectivas dominantes na sociedade num dado momento histórico [(27)].

Já segundo as concepções «espiritualistas» (que têm a sua origem na Escola de Baden da «jurisprudência dos valores», no começo do séc. XX, mas que conheceram um especial incremento na Alemanha Federal do segundo pós-guerra), e continuando a seguir de perto e exposição de Manuel Afonso Vaz, a Constituição material seria formada "por um conjunto de valores transcendentes pré-constitucionais e suprapositivos que confeririam unidade de sentido à ordem constitucional de uma comunidade", determinando-se tal conjunto de valores "a partir da cultura da

---

(25) Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., pp. 112-113.
(26) Manuel Afonso Vaz, *ibidem*.
(27) Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 113.

comunidade"; constituiria ela destarte "uma *ordem de valores* subtraída à dinâmica histórica, sendo anterior e superior à constituição escrita" [28].

b) *Posição adoptada: o relevo jurídico do texto constitucional, da realidade constitucional e dos valores constitucionais*

Como sublinha J. C. Vieira de Andrade, quer as concepções «realistas», quer as concepções «espiritualistas» põem em causa, em última análise, o conceito jurídico de Constituição e a *força normativa* desta; ora, sendo inevitável a adaptação do conceito novecentista de Constituição às novas realidades que emergiram no séc. XX, tal não acarreta contudo a imprestabilidade do texto constitucional, em razão de uma sua definitiva «disfuncionalidade», e a respectiva substituição ora pela realidade constitucional ora pelos valores constitucionais [29].

Continuando a seguir Vieira de Andrade, nos nossos dias "a generalidade da doutrina inclina-se para a conclusão de que o conceito de Constituição pode ter um sentido útil e não deve ser abandonado, no plano teórico ou dogmático, como um instrumento ultrapassado", tendo perdido audiência "as concepções que, de um modo absoluto, reduzem a Constituição a uma pura realidade ou a um conjunto abstracto de valores". Tal redução da Constituição "a um pedaço de papel ou a um tratado de moral" traduz-se num esvaziamento e numa imprestabilidade prática do conceito que, de um modo ou de outro, acabam sempre por entregar o futuro da comunidade política ao jogo ou ao jugo das forças dominantes" [30].

A ideia de Constituição material compatibiliza-se hoje por isso com a tese da *força normativa da Constituição*; ainda nas palavras do autor que vimos acompanhando, nos nossos dias entende-se caber ao texto constitucional "uma tarefa histórica de conformação (material) da comunidade política concreta, conferindo-lhe unidade de sentido e garantindo-a" [31]. A Constituição material há-de operar por isso (continua Vieira de Andrade) "através de um *texto*, onde se manifestem e formulem as opções de valor jurídicas e políticas da comunidade — um texto que já não esgota nas suas palavras a Constituição; um texto que seja o depositário dos valores cons-

---

[28] Manuel Afonso Vaz, *ibidem*.
[29] *Direito Constitucional*, cit., p. 45-46.
[30] Vieira de Andrade, *ibidem*.
[31] Vieira de Andrade, *ibidem*.

tituintes aceites e que sirva de base para a descoberta das soluções jurídico-constitucionais concretas; um texto que garanta a permanência das grandes opções comunitárias contra a leviandade das opiniões políticas do momento e contra a especulação abstracta do subjectivismo conservantista ou utópico" [(32)].

Importa assim, a esta luz, determinar o peso relativo de cada um dos específicos elementos constitucionais na normatividade constitucional, isto é, o relevo jurídico do *texto constitucional*, da *realidade constitucional* e dos *valores constitucionais*.

Pois bem, e agora nas palavras de Manuel Afonso Vaz, "à realidade e aos valores constitucionais devem ser reconhecidas funções de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas, acentuando-se o peso a atribuir à realidade constitucional e à cultura constitucional — particularmente nas disposições constitucionais relacionadas com o processo de intervenção dos poderes públicos na vida económica e social — na concretização e actualização das soluções constitucionais cabíveis no preceito constitucional escrito" [(33)]. Com efeito, "ao nível das normas programáticas, ou mesmo «impositivas de legislação», a norma constitucional é, ou deve ser, *aberta*, permitindo a realização das opções da comunidade política e as mutações de sentido histórico-valorativas operadas na realidade constitucional" — preservando ela assim a sua normatividade, ou seja, enquanto *ponto de partida* e *limite* das soluções constitucionais [(34)]. Enfim, o relevo e a incidência da realidade constitucional e dos valores relativamente ao texto manifestam-se não apenas em sede de revisão constitucional, mas também e sobretudo da *actividade interpretativa* [(35)].

Face a este conceito simultaneamente material e normativo de Constituição, extensível ao subconceito de Constituição Económica, perde a sua razão de ser a crítica dirigida a este último por Carlos Ferreira de Almeida: a de revelar tal terminologia "uma concepção estática, dogmática e dedutiva", quando o estudo de temas de direito económico requer "uma projecção dialéctica, indutiva, pragmática e dinâmica da ordem jurídica" — tornando-se qualquer estudo hierarquizado, que "pela sua rígida subordinação à expres-

---

(32) Vieira de Andrade, *ibidem*.
(33) Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 115.
(34) Manuel Afonso Vaz, *ibidem*.
(35) Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 115, nota 2.

são constitucional", se acabe por refugiar em construções «abstractas,"insensível às mutações e exigências da vida concreta" [36].

c) *Posição adoptada (cont.): rejeição da possibilidade de a CE integrar princípios e regras consagradas apenas na lei ordinária*

Finalmente, diga-se também que pelas razões já referidas é de rejeitar, à luz do conceito adoptado de Constituição material, que a CE possa integrar princípios e regras porventura (tidas como) «fundamentais» da ordem jurídico-económica, mas tão só consagrados na lei ordinária (e já não no texto constitucional): com efeito, tal significaria, do mesmo passo, uma negação da força normativa própria do texto constitucional na hierarquia das fontes de direito [37].

Uma coisa é a função de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas que deve ser reconhecida à realidade constitucional e aos valores constitucionais, outra coisa é reconhecer um tal papel ao texto da lei ordinária em si mesma considerada: é esta última que deve ser interpretada e integrada em conformidade com a Constituição, e não o contrário.

Como sublinha Maria Lúcia Amaral, ao juiz que aplica a Constituição está vedado conferir força normativa superior a preceitos infraconstitucionais, ainda que identificáveis como pertencendo à «Constituição Económica material» [38]. A tarefa interpretativa necessária à apreensão da unidade de sentido da parte económica da Constituição só pode levar em conta os preceitos da «Constituição formal», e não preceitos infraconstitucionais, seja qual for a importância destes últimos, pois — continua Maria Lúcia Amaral — "são as leis que têm que ser entendidas de acordo com o que é fixado nos parâmetros constitucionais e não o contrário" [39].

Na verdade, "se o sentido global da chamada «constituição económica» pudesse ser aprendido através da leitura conjunta das normas da Constituição «formal» e das normas da «Constituição material», estar-se-ia a pressupor a existência de uma unidade normativa capaz de englobar, a

---

[36] *Direito Económico*, II Parte, cit., pp. 711-712.

[37] Neste ponto, ver MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar, do legislador*, pp. 524-527, nota 154.

[38] *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, pp. 524-527, nota 154.

[39] *Ibidem*.

um mesmo nível, tanto preceitos de lei constitucional quanto preceitos da lei ordinária"; mas é precisamente isso que está vedado pelo princípio da constitucionalidade e pelo princípio da interpretação conforme à Constituição [40].

O mesmo já não se poderá dizer todavia quanto a outras fontes superiores de direito (outros ordenamentos jurídicos superiores): é o caso da chamada Constituição Económica comunitária, como melhor veremos.

2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA PORTUGUESA

2.1. O princípio democrático [41]

2.1.1. O princípio democrático como princípio também da Constituição Económica

O primeiro grande princípio da Constituição Económica — e não obstante ser ele, antes do mais, um princípio político, consagrado logo no art. 1.º CRP ("*Portugal é uma República soberana,* baseada *na dignidade da pessoa humana e na vontade popular*…") — é o *princípio democrático*, na sua vertente de democracia representativa, ou seja, de respeito pela *regra da maioria* ou *voto maioritário* [42]. E quando o referimos como o primeiro dos princípios da Constituição Económica, não é por acaso: é que desde o início da nova ordem constitucional que ele prima inclusive sobre o *princípio da democracia económica, social e cultural* (a que nos referiremos de seguida) [43]

Não estamos por conseguinte apenas perante uma "regra de funcionamento da democracia política, de um princípio de legitimidade do poder

---

[40] MARIA LÚCIA AMARAL, *ibidem*.

[41] L. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, cit., p. 136-140 (princípio democrático), pp. 254-255 (subprincípio da subordinação do poder económico ao poder político), pp. 221-224 (subprincípio da legalidade) e pp. 191-192 (subprincípio da participação ou democracia participativa).

[42] CARLOS A. MOTA PINTO, *Direito Público da Economia*, cit., pp. 71-72.

[43] Neste ponto, ver CARLOS A. MOTA PINTO, *ob. cit., loc. cit*., JORGE BRAGA DE MACEDO, *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, p. 189-205, e MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, cit., pp. 121-122.

político": muito mais do que isso, como refere ainda Carlos A. Mota Pinto, o princípio democrático "é um princípio de legitimação das soluções constitucionais e legislativas a todos os níveis da vida sócio-económica, e não somente ao nível da actividade política"; a regra da maioria "consiste, pois, na mediação da vontade da maioria em todas as questões as questões de âmbito e importância sócio-económica" (44). Ora, conclui o autor que temos vindo a acompanhar, "como a expressão da vontade da maioria é a lei parlamentar, o respeito por este princípio implica que a lei ordinária surja como o modelo privilegiado de desenvolvimento das directivas constitucionais, nomeadamente das normas programáticas" (45).

Em suma, e continuando a seguir de perto a exposição de Carlos A. Mota Pinto, a intervenção do Estado na economia passa "pela mediação dos representantes da Nação", tirando o Poder Político maioritário "a sua legitimidade do sufrágio universal" — o que, reitere-se, torna a regra da maioria um princípio fundamental *também* da Constituição Económica, pois, como vimos, esta não pode ser vista de forma isolada relativamente ao todo da Constituição: o seu conteúdo "depende do modo de funcionamento (no caso, democrático) do sistema político constitucional" (46).

O princípio democrático, desenvolve ainda Mota Pinto, "traduz-se, no domínio da actividade económica, na determinação da forma de concretização das noções ideológicas recebidas, do processo de realização dos objectivos definidos e do modo de execução das tarefas do Estado, através das indicações do sufrágio" (47). Assim, se é certo que o "legislador ordinário, a Assembleia da República e o Governo, nos termos da sua subordinação ao poder constituinte, têm de respeitar as normas que apontam metas, estabelecem directivas ou definem incumbências ao Estado", também não é menos certo o ser o mesmo legislador quem *decidirá*, "*em cada momento*, *da oportunidade, do grau e da forma da sua realização*"; ou seja, ele "está *vinculado pelos fins e pelos princípios constitucionais, mas escolhe, fundado na sua legitimidade democrática, os meios da sua concretização*" (48).

Tendo a realização da política económica pelos poderes públicos que ser levada a cabo em conformidade com a vontade popular expressa no sufrágio, traduzida na lei, *maxime* na lei formal do Parlamento, estamos

---

(44) Carlos A. Mota Pinto, *Direito Público da Economia*, cit., pp. 98-99.
(45) Carlos A. Mota Pinto, cit., *ibidem*.
(46) L. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 137.
(47) Carlos A. Mota Pinto, *Direito Público da Economia*, cit., pp. 71-72
(48) Carlos A. Mota Pinto, *idem*, pp. 72-73.

perante um princípio de legitimação da intervenção do Estado e não de uma "mera questão de técnica constitucional de repartição das tarefas normativas" (entre o poder executivo e poder legislativo, entre os dois legisladores — Governo e Assembleia da República) — razão pela qual o princípio democrático é um princípio da Constituição Económica Estatutária, e não da Constituição Económica Programática, "pois é um princípio conformador da decisão económica de um agente económico tão importante como é o Estado" (Mota Pinto) [49].

2.1.2. Subprincípios: a subordinação do poder económico ao poder político

Decorre do que se acaba de referir (da supremacia da vontade popular sobre todo o poder económico) — constituindo por isso uma projecção do princípio democrático — o princípio consagrado na al. *a)* do art. 80.º, da subordinação do poder económico ao poder político.

Outras normas da Constituição Económica dão expressão a este princípio, nomeadamente a al. *f)* do art. 81.º, que incumbe o Estado da tarefa de "*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*", e o art. 87.º, quando sujeita a disciplina económica do investimento estrangeiro à defesa da independência nacional.

Note-se que se têm que sujeitar às indicações do sufrágio, não apenas os poderes económicos privados (cujos abusos deverão ser reprimidos, nomeadamente nos domínios laboral, da concorrência e na óptica dos direitos do consumidor), mas também e ainda os poderes económicos públicos: por conseguinte deverão estes subordinar-se igualmente ao que nesta matéria vier a ser ditado pelos legítimos representantes do povo, em execução do Programa de Governo sufragado pelo voto [50] — isto sem prejuízo, claro está, da força normativa dos princípios e fins constitucionais, que funcionarão sempre e de todo o modo como os grandes parâmetros da actuação do Governo e do Parlamento [51].

---

[49] *Op. cit.,* p. 99.

[50] L. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., pp. 224-225.

[51] No preenchimento das normas constitucionais, é por isso limitada a discricionariedade do legislador, devendo este levar em consideração, antes do mais, um conjunto de determinantes heterónimas, positivas e negativas, retiradas do texto constitucional (sobre

2.1.3. Subprincípios (cont.): o princípio da legalidade

Segundo o princípio da legalidade em sede de intervenção dos poderes públicos na actividade económica, as modalidades variadas de intervenção e nacionalização por aqueles empreendidas devem assumir a forma de lei [52].

É ainda o princípio democrático que explica as inúmeras remissões que as normas da Constituição Económica fazem para a lei — e quase sempre lei formal da Assembleia da República: com efeito, esta última constitui a expressão por excelência da vontade da maioria [53]. Segue-se um elenco não exaustivo dessas reservas.

Temos, desde logo, a exigência específica de as restrições aos direitos fundamentais económicos clássicos (liberdade de profissão, liberdade de empresa e direito de propriedade privada) terem que assentar em lei formal da Assembleia da República (cfr. art. 47.º, n.º 1, 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2 — normas que vêm reiterar quanto a estes direitos especiais o disposto no art. 18.º e na al. *b)* do art. 165.º para todos os direitos, liberdades e garantias).

No que respeita ao direito de propriedade, também o art. 83.º repete a exigência do art. 62.º, n.º 2, no que concerne, especificamente, aos meios e formas de intervenção e apropriação pública dos meios de produção: estas últimas, assim como os critérios da correspondente indemnização, devem assumir a forma de lei da AR (cfr. al. *l)* do n.º 1 do art. 165.º); suscita-se todavia neste caso a questão de se saber se cada intervenção ou apropriação requer uma específica intervenção legislativa parlamentar, ou se basta a pré-existência de um regime legal genérico aprovado pela AR (podendo nesta hipótese as referidas intervenção ou apropriação assumir a forma de decreto-lei, ou mesmo de acto próprio do poder executivo).

Também a definição de sectores básicos da economia vedados à iniciativa privada está reservada à lei (art. 86.º, n.º 2), que é lei formal da AR (al. *j)* do n.º 1 do art. 165.º). O mesmo se diga quanto à intervenção na gestão das empresas privadas (arts. 83.º e 86.º, n.º 2), apenas possível nos casos expressamente previstos em lei da AR (cfr. al. *l)* do n.º 1 do art. 165.º), e ao regime específico de benefícios fiscais e financeiros e outras condições privilegiadas a atribuir às cooperativas e em geral ao

---

o tema, ver por todos J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, especialmente pp. 401 e segs.).

[52] Carlos A. Mota Pinto, *Direito Público da Economia*, cit., p. 103.

[53] Carlos A. Mota Pinto, p. 71 (nota 1), e p. 99.

regime dos meios de produção integrados no sector cooperativo e social de propriedade (art. 85.º e al. *x)* do n.º 1 do art. 165.º), assim como às bases gerais do regime das empresas públicas (al. *c)* do art. 80.º — iniciativa económica pública — e al. *u)* do n.º 1 do art. 165.º). O regime dos planos de desenvolvimento económico e social (arts. 90.º e 91.º) é ainda objecto de reserva de lei da AR (al. *m)* do n.º 1 do art. 165.º), tal como as bases da política agrícola (arts. 89.º, 93.º a 98.º e al. *n)* do n.º 1 do art. 165.º).

Já a disciplina do investimento estrangeiro (art. 87.º) e a organização e funcionamento do Conselho Económico e Social, assim como as demais funções não previstas na Constituição e o estatuto dos seus membros (art. 92.º, n.os 1 e 3) requerem apenas um acto legislativo, que tanto poderá ser um decreto-lei como uma lei formal da AR (o mesmo não acontecendo porém com a composição desta instância de concertação, que tem que ser determinada por lei da AR — cfr. art. 92.º, n.º 2, e parte final da al. *m)* do n.º 1 do art. 165.º)

Repita-se, estas remissões não se limitam a proceder a uma repartição de poderes (entre poder executivo e legislativo, ou entre «legisladores» — AR e Governo): mais do que isso, elas traduzem um princípio de legitimação reforçada da intervenção dos poderes públicos sempre que estes intervêm na propriedade dos meios de produção e solos e, de um modo geral, nas actividades económicas.

2.1.4. Subprincípios (cont.): o princípio da participação (democracia participativa)

O art. 2.º da Constituição, *in fine*, integra nos elementos definidores da República Portuguesa enquanto «Estado de direito democrático» os objectivos da "*realização da democracia económica, social e cultural e aprofundamento da democracia participativa*". Também o último dos princípios elencados no art. 80.º é o da "*participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas*".

Este princípio da participação concretiza-se logo no próprio texto fundamental (art. 92.º) com a previsão de um Conselho Económico e Social, "*órgão de consulta e concertação no domínio das políticas económica e social*" que "*participa na elaboração das propostas das grandes opções de desenvolvimento económico e social*", e de que farão parte "*representantes do Governo, das organizações representativas dos traba-*

lhadores, das actividades económicas e das famílias, das regiões autónomas e das autarquias locais". Também os arts. 89.º e 98.º consagram, específica e respectivamente, a participação dos trabalhadores na gestão das empresas públicas e dos trabalhadores rurais e dos agricultores na definição da política agrícola.

Como é sabido, a democracia participativa complementa a democracia representativa, suprindo a tendência dos sistemas parlamentares para o excessivo distanciamento entre governantes a governados. A participação dos administrados na organização e procedimento da administração procura assim corrigir esta deficiência das democracias modernas, assumindo uma especial importância na específica vertente da legitimação decisória da intervenção dos poderes públicos na economia.

Resumindo e concluindo, o princípio democrático constitui um princípio também da Constituição Económica, não apenas na sua vertente de democracia representativa (de regra da maioria), mas também e ainda, complementarmente, na sua vertente de democracia participativa (de participação dos governados na organização e procedimento da Administração Económica) [54].

2.2. O princípio da efectividade da democracia económica, social e cultural [55]

2.2.1. O Princípio do Estado Social de Direito: *democracia económica* (social e cultural) e *democracia política*

Diferentemente de outros textos fundamentais, como a Lei Fundamental de Bona ou a Constituição Francesa, que apenas consagram uma genérica «cláusula de Estado Social», a Constituição portuguesa de 1976 desdobra a dita cláusula numa extensa e detalhada lista de direitos (e deveres) fundamentais «económicos, sociais e culturais»: direito ao trabalho (arts. 58.º e 59.º), direito à protecção na doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade e desemprego (art. 63.º — «Segurança Social e Solidariedade»), direito à saúde (art. 64.º), direito à habitação (art. 65.º), direito à educação e ao ensino (arts. 73.º e 74.º), etc., etc.

---

[54] Sobre este princípio, ver por todos MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, cit., pp. 132-134.

[55] L. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, cit., pp. 171-191.

Em consonância com a consagração destes direitos, o art. 2.º define o Estado português, enquanto «Estado de direito democrático», pelo objectivo que lhe preside de "*realização da democracia económica, social e cultural*"; também o art. 9.º encarrega o Estado das tarefas de promover "*a igualdade real entre os portugueses, bem com a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas, sociais e culturais*"; e o art. 81.º assinala por sua vez ao mesmo Estado, de entre um amplo leque de «incumbências prioritárias» (de fins e tarefas), a missão de cuidar "*em especial das (pessoas) mais desfavorecidas*" (al. *a)*) e de "*promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da politica fiscal*" (al. *b)*).

De igual modo o constitucionalmente favorecido sector cooperativo e social "constitui, nesta perspectiva, um domínio privilegiado para, cumprindo o objectivo plasmado no art. 2.º, assegurar, na organização e na gestão dos meios de produção, a reaização da democracia económica e social" [(56)].

Todos estes preceitos consagram *o princípio do Estado Social* como princípio estruturante do Estado Português: nas palavras de Gomes Canotilho & Vital Moreira, "entre nós o Estado Social é ainda uma *expressão da compreensão democrática da CRP* (a *democracia social* como componente da democracia, ao lado da *democracia política*). É no fundo uma extensão do Estado de direito democrático à organização económica, social e cultural e em particular ao mundo do trabalho".

Enfim, a Constituição Económica comunitária também acentua este paradigma (com especial ênfase após as alterações introduzidas aos tratados institutivos): no n.º 3 do art. 3.º do Tratado da União Europeia [(57)], logo a seguir à reafirmação do objectivo da União de estabelecimento de um mercado interno, proclama-se hoje que o empenho dela (União) no "*desenvolvimento sustentável da Europa*" assenta "*numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente*". Por sua vez, prescreve o art. 9.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia que "*na definição e execução das*

[(56)] Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, p. 49.

[(57)] Versão consolidada do Tratado de Lisboa.

suas políticas e acções, a União tem em conta as exigências relacionadas com a promoção de um elevado nível de emprego, a garantia de uma protecção social adequada, a luta contra a exclusão social e um elevado nível de educação, formação e protecção da saúde humana" [58].

2.2.2. O Princípio do Estado Social de Direito (cont.): *igualdade real* e *igualdade formal*

Tal como o Estado de Direito e a democracia representativa assentavam (e assentam) na igualdade formal (igualdade perante a lei e igualdade em termos de direitos de participação política, por contraposição ao sistema de privilégios de nascimento e de «estado» que caracterizavam o Antigo Regime), a democracia económica e social assenta por seu turno na igualdade real (ou material).

Com efeito, desde cedo se constataram as manifestas insuficiência e inutilidade da igualdade formal face à diversidade de condições objectivas e à desigualdade de oportunidades evidenciadas no cenário de intervenção mínima do Estado na sociedade e na economia que caracterizou o período liberal. Proclamar a igualdade de direitos e deveres — ao jeito do art. 13.º CRP, quando garante que "*todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*" — tornou-se por isso insuficiente por nem todos os cidadãos possuírem "os mesmos meios e condições para exercer esses direitos ou para suportar esses deveres", impondo-se a consideração de "uma outra dimensão da igualdade, a igualdade material ou substancial" (Manuel Afonso Vaz) [59].

Ora, a igualdade real ou material constitui um objectivo fixado ao Estado que passa pela realização de uma função redistributiva através do sistema tributário (cfr. art. 104.º CRP [60]), devendo as receitas dos impostos ser primacialmente dedicadas à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais; na verdade, "prestar a cada cidadão um mínimo de educação e ensino, de segurança social, de condições de habitação e de sanidade é a forma mais segura de corrigir desigualdades e possibilitar a igualdade de oportunidades" [61].

---

[58] Versão consolidada do Tratado de Lisboa.

[59] *Direito Económico*, cit., pp. 130.

[60] Nos termos do n.º 1, "*o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo...*"; e por sua vez, reza o n.º 3 que "*a tributação do património deve contribuir par a igualdade entre os cidadãos*".

[61] Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., pp. 131.

Note-se que a possibilidade aberta pelo princípio da igualdade real, de "conferir um tratamento preferencial a grupos sociais mais desfavorecidos ou a sectores ou regiões mais deprimidas" não contraria o princípio da igualdade na sua dimensão formal: é que "o princípio da igualdade não proíbe toda a diferença de tratamento", só sendo violado "se o tratamento desigual for desproporcionado à desigualdade material que o justifica" (Manuel Afonso Vaz) [(62)].

2.2.3. Problemática jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais enquanto pretensões a prestações

A enunciação dos direitos económicos, sociais e culturais "*não pode ser entendida como significando a consagração de meras directivas programáticas* não vinculativas e muito menos como tratando-se de votos piedosos (Carlos A. Mota Pinto). Trata-se de direitos dos cidadãos juridicamente tutelados; simplesmente, conclui o autor, "estamos perante aquilo que poderemos considerar *obrigações de meio e não de resultado*".

Quer isto dizer que tais direitos se traduzem em meros mandatos constitucionais sujeitos à reserva do possível. Mas mesmo no que respeita aos mandatos constitucionais pode-se ainda extrair uma componente jurídico-subjectiva a partir da respectiva vinculação jurídica efectiva.

A maioria dos direitos integrados no Título III da Parte I da Constituição (arts. 58.º a 79.º) são estruturalmente direitos a determinadas formas de actividade estadual, e já não (como o grosso dos consagrados no Titulo II — «Direitos, Liberdades e Garantias») direitos à não intromissão do Estado em determinadas esferas de liberdade ou autonomia individual; trata-se por conseguinte de direitos *a*, e já não de direitos *de*.

No ponto da situação que faz sobre a matéria, começa Böckenförde por sublinhar que as pretensões a prestações configuradas *ab initio* nestes direitos fundamentais apresentam um tal nível de generalidade "que exigiriam primeiramente uma actividade do legislador antes que daí pudessem resultar pretensões jurídicas exigíveis judicialmente" [(63)]. Ora, e como nota o autor, os ditos direitos "não contêm em si mesmos nenhuma pauta para a amplitude da sua garantia" — não dispondo de qualquer critério para o

---

[(62)] *Ibidem*.

[(63)] Ernst-Wolfgang Bockenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales* (tradução de J. L. Requeijo Pagés e I. Villaverde Ménendez), Baden-Baden, 1993, p. 79.

estabelecimento de prioridades "entre as pretensões de prestação dos diferentes direitos fundamentais" e não indicando "que parte dos recursos financeiros estaduais devem manter-se à sua disposição" (64).

De todo o modo, continua Böckenförde, ainda que, em virtude da sua qualidade de direitos fundamentais, se aceitasse a conversão da realização de tais prestações numa questão jurídica, então, por um lado, a "impossibilidade económica" converter-se-ia "num *limite à garantia* dos direitos fundamentais"; e, por outro lado, "as decisões de prioridade acerca do emprego e distribuição de meios financeiros estaduais" passariam por sua vez a ser "uma questão de *realização* dos direitos fundamentais e de *concorrência* de direitos fundamentais" — assim como a "determinação da dimensão das pretensões de prestação dos direitos fundamentais" se tornaria numa "questão de prévia *interpretação* dos direitos fundamentais" (sublinhados nossos) (65).

Ora — alerta por seu turno Robert Alexy — tendo em atenção os consideráveis custos financeiros que o Estado se vincularia a suportar, "a existência de direitos fundamentais sociais amplos que pudessem ser judicialmente impostos" levaria a uma determinação "da política de finanças públicas, em partes essenciais, pelo direito constitucional"; pois bem, assim sendo, "a política de finanças públicas ficaria, em boa medida, nas mãos do Tribunal Constitucional, o que contradiria a Constituição" (66). A política transformar-se-ia então "em execução judicialmente controlada da Constituição", com a "substituição do ordenamento constitucional democrático e baseado no princípio do Estado de Direito por um Estado judicial e dos juízes" (Böckenförde) — resultado que obviamente ninguém deseja (67).

Sobretudo por estas razões, assevera Böckenförde, não podem deixar de se reduzir as pretensões sociais de prestação a "mandatos jurídico-objectivos dirigidos ao legislador e à Administração", por serem elas, na certeira expressão de Peter Häberle, estruturalmente, "direitos fundamentais-medida" (68).

Mas — ressalva ainda Böckenförde — de modo algum significa isto que se devam ficar tais mandatos normativamente pela condição de "simples proposições programáticas políticas e não vinculantes" (69).

---

(64) *Ibidem*.
(65) *Ibidem*.
(66) *Teoria*..., cit., p. 491.
(67) *Ibidem*.
(68) Böckenförde, *Escritos*..., cit., p. 80.
(69) *Ibidem*.

Na verdade, se como mandatos constitucionais que são, as respectivas "via, dimensão e modalidades de realização" ficam dependentes do "juízo político do órgão actuante", nem por isso deixam eles de ser juridicamente vinculantes nos três seguintes aspectos: (I) "o fim ou programa como tal subtrai-se à noutro caso existente liberdade de fins ou de objectivos dos órgãos políticos, sendo-lhes apresentado como algo que os vincula"; (II) é inadmissível a inactividade e a desatenção evidente e grosseira do fim ou do programa por parte dos órgãos do Estado"; (III) "as regulações e as medidas tendentes à prossecução do fim, uma vez estabelecidas, mantém-se constitucionalmente, de forma que a via da realização do mandato nelas descrita está protegida frente a uma supressão definitiva ou frente a uma redução que ultrapasse os limites até ao ponto da desatenção grosseira" [(70)].

Ora, conclui Böckenförde, "até onde chegar esta vinculação jurídica efectiva, pode-se extrair também dos mandatos constitucionais uma componente jurídico-subjectiva", sem com isso "pôr em perigo a estrutura constitucional democrática e baseada no princípio do Estado de direito" — apresentando-se esta vertente jurídico-subjectiva "sob a forma de pretensões de defesa dos particulares afectados frente a uma inactividade, uma desatenção grosseira ou uma supressão definitiva das medidas adoptadas em execução do mandato constitucional" [(71)]. Tais pretensões aparentam-se, ainda segundo o autor, "com as pretensões de defesa frente à discricionariedade", pois tal como elas não se dirigem "a um determinado fazer positivo, mas a uma defesa frente a violações dos limites e vinculações traçados ao campo de jogo político dos órgãos estaduais pelos mandatos constitucionais" [(72)].

No que respeita à supressão das medidas adoptadas em execução do mandato constitucional, as pretensões de defesa dos titulares destes direitos implicam inclusive, segundo a mais autorizada doutrina constitucional, a chamada proibição do *retrocesso social*, com subtracção à livre disposição do legislador da eliminação ou substancial diminuição de direitos adquiridos, "em violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural", como o "direito de subsídio de desemprego, direito a prestações de saúde, direito a férias pagas, direito ao ensino, etc." (Gomes Canotilho & Vital Moreira).

---

(70) Böckenförde, *Escritos…*, cit., pp. 80-81.
(71) Böckenförde, *Escritos…*, cit., p. 81.
(72) Böckenförde, *idem*.

Em suma, e parafraseando agora de novo Mota Pinto, o Estado nunca está num momento histórico concreto obrigado à satisfação integral correspondente destes direitos, a garantir o resultado (*v. g.* o caso do direito à habitação — "apesar de consagrado pela Constituição, o Estado não garante uma casa para cada português"); mas isso não o dispensa de "aplicar a diligência, a competência e o interesse adequados à satisfação dessas necessidades". Isto porque a realização daqueles direitos, na medida em que em maior ou menor medida se traduz sempre "em prestações que representam elevadas despesas por parte do Estado", depende da "acumulação dos recursos da sociedade num momento concreto, recursos esses que por definição são escassos" (princípio da reserva do possível).

2.3. O princípio da relevância dos direitos económicos fundamentais clássicos; remissão

Como já acima se sublinhou, os direitos fundamentais económicos clássicos — nomeadamente as liberdades de profissão e de empresa e o direito de propriedade privada (na sua modalidade, quanto ao objecto, de «propriedade de meios de produção») — apresentam uma importância fundamental para o objecto do nosso estudo: com efeito, estes direitos com numerosas e fortes incidências administrativas (sobretudo no domínio da administração regulatória) devem ser estudados do ponto de vista da respectiva resistência a possíveis restrições trazidas por normas legais e regulamentares de direito administrativo económico

Tais direitos fundamentais constituem por isso, mais do que um ponto de partida para o estudo do ordenamento administrativo económico, o omnipresente referencial de todas as matérias abordadas. Eles são «o outro prato da balança», se tivermos presente que o ordenamento jusadministrativo económico é sobretudo a expressão jurídica do equilíbrio entre a intervenção dos poderes públicos na vida económica e a liberdade económica, o mesmo é dizer, as garantias fundamentais das pessoas face a essa intervenção.

A economia do presente trabalho não nos permite sequer uma abordagem sintética a tão importantes direitos, razão pela qual nos limitamos a remeter, em nota de rodapé, para outros trabalhos nossos e demais bibliografia aconselhável [(73)].

[(73)] Sobre as liberdades de profissão e de empresa, ver J. Pacheco de Amorim, *A liberdade de profissão*, in «Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da

2.4. O princípio da coexistência das iniciativas económicas privada e pública e dos sectores de propriedade dos meios de produção

2.4.1. Noções gerais

a) *A coexistência de iniciativas económicas e sectores de propriedade públicos e privados na Constituição Económica portuguesa*

Nos termos do n.º 1 do art. 61.º CRP, "*a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*". Este preceito consagra um genérico direito de livre iniciativa económica privada (ou não pública) de que as restantes "iniciativas" previstas nos n.os 2 a 5 do mesmo artigo (iniciativa cooperativa e iniciativa autogestionária) constituem formas particulares de exercício que são objecto de específicas previsão e protecção [74] [75].

Faculdade de Direito da Universidade do Porto», Coimbra Editora, 2001, pág. 595-782, e *A liberdade de empresa*, in «Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier», vol. II (Vária), Coimbra Editora, 2007. Sobre o direito de propriedade privada, ver MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Coimbra, 2007, em especial pp. 903 e segs. Relativamente a estes três direitos subjectivos públicos fundamentais, ver ainda as anotações aos arts. 47.º, 61.º e 62.º CRP nas três «Constituições anotadas» abundantemente citadas neste trabalho.

[74] Na verdade, (1) os *sujeitos* activos das iniciativas previstas nos n.os 2 a 5 são todos eles *privados* (inclusive os trabalhadores a quem cabe em exclusivo o direito conferido pelo n.º 5), (2) o sujeito passivo é sempre o Estado e (3) o respectivo âmbito é sempre o da *empresa* (pese embora a circunscrição do direito de livre iniciativa autogestionária à *gestão* da empresa, e não também à sua *criação*). Entendemos aqui a *empresa*, por conseguinte, como «unidade económica e social» que extravasa a forma societária, e portanto como resultado também do exercício das iniciativas cooperativa e autogestionária; por outras palavras, a forma associativa e a gestão democrática de uma empresa não desvirtuam a sua natureza de empresa.

Não obstam a tal simplificação a diversidade dos regimes consignados no art. 61.º CRP — designadamente (1) a impossibilidade de restrição legal na criação de cooperativas, (2) no extremo oposto a sujeição "em pleno" da iniciativa autogestionária a uma reserva de lei conformadora (lei essa ainda hoje inexistente), e — num grau intermédio — (3) a outorga ao legislador de algum poder de conformação quanto às demais formas de iniciativa económica privada reconduzíveis ao n.º 1 do citado art. 61.º CRP

[75] Assim, quando a Constituição prevê no seu art. 86.3 a possibilidade de delimitação de sectores básicos vedados "*às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza*", deve-se entender por entidades da "mesma natureza" todas as que tenham também natureza privada. São assim abrangidas por esta última expressão todas as demais

Mas para além da garantia da livre iniciativa económica privada estabelecida no art. 61.º CRP, temos consagrado nas als. *c)* e *b)* do art. 81.º um princípio de, respectivamente, "*liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista*" e "*coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção*" — reforçando o n.º 1 do art. 82.º («Sectores de propriedade dos meios de produção») esta última garantia: "*é garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção*".

Está também acautelada, por conseguinte (e ainda que dentro de determinados parâmetros, como melhor veremos de seguida) uma «liberdade» de *iniciativa económica pública* no âmbito de uma «economia mista» (ou seja, de uma economia onde concorrem operadores — prestadores de bens e serviços — quer privados, quer públicos).

A nossa lei fundamental protege pois iniciativas no campo económico de duas distintas e contrapostas naturezas: a iniciativa privada e iniciativa pública — iniciativas estas que dão origem, respectivamente, às empresas privadas e às empresas públicas. E consagra a existência de três sectores de propriedade dos meios de produção (privado, cooperativo e social e público) — sendo que, genericamente, enquanto nos sectores *privado* e *cooperativo e social* operam *empresas privadas* (resultantes da iniciativa económica privada), no sector público operam apenas *empresas públicas* (resultantes da iniciativa económica pública) [(76)].

Note-se, ainda, que a «liberdade» de iniciativa económica pública no âmbito de uma «economia mista» nem sempre se terá que processar numa situação de concorrência (real ou potencial) entre operadores públicos e privados. Com efeito, mais de que uma «liberdade» de iniciativa económica pública, poderemos ter em sectores qualificáveis como «básicos» situações de monopólio ou reserva legal de iniciativa económica pública (ou de empresa pública): é o que prevê o n.º 3 do art. 86.º CRP, segundo

---

entidades *privadas* ou *não públicas*, incluindo as cooperativas — pois, no respeitante à *summa divisio* entre entidades públicas e privadas, não há *tertium genus*…

(76) Não há por isso uma geométrica correspondência entre "iniciativa privada" e "sector privado dos meios de produção", e entre "iniciativa cooperativa e social" e "sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção" (art. 82.º CRP) — até porque, se assim não fosse, ficariam fora do âmbito de protecção do art. 61.º CRP a fundação e desenvolvimento das organizações previstas na novel al. *d)* do art. 82 CRP (cujo carácter empresarial não deverá ser liminarmente excluído pelo facto de não terem fim lucrativo).

o qual "*a lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza*". O mesmo é dizer que dentro de cada um destes sectores de actividade legalmente vedados à iniciativa económica privada já não haverá lugar a uma coexistência de distintas formas de propriedade de meios de produção (coexistência de empresas públicas e privadas).

b) *A coexistência de iniciativas económicas e sectores de propriedade públicos e privados na Constituição Económica comunitária*

No plano da Constituição Económica comunitária — a qual, enquanto parte integrante do Direito da União Europeia, recorde-se, prevalece sobre todo o nosso direito interno, inclusive o direito constitucional — não há, em princípio, uma imposição relativamente aos regimes de iniciativa económica e de propriedade, nomeadamente a favor da iniciativa e da propriedade privadas: nos termos do art. 345.º do TFUE, "*os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade dos Estados-membros*".

Todavia, e como sublinha Luís S. Cabral de Moncada, esta neutralidade é mais aparente do que real: é que, e como decorre do regime europeu da protecção da concorrência entre as empresas (cfr. arts. 101.º a 109.º do TFUE), do princípio da igualdade de trato entre as empresas públicas e as privadas (art. 106.º), do princípio da proibição das ajudas de Estado (arts. 107.º a 109.º) e da imposição de adaptação dos monopólios públicos de natureza comercial à liberdade de circulação de mercadorias (art. 37.º), "o modelo económico europeu é de uma economia de mercado aberto sendo a livre concorrência e o mercado os princípios ordenadores da decisão económica" que acentua os princípios gerais constantes da Constituição Económica interna [(77)].

c) *Conclusão*

Face ao que se acaba de expor, torna-se inadequada, na nossa opinião, tendo em conta actual redacção quer dos tratados comunitários, quer do texto constitucional, e atendendo ao princípio geral da subsidiariedade do Estado decorrente do todo da Constituição, a ideia de que

---

[(77)] *Direito Económico*, cit., pp. 296-297.

quer a própria Constituição Económica comunitária, quer o nosso texto fundamental assumiriam uma posição rigorosamente «neutral» ou «neutralista» — como sustenta relativamente a este último Manuel Afonso Vaz [(78)], admitindo uma iniciativa económica pública equiparável, nos seus fundamentos e limites, ao exercício do direito de livre iniciativa económica privada.

Assim, podendo o sector público "estender-se para além dos limites dos sectores básicos" [(79)], está todavia excluída a hipótese de um governo de índole socialista tornar a economia maioritária ou predominantemente pública [(80)].

2.4.2. A («livre») iniciativa económica pública

a) *Noções gerais*

Tentaremos proceder nas alíneas que se seguem a um breve enquadramento constitucional desta matéria.

Já referimos, no ponto anterior, e numa primeira aproximação à problemática, ora em análise, que a iniciativa económica pública, num sentido muito amplo, se poderia traduzir, quer na criação ou aquisição de uma empresa, quer numa nacionalização.

Mas importa agora delimitar, com mais precisão, o conceito de (livre) iniciativa económica pública.

Comece-se por se dizer que a iniciativa económica pública é um *poder* ou uma *competência* atribuída pela Constituição e pela lei ao

---

(78) *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, org. JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, Coimbra, 2006, pp. 12-13. Veja-se, contundo, na mesma obra colectiva, e no sentido de uma "resposta matizada" a esta questão, o extenso e profundo comentário ao art. 82.º de RUI MEDEIROS, que em geral subscrevemos (*ob. cit.,* pp. 22-54).

(79) JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., p. 35.

(80) Neste sentido, ver também PAULO OTERO & RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. II, Coimbra, 2008, pp. 58-59, nota 109, e, sobretudo, JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS: nas palavra destes últimos autores, "não é possível radicalizar uma ideia de *neutralidade da* Constituição": esta "se, por um lado, impõe o princípio da coexistência e aponta para a intervenção do Estado na vida económica, consagra, por outro lado, diversos limites constitucionais à iniciativa económica pública, impedindo assim uma correlação arbitrária ou aleatória dos três sectores de propriedade" (*Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., p. 33).

Estado e a outros entes públicos — e não um direito subjectivo reconduzível aos direitos fundamentais económicos clássicos (aos direitos de livre profissão, de livre empresa ou de propriedade privada). A «liberdade» de iniciativa económica pública será sempre um poder discricionário de entidades públicas, ou seja, uma «liberdade juridicamente determinada», um dever-função que não comporta uma liberdade de fins [(81)] — e não um direito-liberdade, um espaço de verdadeira liberdade ou autodeterminação garantido ao seu titular pela Constituição [(82)].

Para além disso, também não pode ser identificada com a (livre) iniciativa económica pública a mera empresarialização de um serviço público que perdure como actividade materialmente pública, como actividade por cuja execução o Estado (ou outro ente público) continue a ser responsável nos termos de lei (em regime de monopólio ou não). A ideia de (livre) iniciativa económica pública implica pois a prossecução de uma actividade de mercado, em que a empresa pública opere num contexto potencialmente concorrencial (de concorrência com empresas privadas) [(83)].

b) *Os limites à «livre» iniciativa económica pública: a presença justificativa de um interesse público específico ou secundário*

Falámos acima na «liberdade de iniciativa e de organização empresarial» do Estado e de outros entes públicos (art. 80.º, al. *c),* CRP) como uma «liberdade juridicamente determinada». Propomo-nos agora identificar e analisar os possíveis (e genéricos) limites jurídicos decorrentes da lei fundamental à criação de empresas de iniciativa pública, independentemente do âmbito (estadual, regional ou municipal) ou da forma jurídico-organizatória adoptada.

---

(81) Cfr. Alberto Alonso Ureba, *La empresa pública*, cit., p. 138.

(82) É este o objecto da protecção de qualquer verdadeiro direito fundamental negativo ou de liberdade. Por isso mesmo os direitos fundamentais só podem estar em regra na titularidade de entidades privadas: os entes públicos não são por regra seus titulares, estando-lhes, ao invés — e por definição — *sujeitos*, mesmo quando desenvolvam a sua actividade ao abrigo do direito privado.

(83) Neste sentido ver Alberto Alonso Ureba, *La empresa publica*, cit., pp. 133 e 142-143; e entre nós Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007, p.…

Diga-se, antes do mais, que essa iniciativa competirá apenas ao Estado, às Regiões Autónomas e ainda às autarquias locais, no caso destas últimas desde que se trate da "*prossecução de interesses próprios das populações respectivas*" (n.º 2 do art. 235.º CRP).

Mas para além desta primeira limitação competencial que com facilidade se extrai do texto constitucional, impõe-se a constatação na matéria em causa de que não prescreve a letra da Constituição explicitamente qualquer restrição à iniciativa económica pública. Diferentemente, o texto constitucional dispensa-lhe mesmo um tratamento de favor (veja-se, sobretudo, as als. *b)*, *c)* e *d)* do art. 80.º e al. *i)* do art. 81.º CRP). Ora, sobretudo à luz de uma interpretação histórica, poderíamos ser por isso levados a crer numa perfeita paridade, face à nossa lei fundamental, entre iniciativa económica privada e iniciativa económica pública; ou seja, que estaria superado o princípio da subsidiariedade da intervenção directa dos poderes públicos na actividade económica consagrado apesar de tudo na Constituição anterior.

E, todavia, é evidente que este poder de iniciativa económica pública, como qualquer poder público (mesmo discricionário), não pode desconhecer outros limites implícitos decorrentes do todo do texto constitucional.

Pois bem, como já acima se aludiu, sempre constituirá um limite directamente decorrente da Constituição quer à criação de empresas públicas (ou à aquisição de empresas já existente) pelos poderes públicos, quer à nacionalização de empresas privadas — mesmo de empresas destinadas a actuar num contexto de mercado, em ambiente concorrencial — a presença justificativa de um *interesse público* específico ou secundário que não apenas o da mera angariação de receitas.

Na verdade, o Estado e os demais entes territoriais não são titulares de um verdadeiro direito fundamental de livre iniciativa económica, em ordem à mera prossecução de um fim lucrativo (ou seja, em ordem à obtenção de meios e recursos para a administração): é que de outra forma subsistiria o perigo de o poder público acabar "por ocupar um espaço de liberdade reservado ao cidadão" (Rolf Stober) [84]. Tais entes não podem hoje "prosseguir interesses privados mediante uma actividade empresarial à custa do agravamento da economia privada" [85]. E isso sempre se dedu-

---

[84] *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1992, trad. Santiago González-Varas Ibáñez, pag. 169.

[85] ROLF STOBER, *idem*.

ziria, quanto mais não fosse, da existência da Constituição fiscal: na verdade, se a lei fundamental "concedeu ao poder público a faculdade soberana de criar impostos e taxas", é porque o constituinte partiu do princípio que o Estado e os demais entes públicos congéneres "estavam cingidos a esse direito porque nenhuma outra possibilidade teriam para obter receitas" [(86)]. Razão pela qual também, por seu turno, não se concede aos particulares essa prerrogativa: "porque estes devem obter lucros da sua actividade empresarial ou profissional" [(87)].

c) *Os limites à «livre» iniciativa económica pública (cont.): interesse público, princípio da proporcionalidade e princípio da subsidiariedade do Estado*

Mas importa relevar no ordenamento os pertinentes princípios jurídicos que nos possam fornecer critérios mais precisos para a necessária delimitação da iniciativa económica pública.

Como bem explica Romero Hernandez, a capacidade de auto-organização da administração, na medida em que supõe uma margem de discricionariedade, designadamente na escolha dos meios (no caso, da escolha entre os normais instrumentos juspublicísticos de actuação, e os instrumentos privatísticos, através da criação de entidades submetidas ao direito privado), não deixa de estar ainda e sempre teleologicamente vinculada, em concreto ao *interesse público* que lhe cumpre prosseguir — naturalmente sem prejuízo da consideração de que a eficácia faz parte desse interesse [(88)].

É que, e não obstante os princípios da Constituição Económica ora objecto da nossa análise, nem todos os interesses gerais estão confiados à Administração: pelo contrário, no Estado Liberal-Social, assente numa economia de mercado (adoptando a fórmula comunitária, numa economia de *mercado aberto* e *livre concorrência*), a satisfação das necessidades ou interesses colectivos económicos que não hajam sido publicizados pela lei (ainda que sejam publicizáveis) está confiada em regra à iniciativa privada — devendo os poderes públicos, em não existindo uma particular justificação, evitar interferir directamente no mercado (através designadamente

---

[(86)] *Ibidem*.

[(87)] *Ibidem*. No mesmo sentido, ver também JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., pp. 29-30.

[(88)] *Las empresas municipales de promoción de iniciativas empresariales*, *in* «Administración Instrumental», vol. II, Madrid, 1994, p. 1348.

do desenvolvimento de actividades industriais e comerciais submetidas ao direito privado e em concorrência com os agentes privados).

Ora, assim sendo, "o fim (o interesse público) só justifica os meios (a criação de empresas desta natureza) quando a estes presida o *princípio da proporcionalidade*. O interesse público determina-se aqui como conceito, quando existe uma congruência tal (…) que a afectação de recursos e a programação conducente à criação de uma empresa desta natureza seja claramente pedida por uma situação que a faça proporcionada e congruente. Mais do que nunca, aqui a decisão administrativa deve ser precedida da adequada motivação (…)" [(89)].

Por consequência, e agora nas palavras de Paulo Otero, "a intervenção empresarial do Estado deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, envolvendo uma ponderação concreta entre as reais ou previsíveis vantagens para o interesse público decorrentes de uma tal forma directa de intervenção (…) segundo critérios de aptidão ou adequação" [(90)].

Naturalmente, e como melhor veremos adiante, esta convocação do princípio da proporcionalidade pressupõe a consagração no texto constitucional de um modelo de economia de mercado (ainda que de economia *social* de mercado), o mesmo é dizer que subentende a primazia dos privados na actividade de produção e distribuição de bens e serviços como valor constitucional — e por conseguinte a pré-existência de um *princípio de subsidiariedade* da intervenção directa dos poderes públicos na economia.

Não obstante inexistir uma possibilidade de reserva de empresa privada, não prevendo a Constituição a delimitação (ou a possibilidade legal de delimitação) de âmbitos subtraídos à actividade empresarial do Estado, nem por isso se deixará de partir do princípio de que qualquer iniciativa económica pública se traduz por regra numa restrição a uma iniciativa económica privada e cooperativa genericamente tutelada pelo art. 61.º CRP enquanto direito, liberdade e garantia de natureza análoga (e objecto de apoio e estímulo por parte do Estado — cfr. arts. 85.º e 86.º) [(91)]; isto na medida em que, mesmo num contexto (obrigatoriamente) concorrencial ou igualitário [(92)], a primeira ocupará um espaço que está em princípio des-

---

[(89)] F. Romero Hernández, *Las empresas…,* cit., p. 1351.

[(90)] Paulo Otero, *Vinculação…,* cit., pp. 205-206.

[(91)] Cfr. Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., pp. 29-30.

[(92)] Como veremos, trata-se de um outro limite à iniciativa económica pública em sentido estrito (à actividade empresarial desenvolvida pelos poderes fora do âmbito dos

tinado à segunda pela Constituição — carecendo por isso os poderes públicos de justificar a necessidade e adequação de tal afectação de recursos públicos à luz do interesse público justificativo da intervenção.

Entre nós, assinala também Paulo Otero como limites genéricos ao intervencionismo público, a subordinação da respectiva habilitação ao interesse público — representando este interesse "o fundamento, o limite e o critério da actuação económica pública e, consequentemente, da iniciativa económica pública" e o "princípio (implícito) da subsidiariedade do Estado, enquanto manifestação directa do respeito pela dignidade da pessoa humana", especialmente "pela subordinação da intervenção directa do Estado a uma regra de necessidade" (93).

Sublinhe-se, por fim, que os limites à iniciativa económica pública que se acaba de enunciar valem quer para os casos de criação ou aquisição pela via contratual de empresas já existentes, quer, por maioria de razão, para os casos de nacionalização de empresas privadas. Não assiste por isso a nosso ver razão a Luís S. Cabral de Moncada, na sua afirmação de que "não há limites de fundo à apropriação pública dos meios de produção" referida no art. 83.º CRP, e que decorre da posição de base defendida pelo mesmo autor que aqui genericamente refutamos, de inexistência de limites ao princípio da «livre» iniciativa económica pública de que o referido preceito constitui corolário (94).

2.4.3. A coexistência dos sectores de propriedade dos meios de produção (sector público, sector privado e sector cooperativo e social)

a) *Noções gerais*

Como vimos, as als. *c)* e *b)* do art. 81.º consagram um princípio de, respectivamente, "*liberdade de iniciativa e de organização empresarial no*

---

serviços públicos, não qualificável como materialmente administrativa, onde têm primazia outros interesses que não o do mercado) decorrente sobretudo da Constituição Económica comunitária: o de que — e sem prejuízo do respeito pelo regime próprio de propriedade de cada Estado e da especificidade dos serviços de interesse económico geral — os poderes públicos deverão por princípio sujeitar-se às mesmas regras a que estão sujeitas as empresas privadas, ou seja, de que terão tais empresas públicas de se submeter às mesmas condições concorrenciais em que as demais operam.

(93) *Vinculação...,* cit., pp. 46, 121 e 124. No mesmo sentido, ver também MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...,* pp. 167 a 175. Sobre os diversos limites à iniciativa económica pública, ver ainda JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., pp. 29 e segs.

(94) *Direito Económico*, cit., p. 272.

âmbito de uma economia mista" e de "*coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção*"; e ainda segundo o n.º 1 do art. 82.º («Sectores de propriedade dos meios de produção») "*é garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção*".

A primeira das referidas alíneas consagra (acabamos de constatá-lo também), a par de uma liberdade de empresa ou de iniciativa económica privada já previamente tutelada pelo art. 61.º CRP, um princípio, algo similar àquele, de «livre» iniciativa económica pública — princípio este que, todavia (recorde-se), não consubstancia um verdadeiro direito subjectivo negativo ou de liberdade, mas antes um poder discricionário de criação de empresas públicas (ou de aquisição de empresas privadas já existentes) destinadas a actuar num mercado concorrencial e em condições de igualdade relativamente aos demais operadores económicos. Estamos por isso perante um *direito*, no primeiro caso, e perante um *poder*, no segundo caso, de acesso a actividades económicas e de livre organização empresarial — posições jurídicas distintas e contrapostas de cujas existência e exercício resultam diferentes consequências jurídicas, como melhor veremos.

A segunda das alíneas supracitadas (al. *b)* do art. 81), assim como o n.º 1 do art. 82.º, têm como objecto e destinatários também, respectivamente, as actividades económico-empresariais e as entidades privadas e públicas que as desenvolvem através das organizações empresariais por si criadas para o efeito. Mas são normas de protecção do já existente: nelas se estabelece uma garantia institucional de cada um dos três sectores de propriedade ou titularidade dos «meios de produção» abrangidos na respectiva previsão. Refira-se ainda que esta garantia integra o elenco dos limites materiais da revisão constitucional (art. 288.º, al. *f)*).

A Constituição usa a mesma expressão «sectores de actividade (económica)» para significar diferentes realidades. Neste caso, a divisão dos sectores de actividade económica assenta não em actividades mas em empresas ou estabelecimentos, em função da distinta natureza dos entes *titulares*, *gestores* e/ou *possuidores* das ditas empresas ou estabelecimentos [95].

Quanto aos «meios de produção», compreende este conceito, desde logo, os *bens produtivos*, ou seja, todos os bens que *facultam a obtenção*

---

[95] Cfr. António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves & Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, cit., p. 631, e Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., p. 35.

de novos bens e serviços, uma vez integrados em certo esquemas — por norma em concatenação com o trabalho humano no âmbito de organizações empresariais (Menezes Cordeiro) [96] — bens produtivos esses aos quais se contrapõem, *grosso modo*, os *bens de consumo* (o mesmo é dizer, "aqueles que, por si, satisfazem as necessidades humanas, esgotando-se nessa ocasião" [97]) e os *serviços finais*.

Para além dos bens produtivos ou instrumentos de trabalho, integram ainda o conceito de «meios de produção» as matérias-primas; por isso, e não obstante o constituinte parecer diferenciar os «meios de produção» dos «recursos naturais» (al. *d)* do art. 80.º) [98], o conceito constitucional em análise abrangerá também, mais genericamente, e para além das infra-estruturas e redes públicas (como os portos, aeroportos e linhas férreas), os próprios recursos naturais integrados no domínio público por lei ou pela própria Constituição (como os jazigos minerais e as nascentes de águas minero-medicinais — cfr. al. *c)* do n.º 1 do art. 84.º CRP) [99].

Estando os meios de produção em regra "afectos (em termos de propriedade ou de outro título jurídico) às empresas, como unidades centralizadoras dos factores de produção", há bens susceptíveis de ser utilizados na produção que não estão ou podem não estar activados "ou por natureza reserva de recursos ou subsolo) ou por retenção, intencional ou não", como serão os casos de máquinas não instaladas e de terrenos incultos — podendo nestas hipóteses não serem empresas os respectivos titulares, mas antes "o Estado, pessoas singulares ou sociedades que se não organizam como empresas" (Carlos Ferreira de Almeida) [100].

Todavia, e fora estes casos, reitere-se, um conceito juridicamente operativo de «meios de produção» passará sempre pela individualização

---

[96] Como explica ainda o autor, trata-se de uma categoria mais ampla do que a romanística das coisas frutíferas, pois "não se cinge às coisas corpóreas" e alarga-se em geral a "todo o fenómeno de produção, sem se ater aos frutos" (*Direito da Economia*, 1.º vol., Lisboa, 1994, p. 307).

[97] Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, cit., p. 308.

[98] Menezes Cordeiro, *ibidem*, *Direito da Economia*, cit., p. 310.

[99] Neste sentido, também Paulo Otero & Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. II, Coimbra, 2008, p. 217.

J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira distinguem os recursos naturais dos meios de produção apenas e na medida em que os primeiros terão uma componente maior "não produzida pelo trabalho, que não é, portanto, em sentido estrito, capital" (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 959).

[100] *Direito Económico*, II Parte, Lisboa, 1979, p. 381.

daquelas universalidades de bens afectas à produção e distribuição de bens de consumo ou prestação de serviços, que o direito infraconstitucional normalmente designa e regula, em sentido objectivo, como *estabelecimentos* (comerciais), e em sentido subjectivo como *empresas* [101].

Recorde-se, por último, que quer a definição em geral dos sectores de propriedade dos meios de produção, quer o regime em especial dos meios de produção integrados no sector cooperativo e social de propriedade, integram o elenco das matérias objecto de reserva relativa de competência da AR (cfr., respectivamente, als. *j)* e *x)* do n.º 1 do art. 165.º CRP).

b) O sector público

Nos termos do n.º 2 do art. 82.º, "*o sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas*".

A primeira nota que se impõe é a da prévia distinção entre o *sector público administrativo* (constituído pelas entidades e serviços administrativos não-empresariais) e o *sector público empresarial* (constituído pelas empresas públicas). Naturalmente, a Constituição refere-se apenas a um sector público empresarial [102], e não administrativo.

Passando à análise dos critérios de pertença ao sector público empresarial, para que uma empresa ou estabelecimento se considere nele integrado, requer o n.º 2 do art. 82.º que, cumulativamente, esteja na titularidade de um ente público e que seja gerido também por um ente público (que poderá ser o ente proprietário ou outro).

Duas asserções são hoje consensuais na doutrina e na jurisprudência: a irrelevância para o efeito, por força ampla liberdade de auto-organização empresarial dos poderes públicos, da forma jurídico-organizatória da empresa (que tanto poderá ser uma sociedade comercial como uma clássica empresa pública institucional) [103] e o não ser necessário que o respectivo

---

[101] Também JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS salientam o facto de o texto constitucional englobar hoje, "indiferenciadamente, quer os bens individualmente considerados, usados no processo de produção, quer as próprias empresas enquanto organizações complexas de bens e direitos" (*Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, org., cit., p. 25, *apud* SIMÕES PATRÍCIO, *Curso de Direito Económico*, Lisboa, 1980, pp. 88-89).

[102] Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, cit., pp. 207-208.

[103] Cfr. JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., pp. 43-45.

capital seja detido a 100% pelo Estado e/ou por outra(s) entidade(s) pública(s) para a sua (automática) integração no sector público [104]/ [105].

Suscitam-se todavia dúvidas sobre se bastará a *conjugação* de uma *influência dominante* sobre a empresa, directa ou indirecta, por parte dos poderes públicos (a necessária para garantir a nomeação da maioria dos membros do respectivo órgão de gestão) com a *detenção de uma parte substancial do seu capital*, ou se será necessária de todo o modo uma participação maioritária para que a empresa integre o sector público.

A generalidade da doutrina sustenta esta última posição [106]; nas palavras de Luís S. Cabral de Moncada, a «propriedade» de que fala o n.º 2 do art. 82.º é uma *propriedade jurídica*, e não uma *propriedade económica* — sendo esta segunda a de quem exerce o controlo da empresa. Ora, necessária seria ainda a *propriedade* jurídica da empresa por parte dos poderes públicos, e não apenas uma influência decisiva na respectiva *gestão*, para a dita empresa preencher os dois requisitos cumulativos previstos no referido preceito constitucional

Decisivamente influenciado pelo conceito comunitário de empresa pública, parece subscrever o entendimento primeiramente referido Manuel Afonso Vaz, com a ressalva de "que será sempre de exigir, para que a empresa seja integrada no sector público", a detenção pela banda dos poderes públicos "de parte do capital da empresa", conjuntamente com o respectivo controlo público [107].

É esta última, a nosso ver, a posição correcta. Sem querer entrar nas *vexata questio* da *ratio* e dos efeitos úteis da titularidade de participações sociais, que não cabe tratar aqui, a verdade é que, quando a «propriedade

---

[104] E compreende-se que assim seja: sem prejuízo da necessária conciliação entre o interesse público prosseguido pelo parceiro público e o interesse privado (em regra, lucrativo) que motiva o parceiro privado, em ultima ratio (em caso de conflito) predominarão sempre na gestão da empresa os critérios e a lógica da gestão pública.

[105] Sobre os critérios para se aferir a pertença de uma empresa ao sector público pronunciou-se (a propósito da Lei n.º 84/88, de 20 de Julho) o Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 108/88 (publicado no *DR*, I Série, de 25.06.88).

[106] Cfr. Paulo Otero & Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. II, cit., p. 229; Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 35 e segs. (nas palavras destes autores, "é duvidoso que, sendo a maioria do capital privado se possa falar em empresas integradas no sector público (estadual)" — p. 37); J.J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Constituição Anotada*, vol. I, Coimbra, 2007, pp. 978 e ss.

[107] Cfr. Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 208.

económica» se conjuga com a propriedade *jurídica* de uma parte substancial do capital de uma empresa, decorrendo (exclusiva ou essencialmente) de uma forte posição accionista o poder de designar a maioria dos membros do seu órgão de gestão, deixa de fazer sentido a destrinça entre uma «propriedade jurídica» traduzida na formal detenção de uma participação societária superior a 50% e uma «propriedade económica» de tal empresa [108].

Refira-se ainda que subscrevemos a posição de Jorge Miranda, na esteira do Parecer da Comissão Constitucional n.º 15/77 (a propósito da questão de se saber se a gestão por empresas privadas de empresas nacionalizadas violava o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, por implicar — ou não — reversão de sectores), de que a exploração e gestão de meios de produção públicos por intermédio de *entidades privadas concessionárias* (e nesta qualidade vinculadas "à realização dos fins de interesse público que são próprios dos bens do sector público") deverá ser considerada ainda *gestão pública*, ainda que *indirecta* (por ser o concessionário um mero agente ou órgão indirecto do concedente [109]) — devendo por isso considerar-se que as empresas concessionárias integram também o sector público, por públicas serem quer a propriedade quer a gestão dos meios de produção em causa [110].

---

[108] Por outras palavras, no âmbito do direito societário — inclusive do chamado «direito societário público» — é perfeitamente possível uma disjunção entre a titularidade de uma (rigorosa) maioria das acções da sociedade e a posse das condições necessárias e suficientes para um accionista (ou um grupo de accionistas «congéneres») poder exercer o respectivo controlo; o mesmo é dizer que, por uma diversidade de causas, e diferentemente do que se passa nas associações e nas cooperativas, nas sociedades comerciais pode não ser necessária uma participação maioritária para que um determinado accionista ou sócio (ou grupo de accionistas ou sócios) alcance condições para deter *estavelmente* uma influência dominante numa sociedade.

[109] C. A. Mota Pinto, *Direito Público da Economia*, cit., p. 115.

[110] Jorge Miranda, *Direito da Economia*, cit., pp. 333-336.

Em sentido contrário pronuncia-se abertamente Sérgio Gonçalves do Cabo, em *A delimitação de sectores na jurisprudência da Comissão e do Tribunal Constitucional. Uma perspectiva financeira*, in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», vol. XXXIV, 1993, pp. 318 e segs.

Também Rui Medeiros, no seu comentário ao art. 82.º, se distancia da posição de Jorge Miranda, sobretudo por duas razões. A primeira prende-se com os casos "em que a concessão de um serviço público é atribuída de raiz, em regime de concessão, a uma entidade privada, já que, mesmo que a gestão seja (indirectamente) pública, a propriedade pode ser privada"; e a segunda por serem os concessionários privados também titulares da

Duas observações ainda neste ponto.

A primeira é a de que não terão forçosamente de coincidir — e não coincidem de facto — o conceito constitucional e o conceito comunitário de empresa pública adoptado recentemente pelo nosso legislador: é hoje qualificada entre nós como empresa pública (estadual ou municipal) toda a empresa na qual os poderes públicos "*possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante*" em virtude da "*detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto*" ou do "*direito de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização*". Ora, é bom de ver que basta, para uma tal qualificação, que o poder de exercer uma influência dominante advenha não (ou não também) de uma (significativa) posição accionista (ou seja, com base na propriedade), mas tão só, genericamente, das *regras que rejam a empresa* [(111)].

O sector público empresarial delimitado por aplicação do critério consagrado no art. 82.º, n.º 2, não combina hoje por inteiro, pois, com o sector empresarial público resultante dos critérios normativos infraconstitucionais (sector este que se subdivide hoje no Sector Empresarial do Estado — SEE, nos sectores empresariais de cada uma das regiões autónomas e no Sector Empresarial Local — SEL [(112)]). Um âmbito legislativo mais amplo de sector público empresarial do que o constitucional não levanta, porém, problemas de constitucionalidade, desde que, em relação às empresas integradas no sector privado (e que constituirão, do ponto de vista constitucional, um «sector privado publicizado») não consagre solu-

---

liberdade de empresa (ao menos quanto ao exercício)" (JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., p. 38).

Não acompanhamos RUI MEDEIROS nas suas reservas. Quanto ao primeiro argumento, sempre se diga que a propriedade privada dos meios de produção dos concessionários nas referidas situações, por força do princípio da reversão dos bens afectos à concessão (operada *ipso facto* com a extinção desta), é uma posição precária, temporária e juridicamente limitada (trata-se de um direito real limitado atípico, que exclui o *ius abutendi*), posição essa que não pode ser determinante nesta sede: o que releva é que os meios de produção em causa estão antecipadamente destinados a integrar o domínio público ou privado do ente público concedente. No que respeita à liberdade de empresa, entendemos que o carácter público da actividade concessionada coloca a empresa concessionária, no que à concessão se refere, fora do âmbito de protecção do art. 61.º CRP.

(111) Expressão usada pela Directiva da Comissão da CEE de 25 de Junho de 1980.

(112) Sobre estes três sectores (estadual, regional e autárquico) ver por todos JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., p. 40.

ções desconformes com o estatuto privado que constitucionalmente lhes cabe" (113).

E a segunda observação é que, em boa verdade, desde que os planos (recorde-se, figura introduzida com a 2.ª Revisão Constitucional, de 1989, em substituição do Plano único) deixaram de ser vinculativos para o sector público, esta delimitação perdeu quase todo o interesse prático que até então apresentava. Se bem virmos, agora a integração ou não de uma empresa no sector público para os efeitos dos n.os 1 e 2 do art. 82.º CRP só relevará para efeitos de uma eventual sujeição ao poder-dever do Estado de "*assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público*" (al. *c)* do art. 81.º CRP) e ainda ao ónus constante do art. 89.º ("*nas unidades de produção do sector público é assegurada uma participação efectiva dos trabalhadores na respectiva gestão*").

c) *O sector privado*

Se para se considerar uma empresa integrada no sector público a Constituição requer, cumulativamente, que o Estado ou outro ente público detenha as respectivas *propriedade* e *gestão*, faltando uma ou outra, a empresa integrará então o sector privado de propriedade dos meios de produção — isto se, por força das normas especiais do n.º 4 do art. 82.º, não for afinal «reenviada» para o sector cooperativo e social.

É isso mesmo que o n.º 2 do art. 82.º reitera expressamente. Desta forma, as unidades produtivas de titularidade pública mas de *gestão privada* — como será o caso das empresas privadas que exploram nascentes de águas mineromedicinais — integram o sector privado. E o mesmo se passa com as situações inversas (de titularidade privada e gestão pública): nomeadamente, as *empresas intervencionadas* (cfr. n.º 2 do art. 86.º) mantêm-se por isso no sector privado, mesmo durante o período da intervenção pública na respectiva gestão. Isto porque, num e noutro caso, note-se, a exploração e a gestão da empresa obedecem predominantemente "a critérios e lógica de gestão privada" (114).

Reitere-se que — e diferentemente das situações de utilização privativa e de exploração de bens do domínio púbico por entidades privadas

---

(113) Cfr. Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., pp. 37-38.

(114) Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, cit., p. 200.

não vinculadas à prossecução dos fins públicos dos entes titulares dos referidos bens — as empresas concessionárias de serviços públicos (essas sim) integram a nosso ver o sector público, e não o sector privado, por consubstanciarem uma forma de *gestão indirecta* de meios de produção públicos, com obediência a critérios e lógica de gestão pública.

E pela mesma ordem e razões, também nas sociedades de capitais mistos a titularidade privada de uma parte do capital social não obsta à integração da empresa dominada pelo sócio público no sector público [115].

Com efeito, em ambos os casos os parceiros privados (e não obstante a legítima prossecução de fins privados/lucrativos) estão, em *ultima ratio*, submetidos ao interesse público ligado aos meios de produção em causa e prosseguido pelos parceiros públicos seus proprietários, que em hipótese de conflito prevalece sobre o referido escopo lucrativo.

Refira-se por último que as empresas privadas — em particular as pequenas e médias — beneficiam tão só, e genericamente, do incentivo do Estado, nos termos do n.º 1 do art. 86.º CRP.

d) *O sector cooperativo e social: nota introdutória*

O sector cooperativo e social é definido pelo *modo especial de gestão* de meios de produção, e já não pela respectiva titularidade. Aqui o que importa é, pois, a *propriedade económica* (trata-se de meios de produção «possuídos e geridos» por determinadas entidades ou colectivos), e não a *propriedade jurídica* [116].

As entidades (e colectivos) [117] «possuidoras e gestoras» dos meios de produção integrantes deste sector são também e ainda entidades privadas (ou, se se quiser, entidades da mesma natureza daquelas que integram o sector privado de propriedade de meios de produção).

Apresentam todavia tais entidades (e colectivos) determinadas características que as individualizam relativamente às demais unidades de pro-

---

[115] Cfr. Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, cit., p. 48.

[116] L. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 267.

[117] Só é pressuposta a personalidade jurídica das entidades referidas nas al. *a)* (cooperativas) e *d)* (pessoas colectivas sem carácter lucrativo e com fins de solidariedade social) do n.º 4 do art. 82.º: os colectivos de trabalhadores e as «comunidades locais» a que se referem as als. *b)* e *c)* deste número não precisam de ter personalidade jurídica própria para que lhes sejam aplicados os pertinentes normativos constitucionais.

dução privadas e que justificam a autonomização de um terceiro sector de propriedade de meios de produção *especialmente protegido* e mesmo *estimulado* pela Constituição.

No caso das cooperativas e da comunidades locais, isso acontece por assegurarem os princípios que enformam os respectivos regimes uma propriedade e uma gestão democráticas e igualitárias [(118)]; no caso dos colectivos de trabalhadores em auto-gestão, por maximizar esta modalidade de gestão empresarial uma participação dos trabalhadores no governo das unidades produtivas do sector público que a Constituição acarinha por princípio (cfr. art. 89.º CRP) [(119)]; e no caso das entidades — associações ou fundações — referidas na novel al. *c)* do n.º 4 do art. 82.º CRP, por prosseguirem fins não lucrativos e de solidariedade social.

Todo o sector cooperativo e social merece, da parte do Estado, uma particular «protecção» (al. *f)* do art. 80.º CRP), sendo que as empresas que integram o sector cooperativo e as experiências autogestionárias viáveis beneficiam desde logo dos privilégios previstos nos arts. 85.º e 97.º CRP: umas e outras de «estímulo» e «apoio» do Estado (n.os 1 e 3 do art. 85.º e n.os 1 e 2, al. *d),* do art. 97.º), e as cooperativas, em especial, de benefícios fiscais e financeiros, condições mais favoráveis na obtenção de crédito e auxílio técnico (n.º 2 do art. 85.º) [(120)].

e) *O sector cooperativo e social (cont.): o subsector cooperativo*

Começando pelo *subsector cooperativo*, adiante-se que a cooperativa constitui uma figura intermédia entre a associação e a sociedade comer-

---

[(118)] Referem-se à "liberdade de empresa das cooperativas", e a estas empresas como "empresas sob forma associativa", com "gestão democrática" e de adesão livre, L. Cabral de Moncada, em *Direito económico*, cit., p. 145, e Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., pp. 622-623.

[(119)] A auto-gestão só é possível nas empresas públicas: como bem frisam Gomes Canotilho & Vital Moreira, está afastada pela lei fundamental "a autogestão em relação a empresas pertencentes ao sector privado", nas quais os trabalhadores têm apenas "o direito de controlo de gestão" (*Constituição Anotada*, cit., p. 329).

[(120)] Não está previsto de modo explícito o mesmo tratamento de favor para as pessoas colectivas previstas na al. *d)* do n.º 4.º do art. 82.º, por ter querido o constituinte derivado minimizar as alterações ao texto constitucional em 1997 (que já de si pecaram por algum excesso); deverá contudo fazer-se uma interpretação extensiva destes preceitos que prevêem tais apoios e estímulos no sentido de abrangerem também o subsector solidário.

cial [121]. A Constituição não adianta de todo o modo uma definição de cooperativa; mas exige reiteradamente às empresas cooperativas a observância dos *princípios cooperativos* internacionalmente consagrados, sob pena de não poderem beneficiar os seus titulares da tutela da norma consagradora do direito de livre iniciativa económica cooperativa (cfr. art. 61.º, n.º 2), assim como das vantagens objectivas decorrentes da inclusão neste específico sector de propriedade de meios de produção [122].

Os mais importantes princípios cooperativos, para onde remete a al. *a)* do n.º 4 do art. 82.º (e que caracterizam as verdadeiras cooperativas ou cooperativas *em sentido material*, por contraposição às falsas, que mais não são do que sociedades irregulares *sui generis* [123]) serão apenas (e de entre o conjunto maior dos reconhecidos sucessivamente em 1937 e em 1966 pela Aliança Cooperativa Internacional), os *da porta aberta*, da *filiação voluntária*, da *organização democrática*, da *limitação da taxa de juro a pagar pelo capital social* (em se prevendo tal hipótese) e da *repartição equitativa de eventuais excedentes ou poupanças* [124].

f) *O sector cooperativo e social (cont.): o subsector comunitário*

Passando ao *subsector comunitário*, esclareça-se desde logo que as «comunidades locais» referidas na al. *b)* do n.º 4 do art. 82.º não são as

---

[121] O actual Código Cooperativo (aprovado pela Lei 51/96, de 07.09, e alterado pelos DL, 343/98, de 06.11, 131/99, de 21.04, e 24/2004, de 19.08) evita aliás cuidadosamente uma formal recondução da cooperativa a qualquer destes tipos clássicos de pessoas colectivas.

[122] Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, cooperativas que o sejam apenas formalmente, desviando-se dos princípios cooperativos e actuando como entidades privadas comuns, saem "do sector cooperativo, para cair no sector privado" (*Direito da Economia*, cit., pp. 319-320).

[123] Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES & MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 67. Quanto a esta questão, ver também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 321/89, de 20.04, publicado no *DR*, I Série, de 20.04.89.

[124] A Aliança Cooperativa Internacional é a mais representativa organização (para não dizer a única) do movimento cooperativo internacional; refira-se ainda que os referidos princípios aprovados primeiramente no congresso da organização de 1937 (e objecto de actualização e desenvolvimento no Congresso de Viena da ACI de 1966) inspiraram-se por sua vez directamente nos postulados fundacionais dos «Pioneiros de Rochdale». Sobre o tema, ver por todos RUI NAMORADO, *Os princípios cooperativos*, Coimbra, 1995, e *Introdução ao direito cooperativo*, Coimbra, 2000; quanto à importância dos princípios cooperativos, ver ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 38/84, de 11.04, publicado no *DR,* I Série, de 07.05.84.

categorias constitucionalmente identificadas e consagradas das autarquias locais (ou suas associações) e das comissões de moradores que constituem manifestações do poder local: como é consensual na doutrina, esta previsão pretendeu (e pretende) proteger no plano constitucional a figura dos *baldios* enquanto forma específica e tradicional no nosso direito de propriedade/posse colectiva de terrenos no mundo rural (sobretudo no norte do país) — que são terrenos usados (normalmente para pastagens) por residentes de um ou mais «lugares» ou localidades e que são também administrados por membros de tais comunidades [125].

O Tribunal Constitucional já teve ocasião de se pronunciar sobre esta matéria nos acórdãos n.os 325/89 e 240/91, declarando neste último (no âmbito da fiscalização preventiva) a inconstitucionalidade de diversas normas de um decreto da AR que pretendia reduzir drasticamente a autonomia das «assembleias de compartes» e, na prática, induzir a prazo uma transferência da propriedade dos baldios para o domínio privado das Freguesias. Tendo-se frustrado na altura este intento do legislador ordinário, a verdade é que, de então para cá, as Freguesias não desistiram de se apossar dos terrenos baldios, mesmo no âmbito do enquadramento legal mais restritivo que resultou da intervenção do Tribunal Constitucional [126]; e o facto é que, de uma forma geral, têm vindo a conseguir alcançar tal desiderato, razão pela qual esta figura se encontra em vias de extinção — correndo por isso a norma constitucional em apreço um risco de prático esvaziamento.

g) *O sector cooperativo e social (cont.): o subsector autogestionário*

Quanto ao *subsector autogestionário* ou *de exploração colectiva por trabalhadores* [127], e tal como o subsector cooperativo, resulta ele de uma

---

[125] O diploma que regula actualmente os baldios é a Lei n.º 68/93, de 4 de Setembro.

[126] O Acórdão n.º 240/91 admitiu a conformidade constitucional da previsão legal da extinção dos baldios que tenham deixado de ser utilizados pela respectiva comunidade, por razões de utilidade pública e mediante decisão administrativa (ainda que contra o pagamento de uma justa indemnização à comunidade local utilizadora ou outro mecanismo de compensação) — tendo passado a ser esse o corrente fundamento para a respectiva apropriação pelas Freguesias.

[127] Para Manuel Afonso Vaz (*Direito Económico*, cit., pp. 205-206), assim como para Paulo Otero & Rui Guerra da Fonseca (*Comentário à Constituição*…, cit., pp. 240-241), e atendendo à letra do preceito em análise, trata-se de figuras distintas.

Segundo Manuel Afonso Vaz, o subsector de *exploração colectiva por trabalhado-*

das modalidades do direito de livre iniciativa económica (ou liberdade de empresa) reconhecido a entidades privadas pelo art. 61.º CRP.

Mas decorre precisamente da genérica manifestação do direito de livre iniciativa económica consagrada no n.º 1 do dito art. 61.º, assim como do também fundamental direito de propriedade privada (na sua modalidade de propriedade de meios de produção), a primeira delimitação do âmbito constitucionalmente protegido da iniciativa autogestionária reconhecida no n.º 4 do mesmo artigo.

Com efeito, é a protecção constitucional desses outros direitos, liberdades e garantias que (e como bem sublinham Gomes Canotilho & Vital Moreira) preclude a autogestão em relação a empresas pertencentes ao sector privado, nas quais os trabalhadores têm apenas o direito de controlo de gestão [(128)]. É que a gestão de uma empresa pelo colectivo dos seus trabalhadores, sendo um direito reportado à qualidade destes de assalariados, implica, por definição, que não são estes os seus proprietários, mas terceiras entidades; ora, reconhecer aos primeiros um tal direito, sem mais (ou seja, em substituição de uma gestão pelos órgãos da empresa segundo as regras do direito comum, sem passar pela via da respectiva aquisição ou por outro acto jurídico válido [(129)]), implicaria a negação do direito de livre iniciativa económica e do direito de propriedade dos titulares da empresa em autogestão [(130)].

---

res é potencialmente mais amplo do que o fenómeno da *auto-gestão* (sobre bens e empresas de propriedade pública) — podendo designadamente compreender situações de exploração colectiva por trabalhadores de empresas privadas (com consentimento do seu titular) ou mesmo de empresas propriedade dos próprios trabalhadores.

A nosso ver, qualquer das duas situações referidas cai noutros sectores (ou subsectores) de propriedade. Nomeadamente, a primeira recai no sector privado, pois os titulares da empresa, se a não abandonaram, continuam a «pôr e a dispor» dela, não sendo por isso neste caso a posição dos trabalhadores suficientemente sólida para justificar uma mudança de sector. E a segunda situa-se sem dúvida no sector cooperativo (ou no sector privado, se desrespeitar os princípios cooperativos, desde logo o «princípio da porta aberta», que obriga a cooperativa a aceitar como cooperante todo o candidato que pertença à categoria dos interessados, que no caso são, por definição, todos os trabalhadores) — pois outra coisa em rigor não é uma empresa cooperativa senão uma empresa que é propriedade dos seus trabalhadores, no sentido de pertencer a cada um deles, igualitariamente, a mesma quota parte que pertence aos demais.

(128) *Constituição Anotada*, cit., p. 329

(129) Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, I Parte, Lisboa, 1979, p. 294.

(130) Como bem notam Jorge Miranda & Rui Medeiros, enquanto "na cooperativa, a propriedade pertence aos cooperadores, na autogestão ocorre uma dissociação entre

Foi esse aliás o insuperável dilema que enredou o primeiro e único esboço de regime legal de autogestão ensaiado na nova ordem constitucional, o da Lei 68/78, de 18.10 — o qual, note-se, visou apenas regular situações passadas, concretamente as das empresas (privadas) que entraram em autogestão no período compreendido entre o 25 de Abril de 74 e a data de entrada em vigor do diploma (tendo este por isso caducado há muito) [131].

Não foi até hoje aprovado um regime legal de auto-gestão de empresas (públicas), apesar do que dispõe o n.º 5 do art. 61.º («Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária): "*é reconhecido o direito de autogestão, no termos de lei*". E bem se percebe porquê: esta figura é tributária de um texto fortemente ideologizado, na sua versão originária, sobrevivendo hoje no articulado como uma relíquia de outros tempos, que deixou de ter qualquer correspondência na cultura político-administrativa (na realidade constitucional) dos nossos dias.

h) *O sector cooperativo e social (cont.): o subsector solidário*

O quarto e último subsector do sector cooperativo e social é constituído pelos "*meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista*" (al. *d)* do n.º 4 do art. 82.º).

Este novo preceito da Constituição confere um especial realce às *mútuas* («entidades de natureza mutualista» [132]). Supomos que tal se deve

---

propriedade e gestão" — havendo "um direito geral de iniciativa cooperativa, a que qualquer pessoa, em razão do objecto e actividade, pode aceder"; por isso, "a autogestão oferece-se de alcance limitado, por não poder contender com o exercício normal das outras formas de iniciativa económica, a pública, a privada e a social" *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 623).

[131] Cfr. Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 623. É portanto a própria Lei 68/78 que põe termo a tal possibilidade, na medida em que se aplicava apenas, nos termos do seu art. 1.º, "*às empresas e estabelecimentos comerciais, industriais, agrícolas ou pecuárias em que, por uma evolução de facto não regularizada ainda nos termos gerais de direito, os trabalhadores assumiram a gestão entre 25 de Abril de 1974 e a data de entrada em vigor da presente lei, sob a forma cooperativa, autogestionária o qualquer outra, tenham ou não sido credenciados por qualquer Ministério*". Sobre este regime, ver por todos Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, I Parte, Lisboa, 1979, pp. 282-323.

[132] Segundo o art. 1.º do Código das Associações Mutualistas, aprovado pelo DL 72/90, de 03.03, as "*associações mutualistas são instituições particulares de solidariedade*

desde logo ao facto de estas associações, em rigor, desenvolverem uma actividade por definição *ad intra*, na medida em que se dedicam à inter-ajuda ou auxílio mútuo, ou seja, a uma solidariedade estatutariamente circunscrita aos próprios associados — e não, em rigor, a uma actividade *ad extra*, em benefício de terceiros. E também à maior amplitude do leque de escopos a que tradicionalmente se dedicam as mútuas, relativamente à tradicional noção de (fins de) solidariedade social: pense-se, por exemplo, nas actividades bancária e seguradora.

Ora, estas características poderiam levar à exclusão de tais entidades de um conceito (mais) preciso de instituições de solidariedade social, e por conseguinte do subsector solidário — e terá sido isso que o constituinte quis evitar.

Mas o que importa sublinhar é que (e como bem lembram Paulo Otero & Rui Guerra da Fonseca [133]) as «mútuas» não são no nosso direito as mais importantes pessoas colectivas reconduzíveis à categoria genericamente enunciada: atente-se desde logo na enorme relevância das (clássicas) instituições particulares de solidariedade social (IPSS) e outras entidades equiparáveis — relevância essa que aliás o próprio texto constitucional se encarrega de sublinhar, mais atrás, no art. 63.º («Segurança social e solidariedade»), também com nova redacção resultante da mesma Revisão de 1997 de que resultou a al. *d)* do n.º 4 do art. 86.º

Com efeito, o dito art. 63.º incumbe o Estado de apoiar (e fiscalizar), nos termos de lei, "*a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente neste artigo, na al.* b) *do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea* e) *do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º*" (estas remissões reportam-se, respectivamente, às matérias da protecção nas situações de velhice, invalidez, viuvez e orfandade e desemprego — art. 63.º —, à criação de creches, lares de terceira idade e outros equipamentos de apoio à família — al. *b)* do n.º 2 do art. 67.º —, à criação de instituições de acolhimento de crianças órfãs, abandonadas ou privadas de um ambiente familiar normal — art. 69.º —,

---

social com um número ilimitado de associados, capital indeterminado e duração indefinida que, essencialmente, através da quotização dos seus associados, praticam, no interesse destes e de suas famílias, fins de auxílio recíproco, nos termos previstos neste diploma".

[133] *Comentário à Constituição*…, cit., p. 242.

à implementação de actividades de aproveitamento de tempos livres — al. *e)* do n.º do art. 70.º — e de apoio aos cidadãos portadores de deficiência — art. 71.º — e às pessoas idosas — art. 72.º).

2.4.4. A possibilidade de vedação de sectores básicos da economia à iniciativa económica privada (art. 86.º, n.º 3)

a) Noções gerais

Como começámos por observar no início do presente ponto, a «liberdade» de iniciativa económica pública no âmbito de uma «economia mista» nem sempre se terá que processar numa situação de concorrência (real ou potencial) entre operadores públicos e privados. Com efeito, mais de que uma «liberdade» de iniciativa económica pública, poderemos ter em sectores qualificáveis como «básicos» situações de monopólio ou reserva legal de iniciativa económica pública (ou de empresa pública): é o que prevê o n.º 3 do art. 86.º CRP, segundo o qual "*a lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza*". O mesmo é dizer que dentro de cada um destes sectores de actividade legalmente vedados à iniciativa económica privada já não haverá lugar a uma coexistência de distintas formas de propriedade de meios de produção (coexistência de empresas públicas e privadas), mas a uma exclusão da iniciativa económica privada.

Tenha-se presente, aquilo que é hoje uma simples faculdade do legislador já foi um imperativo constitucional, até à Revisão de 1997; o mesmo é dizer que o antigo *princípio da reserva de sector empresarial do Estado* se tornou num simples instrumento legislativo de política económica, a que o legislador poderá ou não recorrer em função de escolhas legitimadas pelo sufrágio — e cujo estudo incluímos por isso ainda no âmbito genérico da análise do princípio da coexistência das iniciativas económicas pública e privada e dos sectores de propriedade de meios de produção.

Comece-se por se dizer que as "*outras entidades da mesma natureza*" das empresas privadas eventuais destinatárias do normativo em questão são todas as demais entidades *privadas* ou *não públicas* para além das empresas privadas com escopo lucrativo, incluindo as cooperativas e restantes colectivos e instituições que compõem o terceiro sector.

A nosso ver, a questão nem sequer se coloca em termos de a letra da lei favorecer uma hipótese (a de as entidades do sector cooperativo e social poderem aceder ao sectores vedados) e o espírito da lei outra (a que ora

sustentamos) [134]: na verdade, a letra e o espírito do n.º 3 do art. 87.º convergem no sentido da exclusão dos sectores vedados a todas as entidades (e colectivos) não-públicas. Fugindo o aprofundamento de uma tal questão à economia do presente trabalho, não queremos deixar de salientar que no respeitante à *summa divisio* entre entidades públicas e privadas, e como é doutrina pacífica, não há *tertium genus*… as cooperativas, as comunidades locais, os colectivos de trabalhadores em auto-gestão e as instituições particulares de solidariedade social têm natureza privada, tal como as empresas privadas (com escopo lucrativo), o mesmo é dizer que umas e outras têm a mesma natureza [135].

Recorde-se por fim que o direito comunitário não coloca entraves à existência de monopólios públicos industriais. Desde logo, e como vimos, no plano da Constituição Económica comunitária não há, em princípio, uma imposição relativamente aos regimes de iniciativa económica e de propriedade, nomeadamente a favor da iniciativa e da propriedade privadas (cfr. art. 345.º do TFUE); e quanto à específica questão da reserva pública de sectores de actividade, limita-se o art. 37.º TFUE a prescrever uma adaptação dos monopólios públicos de natureza comercial à liberdade fundamental comunitária de circulação de mercadorias (art. 37.º).

b) *Limites da intervenção do legislador na definição do que sejam «sectores básicos»*

Uma vez que o exercício pelo legislador do poder que lhe é atribuído se traduz, por definição, numa restrição à liberdade de empresa, impõe-se segundo cremos uma interpretação conjugada do n.º 3 do art. 86.º com o art. 61.º, n.º 1, CRP.

---

[134] É nestes termos que Nuno Baptista Gonçalves coloca a questão, em *Constituição Económica: a reserva do sector público e a lei de delimitação de sectores*, «Lusíada — Revista de Ciência e Cultura», Série de Gestão, n.º 2 — Abril/1994, Lisboa, p. 119, nota 2.

[135] No sentido defendido no texto, ver Maria Manuel Leitão Marques, *A Constituição Económica depois da segunda revisão constitucional*, in «Revista de Direito Público», Ano V, n.º 9, 1991; em sentido contrário chegou-se a pronunciar a Comissão Constitucional, no seu Parecer n.º 32/81, de 17.11; na doutrina, sustentam ainda esta última posição Joaquim da Silva Lourenço, *O cooperativismo e a Constituição*, in «Estudos sobre a Constituição», 2.º vol., Lisboa, 1978, pp. 378-379, Jorge Miranda, *Iniciativa económica*, in «Nos dez anos da Constituição», Lisboa, 1986, p. 78, e Paulo Otero & Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição*…, cit., p. 394.

Comece-se por se dizer que é a nosso ver este poder em boa medida conformador do direito de livre iniciativa económica privada que justifica a remissão (também) para a lei da "definição" dos "quadros" nos quais se exerce a liberdade de empresa operada pelo dito art. 61.º, n.º 1. Importa pois averiguar em que medida, ou até que ponto, "a Constituição recebe um quadro legal de caracterização do direito fundamental, que reconhece" (136) — o que na verdade, e ainda que tão só nessa estrita medida, torna a lei definidora daqueles quadros, mais do que uma lei meramente *restritiva*, uma lei *conformadora do conteúdo* do direito.

A nosso ver, esta dimensão conformadora da intervenção do legislador circunscreve-se à tarefa consignada ao legislador pelo n.º 3 do art. 84.º de *definir* os sectores *básicos* pura e simplesmente vedados à iniciativa privada, ou (por maioria de razão) apenas de acesso condicionado pela fixação de contingentes e/ou por um sistema de autorizações discricionárias com efeitos constitutivos (137). Com efeito, assiste aqui ao legislador, em primeiro lugar uma verdadeira *discricionariedade de decisão* quanto à questão da existência ou não de sectores vedados (ou condicionados) aos particulares; em segundo lugar, e caso o legislador opte pela existência de um sector reservado ao Estado, ainda lhe cabe uma *discricionariedade de escolha* (quais os sectores — de entre os qualificáveis como "básicos" — que serão objecto dessa reserva); e, finalmente, nos confins desta liberdade de escolha, ele dispõe de uma *margem de liberdade* (ainda que estreita) na tarefa subsuntiva de preenchimento do conceito de "sectores básicos".

Diferentemente do que sustenta a jurisprudência do Tribunal Constitucional e, na sua esteira, alguma doutrina (138), está hoje longe de poder ser considerado como sector básico aquilo que o legislador quiser, tendo a eventual tarefa de pré-determinação do que é ou não um "sector básico" que se confinar a balizas bem mais estreitas do que as da mera ponderação

---

(136) Ac. TC n.º 187/01, de 2.5.

(137) As demais intervenções legislativas previstas no capítulo da organização económica (como as do art. 83.º, do n.º 2 do art. 86.º, e dos arts. 87.º e 88.º) e ainda noutros locais da Constituição são simplesmente *restritivas*, e não (também) *conformadoras*.

(138) Seguem a posição do Tribunal Constitucional, entre outros, Nuno Baptista Gonçalves, em *Constituição Económica*..., cit., pp. 124-125, Sérgio Gonçalves do Cabo, em *A delimitação de sectores*…, cit., pp. 322-323, Sousa Franco, *A revisão da Constituição Económica*, in «Revista da Ordem dos Advogados, Ano 42, III, p. 649, e Paulo Otero & Rui Guerra da Fonseca (*Comentário à Constituição*…, cit., pp. 393-34),

do direito de livre iniciativa económica privada com outros direitos e interesses constitucionalmente consagrados: parafraseando Vital Moreira a respeito deste conceito, estamos perante uma "noção pré-constitucional mais ou menos precisa" e que há-de ser definida "pela lei tendo em conta precisamente" essa noção.

Tenha-se presente a necessidade, em tudo o que concerne aos sectores de produção, de se acompanhar uma mais rápida evolução quer da realidade constitucional, quer do próprio direito constitucional: desde logo, os sectores que eram passíveis de ser considerados como "sectores básicos" há 30 anos (por exemplo, os sectores considerados estratégicos para a economia do país) não o são hoje.

É ainda à luz desta evolução que se deve considerar de todo em todo caduca a doutrina do ainda hoje muito citado Ac. do TC n.º 186/88, de 11.08 (e reiterada no Ac. TC n.º 444/93, de 14.07), que considerou ser a margem do legislador nesta matéria muito ampla, só podendo ser consideradas inconstitucionais as alterações "clara e inquestionavelmente «fraudatórias» da Constituição, seja por via de uma desconforme e de todo o ponto de vista incompreensível extensão dos sectores vedados, seja, ao contrário, por via de uma praticamente nula vedação"). Com efeito, desde a data desse acórdão já ocorreram duas revisões constitucionais que introduziram alterações substanciais à Constituição económica (a começar pela disposição do direito fundamental em questão e pelo preceito que prevê a delimitação dos sectores de produção) — representando uma e outra importantes passos no "esforço de adequação da constituição económica portuguesa à constituição económica europeia, caracterizada por um marcado cepticismo quanto à iniciativa pública" (Eduardo Paz Ferreira) [(139)].

Pois, é hoje pacífico que só serão qualificáveis como "básicos", para além dos chamados serviços públicos essenciais aquelas actividades hodiernamente tidas como de *interesse económico geral* (nelas se incluindo os sectores financeiro e segurador) [(140)], e que a doutrina italiana tradicionalmente reconduz ao (lato) conceito de *serviço público objectivo*.

[(139)] *Direito da Economia*, Lisboa, 2001, p. 205.

[(140)] Sobre esta matéria, ver entre nós, e por todos, RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portuga*l, Coimbra, 2001. O autor reconduz a esta categoria os sectores da electricidade, das comunicações (incluindo as telecomunicações, os serviços postais e os serviços de rádio e televisão), das águas e resíduos, do gás e dos transportes públicos, e ainda, por extensão, dos serviços mínimos bancários, dos seguros e da Internet.

Todavia, é forçoso admitir que algumas actividades se situem numa zona de dúvida (como por exemplo a importação e distribuição de combustíveis), não devendo as opções tomadas pelo legislador nessa zona marginal ser objecto de reexame judicial (sem prejuízo claro está da sua sujeição ao juízo de proporcionalidade exigido pelo art. 18.º CRP por definição incluído nos poderes de controlo dos tribunais). Este poder de conformação do legislador face à Constituição é em tudo idêntico ao poder discricionário da Administração. São por essa razão a nosso ver aqui aplicáveis em geral à actividade legislativa, no confronto com as referidas normas constitucionais, os conceitos e técnicas da teoria da discricionariedade administrativa e em particular da temática conexa do preenchimento de conceitos imprecisos pela Administração [(141)].

[(141)] É hoje mais ou menos consensual na doutrina e jurisprudência administrativas que por força do princípio da separação de poderes ou funções (de uma separação não apenas *orgânica*, mas também *funcional* ou *material*), assiste sempre à Administração uma margem de livre apreciação, por estreita que seja tal margem, no preenchimento deste tipo de conceitos (dos chamados "conceitos imprecisos-tipo") — por contraposição, a jusante, aos também ditos "conceitos classificatórios" (nesta matéria, ver, por todos, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo I,* Coimbra, sem data, lições policopiada, pp. 68-70), e a montante aos por sua vez denominados "conceitos subjectivos" (conceitos a uma vez caracterizados por um elevado grau de indeterminação e por uma mais estreita associação às faculdades de actuação administrativa) —, gozando a mesma Administração, dentro dessa margem, de uma liberdade de incluir ou não no conceito a situação concreta que se lhe depare.

Quando se diz que assiste à Administração uma margem de livre apreciação no preenchimento dos conceitos imprecisos ou indeterminados-tipo, significa isto, muito sinteticamente, que, por um lado, tais conceitos apresentam um "núcleo duro" de situações passíveis de ocorrer na vida real onde não existe qualquer possibilidade de valoração administrativa autónoma (no sentido de incluir ou excluir a situação concreta do conceito), sendo nesses casos o seu preenchimento necessariamente objecto de controlo judicial *a posteriori*.

E significa isto também que, em lado oposto, um outro conjunto virtual de situações se pode configurar, situações essas que, ao invés, e com o mesmo grau de certeza, *não cabem (manifestamente) no conceito*.

Entre estes dois extremos, o conceito apresenta uma "auréola", uma zona cinzenta ou indefinida, onde se agrupam situações intermédias — as quais, quando ocorrem, proporcionam à Administração uma folga em cada operação de subsunção do caso concreto à previsão normativa, que lhe permite incluir ou excluir no/do conceito a situação concreta cuja resolução lhe incumba. Note-se que não está em discussão a própria ocorrência dos pressupostos de facto cuja verificação a lei exige para que a Administração possa exercer a competência em questão, mas tão só uma determinada qualificação, ou, se se quiser, um aditamento a esses pressupostos. Naturalmente, a verificação dos

Os "quadros definidos pela lei" nos quais se exerce a iniciativa económica privada, serão destarte apenas aqueles que resultam da própria Constituição — ou seja, tão só os da delimitação dos sectores de produção, e designadamente a separação entre por um lado os sectores básicos vedados ou condicionados, e por outro lado todos os demais por definição insusceptíveis de serem nacionalizados ou de sofrerem limitações objectivas de acesso (condicionamentos de acesso e exercício equiparáveis à nacionalização) por força do direito consagrado no art. 61.º, n.º 1, CRP. Apenas portanto no que se refere à delimitação dos sectores de produção "a Constituição recebe um quadro legal de caracterização (…) que reconhece" (142).

Repita-se, é indiscutível o carácter conformador de qualquer lei de delimitação de sectores, pois dela dependerá o próprio âmbito de protecção do direito fundamental consagrado no art. 61.º, n.º 1, CRP — o qual será tão mais alargado quanto mais liberais sejam as opções do legislador no que respeita aos sectores incluídos na reserva (opções essas, não deixe de se ter presente, sempre limitadas ao universo dos sectores qualificáveis como "básicos").

Por outras palavras ainda, e no sentido em que neste debate se utiliza o predicado (lei) "conformadora", os operadores privados que actuem em sectores em abstracto qualificáveis como "básicos", mas deixados como a generalidade dos demais sectores de produção à livre disposição dos particulares, beneficiam da protecção do art. 61.º, n.º 1, CRP em virtude dessa opção legislativa, e não por directo efeito desta disposição de direito fundamental

---

próprios pressupostos, essa sim, é um elemento inteiramente vinculado, e não de escolha ou ponderação discricionária, e como tal objecto dos poderes de cognição do juiz administrativo.

Acaba-se de expor, *grosso modo*, a «teoria da folga», de Otto Bachof. Sobre esta teoria, ver Rogério Ehrhardt Soares, *Direito…*, cit., pp. 75-75, José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 120-123, e António Francisco de Sousa, *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Coimbra, 1994, pp. 46-49.

(142) Ac. TC n.º 187/01, de 2.5. Não deixe de se referir que para quem como nós entenda que o n.º 1 do art. 61.º CRP consagra um genérico direito de livre iniciativa económica privada (ou não pública) de que as restantes "iniciativas" do artigo (n.os 2 a 5) constituem formas particulares de exercício, constitui ainda um outro caso de outorga ao legislador de um poder de conformação a reserva de lei instituída no n.º 5 para o "direito de livre iniciativa económica autogestionária".

Assim sendo, o direito de iniciativa propriamente dito, de fundar empresas destinadas a actuar nos demais sectores não qualificáveis como básicos (dos sectores excluídos deste conceito) e de a eles aceder — resumidamente, a liberdade de *escolha* de, ou de *acesso* a, essas actividades — integra segundo o nosso entendimento o núcleo duro, ou o "conteúdo essencial" do direito de livre iniciativa económica privada.

Em síntese, resulta de uma visão conjugada do art. 83.º, n.º 3, com o art. 61, n.º 1, que a "lei" de que fala o art. 61.º, n.º 1, CRP é desde logo — e pacificamente — uma lei *restritiva*. Mas é também, em determinada matéria (delimitação de sectores de produção), uma lei *conformadora*. Sem prejuízo, e na medida em que sobreleva nessa mesma matéria a função de interpretação, porquanto a tarefa de preenchimento do conceito impreciso «sectores básicos» consubstancia essencialmente uma actividade interpretativa, ela é ainda e sobretudo uma lei *interpretativa*. A lei do art. 61.º, n.º 1, CRP é pois e a uma vez *restritiva*, *conformadora* e *interpretativa*.

2.5. O princípio da propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção

A primeira e mais importante concretização deste princípio consagrado na al. *d)* do art. 80.º CRP diz respeito aos recursos naturais (e naturalmente aos «meios de produção» a eles inerentes): trata-se, nos termos do art. 84.º CRP (cuja actual redacção foi introduzida como vimos pela Revisão Constitucional de 1989, com quase total reprodução do art. 49.º da Constituição de 1933), da integração *ex vis constitucionem* no domínio público dos principais recursos naturais, ou seja, das "*águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos*" (al. *a)* do n.º 1), das "*camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário*" (al. *b)* do n.º 1) e, sobretudo, dos "*jazigos minerais*", das "*nascentes de águas minero-medicinais*" e das "*cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com excepção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção*" (al. *c)* do n.º 1) [143].

---

[143] Como sublinham J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, com as revisões constitucionais de 1989 e 1997 não foi afastado o princípio da propriedade pública dos

Refira-se ainda que, em termos idênticos aos consagrados também na Constituição de 1933, a última alínea do n.º 1 do art. 84.º (al. *f)*) institui uma cláusula geral, segundo a qual pertencerão também ao domínio público "*outros bens como tal classificados por lei*". Todavia, e como bem observam Rui Medeiros & Lino Torgal, "a definição constitucional do domínio público serve de referência inspiradora à acção qualificadora do legislador ordinário", para que este "apenas considere como dominiais bens cujo destino público tenha uma relevância minimamente análoga à dos enunciados nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 84.º" [(144)].

O princípio da propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção está também intimamente ligado, agora especificamente no que a estes últimos se refere, ao princípio da livre iniciativa económica pública.

Neste ponto, comece-se por se lembrar o que já acima procurámos demonstrar: que a iniciativa económica pública — qualquer iniciativa económica pública — apenas se justifica em razão da presença de um *interesse público* (ou, em sentido amplo, *colectivo*) que a reclame. E pode ela traduzir-se, *lato sensu* (e numa perspectiva «dinâmica») quer na criação (*ex novo*) de uma empresa, quer na aquisição (por via do direito privado), quer ainda na expropriação, nacionalização ou «apropriação colectiva» (por via do direito público) de uma empresa privada já existente: num caso e noutro, tal redunda numa situação (numa perspectiva «estática») de "*propriedade pública* (…) *de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo*" especificamente prevista e legitimada na al. *d)* do art. 80.º CRP.

Ora, como acima se referiu, a Constituição já não impõe, como acontecia até 1989, a apropriação colectiva dos *principais* meios de produção (no que constituía uma importante limitação não só da liberdade de conformação política na área económica [(145)], mas também e sobretudo da liberdade de empresa).

Claro está, esta evolução do texto constitucional tornou o princípio ora em análise, enquanto princípio, "porventura, o hermeneuticamente

---

principais recursos naturais (com excepção da terra, "que a Constituição considera manifestamente aberta à propriedade privada"), os quais se afirmam "como propriedade da colectividade" (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 959).

(144) *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, cit., p. 75.

(145) Cfr. J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 959.

menos imediato do elenco expresso no artigo 80.º", sendo hoje algo obscuro "o sentido da referência à propriedade pública de meios de produção, sobretudo a jusante da garantia de (co) existência do sector público produtivo" (146). Interroga-se por isso a doutrina, e muito justamente: "Mas qual é o sentido deste princípio, herança de outras eras, numa Constituição Económica em que pontificam os princípios da economia mista, aliás irreversível (al. *g)* do art. 288.º), dos direitos subjectivos fundamentais, da garantia do sector privado, da reprivatização?" (147)

O actual sentido possível da norma é o expresso por Gomes Canotilho & Vital Moreira: não obstante a Constituição ter deixado de impor a apropriação colectiva dos principais meios de produção, nem por isso ela deixa de *consentir*, "com grande margem de liberdade, a propriedade pública de meios de produção" (148) — abertura que poderá ser utilizada por uma maioria política de pendor socializante para (re)criar as bases de um sistema económico (mais) centralizado e planificado, através de uma reserva pública do «sectores básicos» da actividade económica acompanhada da concomitante nacionalização das empresas que neles operem, ainda que dentro dos limites assinalados no ponto anterior ao princípio da livre iniciativa económica pública. Ou seja, neste princípio manteve-se o objecto mas alterou-se o conteúdo normativo: a actual al. *d)* do art. 80.º deixou de ser uma norma imperativa, em espécie preceptiva ou impositiva, para se tornar uma norma permissiva ou facultativa.

2.6. O princípio do planeamento da actividade económica

a) *Noções prévias*

Na definição de A. Sousa Franco, o plano é "o acto jurídico que define e hierarquiza objectivos a prosseguir no domínio económico-social durante um determinado período de tempo, estabelece as acções destinadas a prossegui-los e pode definir os mecanismos necessários à sua implementação" (149).

---

(146) Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II vol., cit., p. 73.

(147) Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 272.

(148) J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 959.

(149) *Noções de Direito da Economia*, I, Lisboa, 1982-1983, p. 310 (ver, neste ponto, *ob. cit*., pp. 309-333); uma definição semelhante pode ver-se em Luís S. Cabral de Mon-

Como qualquer plano (urbanístico, ambiental ou outro), também o plano económico é composto por um *diagnóstico* (no caso, um «retrato» da actividade económica à data, com os dados globais e sectoriais desta) e por um *prognóstico* (onde se projectam no futuro as estimativas mais plausíveis com base no diagnóstico realizado, atendendo nesta específica matéria aos comportamentos tidos como mais prováveis dos agentes económicos considerados, e onde se indicam concomitantemente as medidas mais adequadas a influenciar esses comportamentos na direcção dos objectivos de política económica previamente fixados) [(150)].

A preocupação de racionalização do processo económico em geral e da actividade pública de intervenção na economia em especial é característica da nossa época, sendo conatural ao modelo hoje universalmente vigente do Estado Social ou Administrativo de Direito [(151)]. Mas esta preocupação traduz-se, de país para país, em diferentes graus, modos e âmbitos de previsão e conformação da interferência dos poderes públicos na economia, segundo os modelos jurídicos e políticos dominantes.

A primeira grande divisão nesta matéria passa pelo diferente papel que o plano assume, por um lado, nos sistemas socialistas, de direcção e planificação centrais da economia (que vigoraram numa quarta parte do mundo ao longo do séc. XX, sobrevivendo hoje apenas numa meia dúzia de países muito pouco relevantes), e por outro lado nos sistemas de economia de mercado (modelo que é na actualidade praticamente universal). Na fórmula socializante, de sentido homogeneizador, em que cabe ao sector económico público dirigir e impulsionar a economia do país, o plano é imperativo não apenas para os poderes públicos mas também para o sector económico privado. Já nas fórmulas mais liberalizantes ou mesmo liberais, marcadas pela heterogeneidade, e onde tende a predominar o

---

CADA, *Direito Económico*, cit., p. 665. Na matéria ora em análise, ver também L. S. CABRAL DE MONCADA, *op. cit*., pp. 249-251 e 663-676, e ainda do mesmo autor a obra *Problemática jurídica do planeamento económico*, Coimbra, 1985, *in totum*; e CRISTINA QUEIROZ, *O plano na ordem jurídica*, in «Boletim do Conselho Nacional do Plano, n.º 15, 1988, pp. 123 e segs.

(150) LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, cit., p. 666.

(151) Cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *idem*, p. 663, CRISTINA QUEIROZ, *O plano…*, cit., p. 134, e J. J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 960 (nas palavras destes autores, "o planeamento económico implica uma racionalização e previsibilidade da acção pública na promoção do desenvolvimento económico, que constitui em si mesma uma mais valia na gestão dos planos das próprias empresas").

sector económico privado (ainda que no âmbito de uma economia mista), o plano é meramente indicativo (pelo menos para o sector privado), tornando-se "num instrumento de orientação da economia e de correcção dos critérios dominantes do mercado": ele é essencialmente um «plano de equilíbrio geral», interessando menos o seu grau de imperatividade do que "o grau esperado de «conciliação» e «concertação» das relações da empresa com o seu meio exterior" (Cristina Queiroz) [152].

Note-se que dentro das economias de mercado a racionalização do processo económico conhece ainda significativas variações.

Nos países mais liberais, como os Estados Unidos, "as preocupações de racionalidade aludidas não transcendem o quadro orçamental, o mesmo é dizer, não se exprimem num documento juridicamente autónomo", ou seja, no (num) *plano* — num "documento de lógica previsional própria que vise situar a intervenção económica do Estado num quadro estratégico de médio ou longo prazo" (Luís S. Cabral de Mocada) [153]. Só o orçamento é utilizado para esse efeito, isto é, como instrumento de estabilização da actividade económica, através da influência por si exercida sobre o consumo, o aforro e o investimento globais.

Já nos países com uma menos arreigada tradição liberal no plano económico, como é o caso paradigmático da França (e a cujas ordens jurídicas foi beber o nosso constituinte nesta matéria), a articulação do orçamento com a estratégia económica faz-se através da sua subordinação a um plano juridicamente vinculativo, com um âmbito material e temporal que transcende o do orçamento e que determina o respectivo conteúdo: nestes países o plano económico é por isso concebido "como um instrumento global de política económica independente do orçamento" [154]. Em tais sistemas, "a conformação da actividade económica privada, bem como da dos entes públicos autónomos, não se faz só indirectamente através do manuseamento das receitas e despesa orçamentadas, conduzindo-as ao sabor dos efeitos pretendidos, mas sim mediante o apelo e o incitamento

---

[152] Cristina Queiroz, *O plano*…, cit., pp. 146-147; neste ponto, ver também Luís S. Cabral de Moncada, *A problemática jurídica…,* cit., pp. 49 e segs., André de Laubadère, *Direito Público Económico*, Coimbra, 1985, trad. Teresa Costa, pp. 312 e segs., Robert Savy, *Direito Público Económico*, trad. Rui Afonso, Lisboa, 1984, pp. 61 e segs., e Rolf Stober, *Direito Administrativo Económico Geral*, Lisboa, 2008, trad. António Francisco de Sousa, pp. 39 e segs.

[153] *Direito Económico*, cit., p. 664.

[154] Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 665.

directos dos empresários privados e outrora segundo a lógica de um quadro previsional geral da vida económica constante de um documento independente" — em suma, faz-se neles planificação económica (Luís S. Cabral de Moncada) [155].

Fique todavia a ideia genérica — confirmada entre nós pelas sucessivas revisões constitucionais, que como vimos foram debilitando progressivamente a eficácia jurídica dos planos económicos — de que, primeiro no mundo ocidental (nos sistemas ditos capitalistas), depois universalmente, se verifica "um certo abandono da prática do planeamento global a médio prazo, ou pela incerteza das previsões a médio prazo no decurso da crise, ou pelo predomínio de orientações profundamente liberais, ou pela tendência para o Estado controlar a economia, sem objectivos e estratégias claras de desenvolvimento, apenas através do intervencionismo financeiro" (António Sousa Franco [156]) — descartado que está entre nós o dirigismo monetário desde a implementação da União Económica e Monetária Europeia e da criação da moeda comum europeia [157].

b) *O planeamento no texto constitucional*

De modo análogo ao princípio tratado no ponto anterior — e como bem observam Rui Medeiros & Lino Torgal — a Constituição ainda presta um tributo à importância que a «*planificação democrática da economia*» merecia no texto originário [158], pese a progressiva desvalorização do planeamento económico ao longo das sucessivas revisões constitucionais, com destaque como vimos para a substituição do Plano único por uma pluralidade de planos e para a perda do carácter vinculativo destes para o sector público ocorridas na 2.ª Revisão Constitucional (de 1989).

A al. *e)* do art. 80.º consagra um princípio de "*planeamento democrático do desenvolvimento económico e social*" que se concretiza, em título próprio da Parte II da Constituição (Título II — Planos, arts. 90.º a 92.º), num sistema integrado pelas leis das "*grandes opções*", por planos de "*desenvolvimento económico e social*" que deverão ser elaborados de harmonia com tais opções (planos de âmbito nacional que não obstante

---

[155] *Ibidem*.

[156] *Noções de Direito da Economia*, 1.º vol., cit., p. 313.

[157] Cfr. n.º 4 do art. 3.º do Tratado da União Europeia e arts. 127.º a 138.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

[158] *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, cit., p. 14.

poderão "*integrar programas específicos de âmbito territorial e de natureza sectorial*") — tudo conforme o disposto no n.º 1 do art. 91.º — e ainda pelo próprio Orçamento de Estado, o qual, não integrando hoje em rigor qualquer plano, deverá de todo o modo e por seu turno, nos termos do n.º 2 do art. 105.º, ser elaborado em consonância também com as ditas "*grandes opções em matéria de planeamento*". A "*existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista*" constitui ainda um limite material à revisão constitucional (cfr. al. *g)* do art. 288.º).

Sem prejuízo de o modelo económico constitucionalmente consagrado ser hoje inequivocamente (e após as sucessivas revisões constitucionais) o da economia livre ou de mercado e não o de direcção central e planificada (o que resulta desde logo da parca eficácia jurídica dos planos), nem por isso o princípio geral do planeamento deixou — ainda que de modo mediato ou indirecto (através da subordinação do orçamento às grandes opções em matéria de planeamento) — de vincular os mecanismos de direcção estadual da economia, transmitindo a esta "a lógica previsional específica dos planos globais numa perspectiva temporal adequada, de modo a racionalizar a decisão pública envolvida" e exercendo por essa via influência não apenas sobre a actividade do Estado, mas também "sobre toda a actividade económica" (Luís S. Cabral de Moncada) [(159)].

Refira-se, por fim, que o planeamento é adjectivado no texto fundamental com o predicado «democrático», concretizando-se este atributo nas modalidades da *democracia representativa*, da *democracia participativa* e da *descentralização democrática* (cfr. arts. 6.º, n.º 1, e 267.º, n.º 2, CRP)

O plano como instrumento de democracia representativa decorre de ser o princípio do planeamento um corolário do princípio da subordinação do poder económico ao poder político [(160)], princípio este que é, por sua vez, e como vimos, um subprincípio do princípio democrático na sua vertente de democracia representativa, ou seja, de respeito pela *regra da maioria* ou *voto maioritário*. Com efeito, é o primeiro dos poderes que constam do elenco do art. 199.º («Competência administrativa do Governo») o de "*elaborar os planos, com base nas leis das respectivas grandes opções, e fazê-los executar*"; e integra por sua vez a competência

---

(159) *Direito Económico*, cit., pp. 249-250.

(160) Neste sentido, cfr. Rui Medeiros & Lino Torgal, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., T. II, p. 14, e Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II vol., p. 84.

política e legislativa da Assembleia da República "*aprovar as leis das grandes opções dos planos nacionais e o Orçamento do Estado, sob proposta do Governo*" (al. *g)* do art. 161.º).

Já a participação dos interessados no planeamento, enquanto modalidade de democracia participativa, se realiza através da intervenção a título consultivo do «Conselho Económico e Social» (órgão integrado, nos termos do n.º 2 do art. 92.º, por "*representantes do governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das actividades económicas e das famílias, das regiões autónomas e das autarquias locais*") na "*elaboração das propostas de grandes opções e dos planos de desenvolvimento económico e social*" — n.º 1 do art. 92.º [161].

Enfim, a descentralização democrática da actividade administrativa de planeamento opera-se por sua vez através de uma execução dos planos nacionais "*descentralizada, regional e sectorialmente*" (art. 91.º, n.º 3).

2.7. O princípio da coesão territorial nos domínios económico e social

a) *Noções prévias*

Como vimos, foi ainda levada a cabo pela Revisão de 2004 (sexta revisão constitucional) uma alteração significativa no domínio da «coesão económica, social e territorial», também claramente inspirada, como melhor se verá adiante, pelo direito comunitário (remontando à fundação da comunidade económica europeia, como um dos seus objectivos prioritários [162], o reforço da coesão económica e social de todo o território comunitário — cfr. art. 3.º, § 3, do TUE, e art. 4.º, n.º 2, al. *c)*, art. 14.º, art. 107.º, n.º 3, al. *a)* e *c)*, e arts. 174.º a 178.º TFUE).

Consistiu tal alteração no acrescento, na parte inicial da alínea *d)* do art. 81.º, da expressão "*Promover a coesão económica e social de todo o*

---

[161] Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, o planeamento democrático há-de processar-se "através de instituições democraticamente participadas" (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 960.

[162] Ainda que sob a fórmula mais suave e mais genérica do texto originário do Tratado de Roma, que aludia então ao «desenvolvimento harmonioso» do conjunto da então Comunidade Europeia enquanto «missão» comunitária — enunciado similar à redacção da al. *g)* do art. 9.º da nossa Constituição, que comete ao Estado, enquanto sua fundamental, o "*promover o desenvolvimento* harmonioso *de todo o território nacional* (…)".

território nacional, …" e ainda da especificação da dicotomia «interior/litoral» na descrição das assimetrias carentes de correcção que a norma já formulava na sua redacção anterior ("… orientando *o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e* eliminando *progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo* e entre o litoral e o interior.").

Reitere-se, com a actual redacção desta alínea, a partir do que era à partida qualificável tão só uma tarefa (e um fim) do Estado (claramente enunciado como tal, aliás, na al. *g)* do art. 9.º CRP, que comete ao Estado a «tarefa fundamental» de "*promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional*", e na anterior redacção da al. *d)* do art. 81.º), algo de substancial muda no texto constitucional. Na verdade, ao acrescentar a territorialidade como elemento referencial da política de coesão nacional, para além das componentes económica e social [(163)], o constituinte criou a nosso ver um novo princípio fundamental da nossa Constituição Económica interna, que vem reforçar o princípio homólogo da Constituição Económica comunitária, e que é o *princípio da coesão territorial nos domínios económico e social*.

Note-se, a formulação originária do objectivo enunciado na al. *g)* do art. 9.º e na al. *d)* do art. 81.º era já enformada pelo clássico ensinamento da ciência regional, de não se dever o esforço de coesão interna apenas a razões de equidade, de aproximação das condições de vida dos cidadãos, mas também ao reconhecimento de que um maior equilíbrio é inclusive "desejável para todos, evitando as deseconomias das grandes aglomerações e permitindo a participação plena de todas as forças" do país [(164)].

Este princípio constitui um desdobramento, por um lado, do princípio da efectividade dos direitos económicos, sociais e culturais (arts. 1.º, 2.º, 9.º, al. *d),* e 58.º a 79.º CRP), e por outro lado do princípio político fundamental da unidade do Estado (arts. 5.º e 6.º CRP).

[(163)] Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, em *Metódica Multinível: «Spill-over effects» e interpretação conforme o direito da União Europeia*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 138.º, n.º 3955, Mar.-Abr. 2009, p. 184.

[(164)] Manuel Porto, *As excepções às regras gerais de elegibilidade territorial das despesas previstas no Anexo V da QREN (Quadro de Referência Estratégico Nacional, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.os 86/2007, de 3 de Julho)*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 138.º, n.º 3952, Set.-Out. 2008, p. 41.

Com efeito, a intervenção pública no sentido da correcção das assimetrias e desequilíbrios económico-sociais subsistentes no todo do território nacional, através de políticas de desenvolvimento regional que respondam à "exigência de maior selectividade e de maior concentração geográfica regional nas intervenções a fazer em zonas mais atrasadas" (165), reconduz-se naturalmente às missões primeiras dos poderes públicos de realização da democracia económica, social e cultural e de promoção da igualdade real. A *solidariedade* consagrada no art. 1.º CRP e em que se funda a redistribuição da riqueza e do rendimento através da política fiscal (al. *b)* do art. 81.º) não é apenas uma solidariedade entre cidadãos, mas também e ainda entre regiões, visando corrigir desigualdades não só entre pessoas individualmente consideradas, mas entre comunidades regionais.

Mas não são só razões de equidade e de mera índole sócio-económica que presidem a tal intervenção: esta reconduz-se também e ainda à prioritária incumbência dos poderes públicos de zelar pela subsistência dos pressupostos da própria unidade política e jurídica do Estado. Na verdade, subjaz a este princípio de coesão territorial a (correcta) premissa de que a unidade do Estado não é apenas garantida pela integração política e jurídica do território, mas igualmente por uma sua integração económica e social (o mesmo é dizer, das comunidades que nele se radicam) que passa por políticas públicas orientadas nesse sentido.

Note-se, enfim, que o não ter sido estranha a esta alteração ocorrida em 2004, no sentido do reforço das políticas públicas de coesão territorial, a constatação das crescentes desertificação e empobrecimento do interior do país nas últimas três décadas — processo que urge inverter através das adequadas políticas de desenvolvimento regional, em razão, quanto do mais não seja, reitere-se, da salvaguarda da própria unidade política do Estado.

Não deixando pois de constituir uma necessidade expressa pela lei fundamental o "*promover a correcção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional*" (al. *e)* do art. 81.º CRP), decorrendo estas específicas incumbências do mesmo princípio de coesão territorial (neste caso ditadas por particulares obstáculos de cariz geográfico à coesão do todo do território nacional), o facto é que a preocupação primeira dos poderes públicos nesta

(165) MANUEL PORTO, *ibidem.*

matéria é hoje as (geograficamente muito menos «distantes») regiões do interior do país — e já não os arquipélagos dos Açores e da Madeira (sobretudo na medida em que esta última região apresenta hoje um PIB *per capita* francamente superior à média nacional).

b) Constituição Económica comunitária: o princípio comunitário da coesão económica e social de todo o território da União

No respeitante à política de coesão assente nas clássicas dimensões económicas e sociais, e de modo similar à Constituição Portuguesa no âmbito da Revisão de 2004, também os tratados comunitários, na redacção que lhes foi dada pelo Tratado de Lisboa, passaram a prestar uma especial atenção à *dimensão territorial*, com enfatização do conceito de *regiões menos favorecidas* [166]. Como explicam Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, "o mesmo é dizer que a *directriz da política europeia de coesão* vem radicar, também, segundo as novas regras do direito europeu originário ou primário, numa *política de desenvolvimento territorial harmonioso*, devendo todos os instrumentos normativos derivados, quer de âmbito europeu, quer de âmbito nacional, conformar-se com aquela regra orientadora, sob pena de violação do Direito da União Europeia" [167].

Assim, o Tratado da União Europeia, no seu art. 3.º, n.º 3, proclama hoje a coesão territorial nos domínios económico e social como objectivo prioritário: "*A União promove a coesão económica, social e* territorial*, e a solidariedade entre os Estados-membros*".

E o TFUE contém por sua vez um título que constitui todo ele um desenvolvimento do princípio enunciado no TUE (Título XVIII — «A coesão económica, social e territorial», arts. 174.º a 178.º). Nos termos do art. 174.º do TFUE, "*A fim de promover um desenvolvimento harmonioso do conjunto da União, esta desenvolve e prossegue a sua acção no sentido de reforçar a sua coesão económica, social e* territorial*. Em especial, a União procura reduzir a disparidade entre os níveis de desenvolvimento das diversas regiões e o atraso das regiões menos favorecidas*". Mais especifica o último parágrafo do mesmo artigo que "*entre as regiões em causa, é consagrada especial atenção às zonas rurais, às zonas afectadas*

---

[166] J. J. Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, em *Metódica Multinível...*, cit., p. 184.

[167] *Ibidem.*

pela transição industrial e às regiões com limitações naturais ou demográficas graves e permanentes, tais como as regiões mais setentrionais com densidade populacional mais baixa e as regiões insulares, transfronteiriças e de montanha".

Digno de menção é ainda o preceituado no art. 176.º, relativo ao FEDER — Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, que fixa a este fundo o objectivo de "*contribuir para a correcção dos principais desequilíbrios regionais na União através de uma participação no desenvolvimento e no ajustamento estrutural das regiões menos desenvolvidos e na reconversão das regiões industriais em declínio*".

Refira-se, entretanto, que é muito mais estreita, ou pelo menos mais evidente, no direito constitucional da União, a ligação do princípio da coesão territorial à *solidariedade* (entre os Estados-membros), valor a que os tratados institutivos fazem constantemente apelo em variadas matérias e circunstâncias, e que dá origem a um princípio fundamental autónomo — o *princípio da solidariedade* (cfr. também o art. 3.º, n.º 3, parte final do TUE) [168]. Todavia, e como bem frisa Manuel Porto, tal não significa que os tratados e a União se preocupam (e que por isso se ocupem) apenas com os países no seu conjunto e com as diferenças de desenvolvimento entre eles (países): cuida-se aqui também (para não dizer primeiramente) dos desequilíbrios internos dentro de cada país [169]. As regiões que deverão beneficiar dos fundos estruturais são em princípio unidades recortadas dentro de cada país, "com desequilíbrios patentes entre si, que se quer combater" [170].

c) Constituição Económica comunitária (cont.): política de coesão territorial, direito multinível e administração multinível

Importa ainda referir que, nos termos do art. 175, § 1, do TFUE — e de acordo com o princípio da subsidiariedade (art. 5.º, n.º 3, do TUE) —, cabe a cada Estado-membro conduzir e coordenar as suas políticas para alcançar tais objectivos no respectivo território. Cumpre em contrapartida à União, no âmbito das suas próprias políticas de integração económica

---

[168] João Mota de Campos & João Luís Mota de Campos, *ibidem,* p. 276.

[169] Manuel Porto, *As excepções às regras gerais de elegibilidade territorial…,* cit., p. 44.

[170] Manuel Porto, *ibidem.*

do espaço comunitário, nos termos ainda do referido art. 175.º do TFUE, dar o respectivo contributo aos Estados-membros nesta matéria, apoiando a prossecução dos objectivos destes essencialmente por intermédio dos chamados fundos estruturais (FEOGA — Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola, Secção Orientação; FSE — Fundo Social Europeu; FEDER — Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional; Fundo de Coesão), de financiamentos a atribuir pelo BEI — Banco Europeu de Investimentos e de outros instrumentos financeiros [171].

Ora, e como bem sublinham Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, retira-se claramente desta última disposição do TFUE que a política comunitária de coesão territorial se inscreve "no universo do direito multinível", sendo bem reveladora da "dimensão caracterizadora do direito europeu como um comando jurídico aberto à concretização decorrente dos resultados alcançados a partir da cooperação entre os Estados-membros" [172].

O modo de *produção jurídica multinível* que caracteriza o direito europeu, ainda segundo os autores que se acaba de citar, "assemelha-se aos regimes jurídico-legais de âmbito nacional que se apresentam como regimes gerais a uma ulterior densificação por normas de nível inferior" — muito embora na situação ora em apreço não estarmos perante "«normas de delegação» ao poder administrativo regulamentador, mas sim (perante) «normas de delegação» ao poder normativo estadual dos Estados membros" —, traduzindo-se esta delegação num fenómeno de *difusão* do poder normativo comunitário também "para os centros de produção normativa estaduais", os quais, em sede de complementação e execução dos regimes jurídicos europeus, "desempenham um papel fundamental" [173].

Sublinhe-se bem, pois, que esta matéria (política de coesão territorial), estando como está consagrada em termos expressos nas normas dos Tratados, integra o elenco de competências da União — o que, "segundo o princípio da atribuição de competências à União por parte dos Estados, plasmado no art. 5.º, n.º 1, do TUE", significa que beneficia do estatuto jurídico do primado sobre o direito interno dos Estados-membros [174].

---

[171] Cfr. João Mota de Campos & João Luís Mota de Campos, *Manual de Direito Europeu*, 6.ª edição, Coimbra 2010, pp. 275-276.

[172] J. J. Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, em *Metódica Multinível*..., cit., p. 188.

[173] *Ibidem.*

[174] J. J. Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, *ibidem.*

O mesmo é dizer que, em caso de conflito entre normas estaduais (inclusive de nível constitucional) e normas comunitárias emanadas no exercício daquelas competências (e sem prejuízo da já referida ressalva do art. 8.º, n.º 4, CRP) terá que ser conferida prevalência às segundas.

Assim sendo, e constituindo "os regulamentos europeus que aprovam os regimes jurídicos disciplinadores dos fundos que servem de instrumento à política de coesão" um "nível legal de densificação" desta política que deverá ser uniformemente aplicável em todos os Estados-membros, terão as normas estaduais de complementação e execução destes regulamentos que se conformar-se com o respectivo conteúdo (isto sem prejuízo da margem de apreciação de que sempre gozam os Estados no âmbito da adaptação dos normativos comunitários à respectiva realidade social) [175].

Note-se, por fim, que a partir do momento em que os Estados-membros ficam habilitados a desenvolver tais regimes jurídicos comunitários através de regulamentos administrativos, as suas administrações públicas passam a integrar uma Administração Europeia regida pelo direito administrativo europeu, nos termos dos tratados institutivos (cfr. art. 4.º do TUE, segundo o qual "*os Estados-membros tomam todas as medidas gerais ou especiais adequadas a garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União*") — falando-se então também numa *Administração multinível* [176].

2.8. O princípio da economia de circulação ou de mercado e da livre concorrência

a) *Noções prévias*

Como já se aludiu mais de uma vez, os ordenamentos jurídico-económicos — o mesmo é dizer, as constituições económicas que constituem as suas bases ou fundamentos — e parafraseando agora Rolf Stober, "podem ser formulados como dois princípios fundamentais: se assentam na auto-responsabilidade do empresário, são constituídos na forma de economia de mercado e na forma de livre concorrência; se assentam na

---

[175] J. J. Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, em *Metódica Multinível*..., cit., p. 189.

[176] J. J. Gomes Canotilho & Susana Tavares da Silva, em *Metódica Multinível*..., cit., p. 189-190.

responsabilidade do Estado, são organizados na perspectiva da economia planificada e na perspectiva da Administração de direcção central" [177].

Deparamos sempre, pois, em cada ordenamento com algo que constitui *uma decisão prévia* da respectiva Constituição: mesmo os chamados sistemas mistos ou de economia mista, que procuram juntar "o melhor dos dois mundos", acabam por assentar, basicamente, no modelo económico do mercado e da concorrência. O que vale dizer que mesmo os sistemas ditos de *economia social de mercado*, como o nosso, se baseiam "na autonomia privada, no sentido de um direito ao livre e auto-responsável exercício no domínio económico", sendo a autonomia privada por definição "acompanhada de liberdades objectivas de circulação, que garantem a livre circulação de mercadorias, a livre prestação de serviços, a livre circulação de trabalhadores e a livre circulação de capitais" [178].

A autonomia privada e as liberdades objectivas de circulação são juridicamente asseguradas pelo direito geral de liberdade e pelos tradicionais direitos subjectivos económicos, direitos estes qualificáveis como fundamentais, a partir do momento em tenham assento no texto constitucional, beneficiando então do especial regime de protecção garantido pela lei fundamental — o que acontece entre nós com as liberdades de profissão e de empresa e ainda com o direito de propriedade privada (este último na sua modalidade, quanto ao objecto, de «propriedade de meios de produção»).

Como é óbvio, qualquer Estado soberano (através da máxima expressão da sua soberania, que é o poder constituinte) pode escolher entre o sistema de mercado e o sistema de direcção central e planificada da economia. Pois bem, como vimos, é hoje indiscutível — depois das sucessivas revisões da Constituição de 1976 que resultaram num progressivo fortalecimento dos direitos fundamentais económicos clássicos e da economia de mercado — que a escolha do nosso constituinte recaiu sobre o sistema de mercado.

Isto posto, nunca se sublinhará em demasia o quanto pesou nos definitivos contornos dessa escolha da economia de mercado aberto a adesão de Portugal às Comunidades Europeias (em 1986): com efeito, as grandes mudanças no que se refere à Constituição Económica deram-se apenas com a 2.ª Revisão Constitucional (de 1989), ou seja, logo a seguir à referida adesão. Esta revisão constitucional que procurou adaptar o texto constitucional ao direito comunitário, assim como a (imediatamente antecedente)

---

[177] *Direito Administrativo Económico Geral*, cit., pp. 39-40.

[178] ROLF STOBER, *ibidem*.

adesão à então Comunidade Económica Europeia em si mesma considerada, deram causa a uma verdadeira mudança de paradigma da nossa Constituição Económica — sobretudo na medida em que a chamada Constituição Económica comunitária passou, genericamente, a integrar a Constituição Económica portuguesa, gozando da chamada «prevalência aplicativa» sobre toda a ordem jurídica interna (com excepção dos «princípios fundamentais do Estado de direito democrático» — cfr. art. 8.º, n.º 4, CRP).

Refira-se, por fim, que o modelo da economia de mercado ainda não está explicitamente proclamado numa determinada norma do nosso texto constitucional. Mas a sua consagração resulta globalmente da tutela quer do direito geral de personalidade e de liberdade (art. 26.º, n.º 1, e 27.º), quer dos direitos fundamentais económicos clássicos (art. 47.º, n.º 1, 61.º e 62.º), quer ainda da garantia institucional da propriedade privada e da livre iniciativa económica (art. 80.º, al. *b)* e *c)*) e (como se aprofundará na alínea seguinte) da protecção da livre concorrência (art. 81.º, al. *f)* e 99.º, al. *a)* e *c)*).

b) Do conceito económico de concorrência às normas de defesa da concorrência

A concorrência é o mecanismo de decisão económica próprio do sistema de mercado livre [(179)] que tem por finalidade "garantir a presença no mercado de um número suficiente de empresas independentes funcionando em condições adequadas a proporcionar aos consumidores e utilizadores uma razoável possibilidade de escolha" [(180)]. Assim, haverá concorrência efectiva e eficaz se às empresas for assegurada *liberdade de acesso ao mercado*, se elas dispuserem da *liberdade de acção*, e se, em consequência, os consumidores e utilizadores puderem exercer a *liberdade de escolha* em função do preço e da qualidade dos bens e serviços que lhes são propostos [(181)].

Ora, num mercado aberto onde todos os agentes económicos têm juridicamente liberdade para agir na prossecução dos seus interesses, a concorrência surge como contraponto disciplinador da actividade de cada

---

[(179)] Cfr. Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 272.

[(180)] João Mota de Campos & João Luís Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 599, 600.

[(181)] *Ibidem*.

um deles, promovendo a convergência dos esforços de cada um para a melhoria do resultado do sector em toda a economia [182].

Não bastam todavia para assegurar a liberdade de concorrência de cada um dos operadores económicos as garantias subjectivas de acesso ao mercado e de liberdade de actuação e organização profissional e empresarial (faculdades que integram as liberdades de profissão e de empresa), assim como a liberdade de escolha dos consumidores dos produtos e serviços oferecidos pelos ditos operadores.

Com efeito, o contexto real em que as empresas desenvolvem a sua actividade nos nossos dias não é de «concorrência perfeita» (pois nunca se verifica na prática o modelo económico abstracto e ideal em que os produtos são homogéneos, o mercado é atomizado e onde existe mobilidade dos factores de produção): o mesmo é dizer que "são possíveis desvios mais ou menos acentuados ao funcionamento das regras da concorrência" através de comportamentos de coligação e concertação empresariais e de abusos de posições de domínio no mercado que visem a maximização de vantagens económicas e financeiras dos seus autores com prejuízo para os consumidores e em geral para o são funcionamento do mercado [183].

Ora, é a partir desta constatação que surge a necessidade de criação de normas de defesa da concorrência que previnam e reprimam tais comportamentos: *normas jurídicas* que visam por meios «artificiais» a salvaguarda das *normas económicas* da concorrência (sendo estas últimas, na sua origem, pautas de comportamentos sociais de cariz natural ou espontâneo). O objectivo das leis de defesa da concorrência é assim "o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, seleccionando os mais capazes, logra orientar a produção para os sectores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afectação dos recursos económicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços" (Luís S. Cabral de Moncada) [184].

Deste modo o princípio da concorrência "é assumido como valor *jurídico-objectivo* de organização económica, ou seja, como *garantia institucional* de ordem económica": sendo tida a projecção no mercado das diferentes e autónomas iniciativas (privadas e públicas) "como a forma

---

[182] Adalberto Costa, *Regime Legal da Concorrência*, Coimbra, 2004, pág. 94.
[183] Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 487-488.
[184] *Direito Económico*, cit., p. 486-487.

mais adequada de racionalização económica", o facto é que tal diversidade, quando «entregue a si própria», "longe de por si mesma se perpetuar, tende e restringir-se, mercê de múltiplos processos de concentração económica"; e por isso o poder público é chamado a garantir a estabilidade e a continuidade da dita racionalização económica (Manuel Afonso Vaz) [185]. De garante de direitos subjectivos fundamentais que pressupostamente (se o mercado fosse de «concorrência perfeita») garantiriam por si sós a livre concorrência, passa assim o Estado a "defensor activo da concorrência, para o que lhe compete ditar regras que assegurem o *estado de concorrência*" [186].

Acrescem ainda às normas e políticas de defesa da concorrência motivações de ordem política: pretende-se também com elas "impedir e combater concentrações excessivas de poder económico privado ou público, na certeza de que o resultado respectivo, ou seja, o dirigismo económico privado ou público, é susceptível de pôr em causa a transparência do funcionamento do mercado e o controlo pelo público consumidor por ele potenciado do andamento dos preços e quantidades de bens e serviços, bem como a autenticidade das necessidades, ou seja, numa palavra, a soberania do consumidor" [187].

c) *A defesa da livre concorrência no texto constitucional*

A Constituição consagra como incumbência do Estado, enquanto Estado regulador, "*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*" (art. 81.º, alínea *f)*). Também no âmbito dos «objectivos da política comercial» do Estado (art. 99.º) se incluem a "*concorrência salutar dos agentes económicos*" (al. *a)*) e o "*combate* (…) *às práticas comerciais restritivas*" (parte final da al. *c)*).

O *princípio da concorrência* é por conseguinte assumindo também pela nossa lei fundamental como valor objectivo (ou conjunto de valores objectivos) da ordem económica constitucional.

---

[185] *Direito Económico*, cit., p. 228.
[186] Ibidem. Também *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, cit., pág. 20.
[187] Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., p. 487.

Poder-se-á todavia fazer o reparo de que, mercê das vicissitudes históricas do nosso texto constitucional, acabou por não ser nele acolhido o princípio da economia de mercado e da livre concorrência com a ênfase e o carácter expresso e taxativo que conhece noutras Constituições ocidentais. Dir-se-á nomeadamente que, para além de inexistir uma expressa consagração da economia de mercado aberto enquanto garantia institucional, nas referidas normas constitucionais de defesa da concorrência aparenta prevalecer uma intencionalidade ideologicamente comprometida de proteger (dir-se-ia, apenas) as pequenas e médias empresas, predominando as motivações de ordem também político-ideológica de combate aos «monopólios privados» — isto em detrimento de uma tutela da economia de mercado em geral, de cunho (mais) liberal ou liberalizante. Pelo que, e atentas as antinomias ainda presentes no texto entre princípios tendencialmente antagónicos a que já fizemos abundantes referências, poderiam oferecer fundadas dúvidas o significado e alcance das nossas normas constitucionais de protecção da concorrência.

Contudo, e como veremos de seguida, uma vez que o princípio da economia de mercado aberto e de livre concorrência ocupa na Constituição Económica comunitária um lugar central, impõe-se nesta matéria uma interpretação conforme das supra referidas normas constitucionais com o direito comunitário vigente (sobretudo com os tratados institutivos).

d) A defesa da economia de mercado e da livre concorrência na Constituição Económica comunitária

No n.º 3 do art. 3.º do Tratado da União Europeia [(188)], logo a seguir à reafirmação do objectivo da União de estabelecimento de um mercado interno, proclama-se hoje que o empenho dela (União) no "*desenvolvimento sustentável da Europa*" assenta "*numa* economia social de mercado *altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente*".

Por sua vez, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia á atribuída à União competência exclusiva no "*estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*" (art. 3.º, al. *b)*). As liberdades fundamentais de livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais são objecto de detalhado regulamen-

(188) Versão consolidada do Tratado de Lisboa.

tação nos arts. 28.º a 66.º; e o regime europeu da protecção da concorrência entre as empresas consta por sua vez dos arts. 101.º a 109.º, destacando-se neste último o princípio da igualdade de trato entre as empresas públicas e as privadas (art. 106.º) e o princípio da proibição (relativa) das ajudas de Estado (arts. 107.º a 109.º).

Note-se, por fim, que não obstante o que se acaba de dizer, as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa ao antigo Tratado da Comunidade Europeia denotam uma ligeira inflexão relativamente ao cunho (mais) liberal ou liberalizante que caracterizava aquela (com a redacção que lhe fora dada pelo Tratado de Maastricht). Com efeito, desaparece do «pórtico» do tratado, a saber da sua Parte I («Os princípios»), mais concretamente do conjunto das (actuais) «Disposições de aplicação geral» (actual Título II da Parte I), a referência à adopção de uma política económica "conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência".

Em contrapartida, e como acima se sublinhou, no frontispício do Tratado da União Europeia — no n.º 3 do art. 3.º (artigo onde de algum modo de inscrevem agora a missão e os objectivos últimos da União, e que por isso, de acordo com a nova arquitectura dos Tratados, «sucede» ao antigo art. 2.º do Tratado de Roma [(189)]) — sublinha-se que o desenvolvimento da Europa assenta numa «economia *social* de mercado».

Voltando agora ao TFUE, esta tecla da «economia social de mercado» é reforçada pelo art. 9.º, com a referência às "*exigências relacionadas com a promoção de um elevado nível de emprego, a garantia de uma protecção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e protecção da saúde humana*", e pelo (actual) art. 14.º Este último junta agora (significativamente) à redacção anterior do antigo art. 16.º ("*Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º do tratado da União Europeia e nos artigos 93.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam*

[(189)] Na medida em que a União Europeia sucede à antiga Comunidade Europeia, temos agora uma única entidade regulada fundamentalmente por dois tratados. Tendo em conta esta alteração, ficou reservada ao Tratado da União Europeia a fixação da missão e dos grandes objectivos da União, passando a caber ao antigo Tratado da Comunidade Europeia (actual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) o papel de texto agregador das normas relativas à organização e funcionamento das instituições comunitárias e do regime da respectiva actuação em cada um dos domínios que lhe foram transferidos pelos Estados.

no conjunto dos valores da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões") o seguinte texto: "*O Parlamento e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços*".

Não obstante estas alterações (quase todas relativamente recentes), cujo significado no todo dos tratados institutivos não pode ser ignorado, a verdade é que se mantém a redacção anterior dos (actuais) artigos 120.º (primeiro do Capítulo I — «A Política Económica» do Título VIII — «A Política Económica e Monetária») e 127.º (primeiro do Capítulo II — «A Política Monetária» do mesmo Título VIII), onde se afirma que, respectivamente, os Estados-membros e a União (art. 120.º) e o SEBC — Sistema Europeu de Bancos Centrais (art. 127.º, n.º 1) "actuarão de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*, favorecendo uma repartição eficaz dos recursos, e em conformidade com os princípios estabelecidos no artigo 119.*º"; e que no n.º 1 deste mesmo art. 119.º se diz que "*para alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a acção dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adopção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns,* e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência".