

# **O DIREITO COMUNITÁRIO DOS NEGÓCIOS COMO FONTE DE LEGITIMIDADE DAS PRERROGATIVAS NACIONAIS DE *PUBLICA POTESTAS***

**The Internal Market Community Law as source of Administrative national powers legitimate action**

*Carlos Pedro Sobreira*

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra  
Docente do Ensino Superior – Instituto Politécnico de Leiria,  
sobreircarlos@sapo.pt  
sobreira@esel.iplleiria.pt*

*Palavras-Chave: Direito Comunitário – Direito Comercial Europeu –*

*– Legitimidade – prerrogativas nacionais de publica potestas*

*Key Words: Internal Market Community Law - Administrative National Powers –*

*– Legitimacy.*

## **RESUMO**

*O presente artigo visa proceder à análise do modo como o Tribunal de Justiça das Comunidades entende o complexo de normas jurídicas que moldam o Mercado Interno. Estas podem, até, dado o seu alto grau de sistematização, permitir falar dum verdadeiro Direito Comercial Europeu. Assim, as prerrogativas nacionais de publica potestas encontraram uma nova fonte de legitimidade. É de realçar, aliás, o refindar dessa legitimidade. Passamos duma legitimidade constitucional nacional para uma supra-nacional marcadamente económica e de mercado. A própria ideia tradicional de interesse público, o fio condutor de toda a actividade administrativa, encontra-se posta em causa.*

## ABSTRACT

*The present study seeks to highlight the impact of European internal market rules on the functioning of national administrative powers. At the same time we seek to understand the jurisprudential reasoning of the European Court of Justice as it claims that national executive powers must act accordingly to internal market rules. Thus the principles of direct effect and supremacy turned out as new sources of national executive's powers legitimate action. In view of that the traditional concept of public national good is at stake.*

Em 1990, no prefácio duma obra consagrada ao Direito Comunitário, um Magistrado Inglês, Lord A. Denning comparava-o a «uma corrente de maré violenta que arranca os nossos diques e que, penetrando no interior das nossas terras, vem submergir as nossas casas e os nossos campos – para consternação de todos»<sup>1</sup>. Esta visão, em todo o caso um pouco apocalíptica, dum direito comunitário nefasto e arruinador para os sistemas jurídicos nacionais não deixou de ganhar terreno<sup>2</sup>. Com efeito, os juristas nacionais tomaram progressivamente consciência das inevitáveis evoluções. Daqui para a frente, amplamente admitiram que as mutações que afectam as ordens jurídicas internas operam, cada vez mais, pela influência dum direito comunitário aparentemente incoercível. Para além do mais constataram que esta vaga de fundo, difícil de mesurar, atinge mesmo as mais arreigadas concepções jurídicas nacionais, deixando-nos sós ante as nossas próprias dúvidas e contradições<sup>3</sup>.

Constata-se, de facto, que a Europa comunitária faz confrontar um direito de mercado, o direito comunitário dos negócios, com os instrumentos de regulação pública dos Estados, isto é, com as prerrogativas

---

<sup>1</sup> Lord, A. DENNING, prefácio, in *The European Court of Justice: Judges or Policy-Makers?*, Smith, 1990; citado por P. KINGER-GEST, *Primauté du droit communautaire et droit anglais, ou comment concilier l'inconciliable?*, R.A.E. 1991, n.º 4, p. 19.

<sup>2</sup> Ver, neste sentido, J. CARBONNIER quando afirma: «O meu terceiro terramoto (...) chama-se Europa. E um drama ainda que não sejam sangrento» (*L'Avenir d'un passe, in L'Avenir du Droit, Melanges en l'honneur de F. Terre*, Dalloz, PUF, ed. J.-CL, Paris, 1999, p. 3, sp. p.10).

<sup>3</sup> H. GAUDEMET-TALLON, afirma que «o direito comunitário «confunde» os juristas dos Estados membros da União Europeia e obriga a questionar as tradicionais formas de pensamento» (*in Droit Prive et droit communautaire: quelques reflexions*, R.M.C.U.E., Abril, 2000, n.º 473, p. 229).

nacionais de *publica potestas*<sup>4</sup>. O estabelecimento e funcionamento do «grande mercado» comunitário convidam-nos a uma interrogação: qual a natureza da *publica potesta* nacional e da ordem jurídica a qual esta deve submeter-se? A este respeito – o estabelecimento e funcionamento do mercado comum – influenciam, incontestavelmente, os modos de intervenção estatal, bem como a nossa representação tradicional duma ordem jurídica dominada pela oposição fundamental entre direitos públicos e privados, um e outro absolutamente irreduzíveis.

Ora constata-se, de forma sintomática, que na ordem jurídica comunitária as prerrogativas nacionais de *publica potestas* podem ser desviadas da finalidade que o direito interno lhes atribuiu ficando ao serviço do Mercado comum.

A jurisprudência constante no caso *Blood*<sup>5</sup> ilustra, até em jeito de caricatura, a «sobre-determinação económica do direito na acção pública»<sup>6</sup> que o direito comunitário tende, hoje em dia, a impor. Em concreto, o *Court of Appel* britânico teve que pronunciar-se sobre a pretensão duma mulher que requeria autorização para exportar os gâmetas do seu marido, paciente comatoso, congelados no Reino-Unido, com vista a proceder a uma inseminação artificial, numa clínica belga. A autoridade britânica competente (*Human Fertilization and Embryology Authority ou H.F.E.A.*) recusa autorizar a exportação do sémen congelado invocando que o direito interno inglês interditava qualquer recolha de esperma sem o prévio consentimento do dador.

---

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, L. DUBOIS, *Droit administratif et droit communautaire*, in A.D.J.A., n.º especial – *Le droit administratif*, Junho, 1995, p.66, sp. p. 74. O autor fala duma «confrontação épica» entre o direito comunitário e o direito administrativo «na medida em que, «o grande mercado» torna, cada vez mais, evidente a oposição entre a lógica do serviço público e a da empresa privada».

<sup>5</sup> C.A., *Ex parte Blood*; *All. E. R.*, 1997, 2, p. 687, L. J. Woolf. Como reacções doutrinais críticas a esta decisão, Cfr.: D. MORGAN e R.G. LEE, «In the Name of The Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly», *Modern Law Review*, Novembro, 1997, vol, 60, p. 840; T. K. HERVEY, «Buy Baby: The European union and Regulation of Human Reproduction», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 207; J. FLAUSS-DIEM *Insemination post-mortem: droit anglais et droit communautaire*, *Liber amicorum M. T. Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 217; J.-S. BERGE, *Le droit communautaire dévoyé: le cas Blood*, *Europe*, Dezembro, 1999, cron. p. 4.

<sup>6</sup> Segundo os termos de J. CAILLOSSE, *Le Droit français saisi par le concurrence?*, in *A.J.D.A.*, 2000, cron. p. 99, sp. p. 101.

Ora, a suprema jurisdição britânica considerou que, não obstante as diferentes restrições impostas pelas leis nacionais em presença<sup>7</sup>, o princípio da livre circulação de serviços, (consagrado no artigo 49 do TCE) conferia à viúva o direito de beneficiar dum serviço de procriação medicamente assistida noutra Estado membro que não o do seu domicílio. Além de que, os juizes acrescentaram que os gâmetas, enquanto acessórios daquele serviço<sup>8</sup>, deveriam circular livremente. Em conformidade, a suprema jurisdição britânica censurou a decisão da entidade administrativa pública competente, pelo facto desta, apesar de possuir um amplo poder de apreciação, não ter levado em linha de conta o regime comunitário da livre circulação. De seguida, o mesmo *Court of Appeal* emanou uma ordem obrigando a autoridade administrativa competente a rever a sua posição num sentido mais conforme ao direito comunitário.

Para além das reticências éticas ou morais que esta deliberação pode suscitar, ela permite pensar que as prerrogativas nacionais de *publica potestas* podem ser colocadas ao serviço da aplicação eficaz, na ordem jurídica interna, duma norma comunitária de feição económica ou, pelo menos, que o seu exercício não deve revelar-se incompatível com as regras do Mercado Comum. Esta simples constatação provoca-nos um leque bem fundado de interrogações. Como é possível que uma noção «*sagrada e consagrada*» de direito interno seja, desta forma, desclassificada e colocada ao serviço, indirectamente, via interesses privados, da consolidação do Mercado Comum? É concebível que, em nome do progresso económico, o primado do «Ter» se sobreponha ao primado do «Ser»?<sup>9</sup>

À primeira vista esta instrumentalização parece contraditória com a razão de ser, no seio das ordens jurídicas dos Estados membros, das

---

<sup>7</sup> Segundo os especialistas belgas, o acto de inseminação visado era ilegal. A Lei Inglesa (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*) era, quanto a esta questão, ambígua, tendo sido posteriormente rectificadada.

<sup>8</sup> Para uma nova abordagem na distinção entre coisas e pessoas, Cfr. C. CHABAULT, *De la distinction entre les choses et les personnes. Pour une préposition de nouvelles définitions*, Tese, La Rochele, 1997.

<sup>9</sup> H. GAUDEMET / TALLON, *Droit Communautaire et personnes*, in *Vers une culture juridique européenne*, ss. Dir. S. POILLOT-PERUZZETO, Centro de direito dos negócios da Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, Montchrestien, 1998, p.13.

prerrogativas públicas de autoridade. Tradicionalmente, a noção de *prerrogativas públicas de autoridade* permite estabelecer uma ligação necessária entre o poder, a finalidade do interesse público que ele prossegue e a sua titularidade. No entanto, continua a ser relativamente difícil proceder a uma definição unívoca<sup>10</sup> desta noção, muito embora ela seja de uso frequente no léxico jurídico. Este paradoxo ilustra bem a afirmação, segundo a qual, «*em direito, muitas vezes conhece-se sem se compreender*»<sup>11</sup>. Existem, de facto, estudos jurídicos que, por uma razão ou outra, dizem respeito às *prerrogativas públicas de autoridade*, mas raros são aqueles que as abordam enquanto tais, como objecto de análise e raciocínio. Desta forma, a noção de *prerrogativa pública de autoridade* faz parte das noções jurídicas conhecidas, mas equívocas e polissémicas. Consoante os contextos ela remete-nos para a ideia de competência ou de poder. Permite, por outro lado, identificar a pessoa que é titular do seu exercício<sup>12</sup>. Apesar da confusão terminológica que perpassa no direito positivo nacional e comunitário é indispensável lidar com ela.

Podemos analisar as *prerrogativas nacionais de pública potestas* como o conjunto de competências que a ordem jurídica interna reconhece, expressamente, a certas pessoas ou autoridades públicas em razão das funções de interesse público que elas assumem<sup>13</sup>. Estas, a fim de realizarem os fins que lhes foram atribuídos<sup>14</sup>, devem beneficiar dum

<sup>10</sup> Em direito comunitário, P. MANIN considera que a «prerrogativa pública de autoridade» faz parte «*daqueles noções vagas e amplas*» (De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales, A.J.D.A., 1994, p. 259, sp. p. 263). M. ROUSSET abona neste sentido quando constata que «poucas são as locuções que no direito administrativo possuem um passado tão glorioso como a de poder público. Pena que sejam, igualmente, confusas» (L' *idée de puissance publique* en droit administratif, Tese, Grenoble, 1960, sp. p.7).

<sup>11</sup> H.L.A. HART, L'importance des définitions en droit, *Le positivisme juridique*, ss. Dir. C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT e M. TROPPER, L.G.D.J., 1992, p. 90.7

<sup>12</sup> Trata-se, no fundo, do que M. ROUSSET chama de uso «*personalista*» da ideia de poder público (L' *idée de puissance publique* en droit administratif, op. cit., p. 8)

<sup>13</sup> *Vocabulaire juridique*, eds H. CAPITANT, ss. Dir. G.CORNU, PUF, 2.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 613.

<sup>14</sup> F. SUAREZ fala numa força ou poder públicos «susceptíveis de realizar» os fins que lhes foram atribuídos (Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore, 1612, livro III, cap. II, 3). *Addendum*: R. WILENIUS, The Social and Political Theory of Francisco Suarez, Tese, Helsinquia, 1963.

leque de prerrogativas<sup>15</sup> ou de direitos que lhes confirmam, nas relações jurídicas com outros sujeitos de direito<sup>16</sup>, uma certa superioridade, poder ou imunidade. Estes direitos ou prerrogativas surgem, mais precisamente, como poderes ou atributos necessários a eficácia do Estado na realização das funções de interesse público que lhes estão confiadas<sup>17</sup>. Eles são sistematicamente ordenados e delimitam o quadro relativo ao seu exercício<sup>18</sup>. Adoptando-se uma concepção alargada de «prerrogativas de autoridade pública»<sup>19</sup>, é possível concebe-las como «*poderes deveres objectivos*»<sup>20</sup>. Estes são conferidos à autoridade pública para que prossiga fins de interesse geral e não particular<sup>21</sup>. Noutros termos,

<sup>15</sup> M. HOURIOU nota, igualmente, que as prerrogativas de autoridade pública «assumiram a figura de direitos». (*Repertoire Bequet*, Tomo 14 – Droit Administratif, p. 1)

<sup>16</sup> Adoptamos aqui uma concepção técnica de poder público, conhecido como um conjunto de procedimentos, por oposição a uma concepção ideológica ou metafísica. Sobre esta distinção, Cfr.: M ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Tese, ss. Dir. C. COLLIARD, Grenoble, 1960.

<sup>17</sup> Neste sentido, a propósito do direito administrativo: S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bolonha, 1991, p. 53.; M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 260-264.; W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, University of London Press Ltd, 2.<sup>a</sup> ed., Londres, 1959, p. 194.

<sup>18</sup> Ver, por exemplo, a noção de especialidade no direito administrativo francês: J.-P THERON, *Recherche sur la notion d'établissement public*, pref. J. MAZERES, B.D.Pub., Tomo 123, L.G.D.J., 1976.

<sup>19</sup> Não nos reteremos, pois, na noção restrita de «prerrogativas públicas de autoridade» própria do contencioso administrativo. O direito comunitário refere-se não apenas as acções das simples «*administrações nacionais*», mas ao conjunto dos poderes públicos nacionais, no sentido que lhes é atribuído pela teoria do Estado (BEAUD, *La Puissance de L'Etat*, Leviathan, PUF, 1994, sp. p. 12).

<sup>20</sup> Segundo L. DUGUIT, «*aqueles que, de facto, detêm o poder não o tem na qualidade de um direito subjectivo de autoridade pública, mas o dever de empregar os seus poderes em prol da organização dos serviços públicos, assegurando-os e controlando o seu funcionamento*» (Les transformations du droit public, coll. Le mouvement social contemporain, Armand Colin, 1913, sp.p. XVIII); E. PICARD, acrescenta, por seu lado, que «*Instituídas para estarem ao serviço do fins do Estado de Direito, (as prerrogativas públicas de autoridade) são, num sentido um pouco diferente daquele que lhe era atribuído por L.Duguit, "poderes-deveres objectivos"*» (La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?, A.J.D.A., 1998, p. 651, sp. p. 662); Veja-se, ainda, as considerações tecidas por Servulo Correira a respeito da natureza da autonomia pública contratual (Servulo Correira, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coll. Teses, Almedina, 1987, pp. 490-532)

<sup>21</sup> Veja-se, por exemplo, a propósito da força pública, o artigo 12 da Declaração Francesa

eles revestem-se dum carácter essencialmente finalista ou funcional<sup>22</sup>. Elas não podem ser equiparadas aos direitos fundamentais ou, até mesmo, às liberdades reconhecidas, consagradas ou garantidas a todos os sujeitos de direito. No que a estes diz respeito deveremos pensar, sempre, em termos de «competências», de «poderes» ou, ainda, de «prerrogativas» ou «privilégios» mais ou menos discricionários<sup>23</sup>.

Como sustenta, adequadamente, R. von Ihering<sup>24</sup> se os direitos são «*interesses juridicamente protegidos*» temos, então, que proceder à separação entre as prerrogativas públicas de autoridade reconhecidas às pessoas colectivas e autoridades públicas e que correspondem a um «interesse geral juridicamente protegido» e, os direitos subjectivos reconhecidos às pessoas físicas, sendo estes «*interesses particulares juridicamente protegidos*»<sup>25</sup>. Deste modo, a heteronomia jurídica das pessoas colectivas e das autoridades públicas opõe-se, por natureza, à autonomia jurídica das pessoas singulares.

O direito comunitário modifica a concepção tradicional de prerrogativas nacionais de autoridade. Na medida em que aquelas intervem na sua aplicação, o seu fim deixa de ser a satisfação do interesse público nacional, representado pela preservação da ordem pública e de certos valores julgados essenciais à coesão social interna, para passar a responder às exigências do interesse geral comunitário e, em particular, à realização e funcionamento do grande mercado interno.

---

dos direitos do homem e do cidadão; e arts. 266.º e 271.º da CRP; Cfr. E. PICARD, *Commentaire de l'article 12, in La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, ss. Dir. G. CONAC, M DEBENE e G.TEBOUL, Economica, 1993, p.249.

<sup>22</sup> Para E. PICARD: «As prerrogativas públicas de autoridade – a força pública, no sentido orgânico ou funcional do termo – não tem outro significado que não o de valor e existência funcional e condicional. Segundo Estado de Direito, elas não devem e nem podem receber outro estatuto que não este» (*La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?* Artigo prec..., sp. p. 662.).

<sup>23</sup> Segundo E. PICARD: «as pessoas colectivas publicas recebem missões, funções, atribuições, competências, poderes e até mesmo prerrogativas, privilégios, da mesma forma que lhes são atribuídas obrigações e deveres, mas nunca direitos fundamentais uma vez que a ordem jurídica do Estado de Direito, que repousa sobre estes, não foi erigida para benefício das pessoas colectivas publicas» (*La liberté contractuelle des personnes juridiques constitue-t-elle un droit fondamental?* Art prec. sp.p.662 e 663).

<sup>24</sup> R. Von IHERING, *L'esprit du droit Romain*, Tomo IV, 1877, sp. n.º 70.

<sup>25</sup> Para uma distinção similar, Cfr. A. De LAUBADERE, J.-C. VENEZIA e Y. GAUMET, *Traité de droit administratif*, Tomo, I, L.G.D.J., 13.ª ed, 1994, sp.n.º 3.

É a própria ideia de interesse geral que é, fundamentalmente, posta em causa. Assim que as prerrogativas nacionais de autoridade pública perturbem a realização do Mercado comum é evidente que estas deixam de estar, exclusivamente, ao serviço do interesse público nacional passando a actuar em nome das liberdades económicas garantidas pelo TCE. Com efeito, esta abordagem que o direito comunitário leva a cabo e que desenvolve uma concepção «*utilitária e liberal*»<sup>26</sup> do interesse público é, relativamente, nova. Em certa medida, esta permite «*pensar a organização da vida social com base no modelo da actividade económica sem que, nas relações entre indivíduos, seja necessária a intervenção do poder político regulador*»<sup>27</sup>. Verdade se diga que, segundo a teoria liberal clássica, o livre jogo dos interesses privados é reputado como o condutor óptimo na realização do interesse público.

Do mesmo modo, o direito comunitário ensina-nos que a autoridade pública e a autonomia privada não são absolutamente antagónicas mas que, ao invés, a sua análise é parcialmente redutível. Com efeito, a sua aplicação combina a lógica do direito administrativo com a da regulação comercial. Esta lógica convida-nos, pois, a conceber as prerrogativas nacionais de autoridade pública como instrumentos duma integração económica programada. Em concreto, o direito comunitário enquadra o seu exercício em direcção aos objectivos gerais fixados pelo TCE afectando, indirectamente, algumas das mais tradicionais noções jurídicas internas, a saber: a separação de poderes e a de serviço público.

Daqui em diante tudo se passa como se os “ataques” às concepções tradicionais de direito interno fossem, essencialmente, condicio-

---

<sup>26</sup> R. HADAS-LEBEL, *in* Reflexions sur l'interet general, E.D.C.E., n.º 50, La Documentation française, Paris, 1999, p. 248; a nosso ver esta concepção resulta duma escolha ideológica e não visa o alargamento das competências comunitárias.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 248, o postulado e, então, o de que «*o mercado, pelo seu simples funcionamento e sem quaisquer outras referências que não as suas próprias leis, e suficiente para se obter o adequado equilibrio da sociedade*» (M.-A. FRISON-ROCHE, *Le contrat et la responsabilité: consentments, pouvoirs et regulation economique*, R.T.D.C., 1998, p.43).

Não se pode negar que as questões económicas regulamentadas pelas disposições do direito vieram modificar a concepção nacional de ordem pública. Como é demonstrado pela jurisprudência Blood, na ordem jurídica comunitária cada um de nós se reconduz ao seu «eu», o mesmo é dizer, às suas concepções éticas e morais.



nados pela influência do Mercado comum<sup>28</sup>. Isto encontra explicação no facto do direito comunitário consagrar uma «*nova ordem jurídica de direito internacional*»<sup>29</sup> ou, ainda, uma «*ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados-Membros*»<sup>30</sup>. Toda a ordem jurídica é, por essência, normativa<sup>31</sup>. Os autores do Tratado de Roma levaram a cabo a tarefa de estruturar e organizar um conjunto de instituições<sup>32</sup> competentes para emanarem normas de direito<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Parafrazeando M. JEATIN ao afirmar que «*Em definitivo, tudo se passa como se os ataques as concepções tradicionais do Direito das Coisas fossem, essencialmente, condicionados pela influência do Mercado Comum*» (cit. Por M.-A. FRISON-ROCHE, *Le Droit financier entre volontés et informations*, in *Mélanges Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 11).

<sup>29</sup> C.J.C.E., Van Gend & Loos, 05/02/63, Ac. 26/62, Rec. p. 1.

<sup>30</sup> C.J.C.E., Costa, 15/07/64, Ac. 06/64, Rec. p. 1141.

<sup>31</sup> G. SCALLE, *La notion d'ordre juridique*, R.D.P., 1944, p. 88.

<sup>32</sup> Segundo J. MONNET, «*são as instituições que comandam as relações entre os Homens, são elas o verdadeiro suporte da civilização*».

<sup>33</sup> C. GAVALDA e G. PARLEANI, *Droit des affaires de L'Union européenne*, Litec, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1998, sp. n.º 38. A fonte deste poder comunitário, normativo e autónomo – vis-a-vis as ordens jurídicas interna e internacional – reside no artigo 249 do Tratado ao prever que «*Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu, em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres*». Apenas evocamos as directivas, regulamentos e decisões pois que o artigo 249 do TCE precisa que «*As recomendações e os pareceres não são vinculativos*». Pela mesma razão não teremos em conta os actos comunitários atípicos, nascidos da prática institucional comunitária, não previstos pelo tratado, tais como: as resoluções, as deliberações, as conclusões, as declarações ou, ainda, as Comunicações, (C. AUTEXIER, *L'hétérogénéité du droit communautaire dérivée*, R.I.D.C., 1982, p.337. O TJC considerou, por vezes, que tais actos, em virtude do seu conteúdo, são susceptíveis de produzir efeitos jurídicos próprios na esfera jurídica dos seus destinatários. Veja-se o C.J.C.E., *Comissão vs Conselho*, 31/03/71, Caso. 22/70, Rec., Rec. p. 263, quando confirma a aptidão duma deliberação do Conselho para produzir «*efeitos de direito*» obrigatórios para as instituições e para os Estados; ao atestar o efeito directo de algumas disposições constantes numa Comunicação da Comissão que consagrava a interdição de qualquer restrição injustificada das liberdades de estabelecimento e livre circulação de capitais e, portanto, vinculativa para os Estados membros, Cfr.: C.J.C.E., *França vs Comissão*, 20/03/97, Caso. C-57/95. Rec. I., p. 1627; Neste caso o TJC reconheceu a incompetência da Comissão em adoptar um acto da competência do Conselho no entanto, a argumentação do juiz comunitário não deixou de surpreender já que parece contradizer as posições, supostamente adquiridas, segundo as quais as Comunicações da Comissão não vinculariam senão a própria, (M. MELCHIOR, *Les Communications de la Commission, contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par le traité*, in *Mélanges, Dehousse*, Tomo II, Nathan, Paris, 1979, p. 243).

O TJC precisou, de seguida, que estes «*poderes reais*» ou «*prerrogativas*»<sup>34</sup> eram próprios das instituições comunitárias, já que estas «*resultaram duma limitação ou transferência de competências por parte dos Estados membros*»<sup>35</sup>.

Assim, a Comunidade Europeia, no quadro dos seus limites funcionais, aparece como autoridade institucional ou como autoridade pública de pleno direito, o mesmo é dizer, distinta das autoridades nacionais e encarregue de estabelecer uma nova ordem com regras, leis e estruturas próprias.

Os juízes expressamente afirmaram que o «*Tratado (C.E.) não se limita a criar obrigações recíprocas entre os diferentes sujeitos aos quais ele se aplica, mas estabelece ex novo uma ordem jurídica que rege os poderes, direitos e obrigações dos ditos sujeitos, bem como os procedimentos necessários à verificação e sanção de qualquer eventual violação*»<sup>36</sup> Ora, se a ordem jurídica comunitária tem a vocação para reger os poderes dos seus sujeitos tem, também, e a *fortiori*, aptidão para enquadrar as prerrogativas nacionais de autoridade pública, o mesmo é dizer que as dirige e modera segundo regras que lhe são próprias. São duas as características fundamentais da ordem jurídica comunitária, a saber: a sua natureza puramente finalista e a notável apetência para a eficácia. São estas que determinam, precisamente, o modo como as prerrogativas nacionais de autoridade são enquadradas pelo direito comunitário.

Em qualquer hipótese, aquelas devem concorrer para a realização das finalidades, de cariz eminentemente económico, fixadas no TCE. A dita teoria do «Tratado-fundador» acolhe, por inteiro, o carácter pura-

---

<sup>34</sup> A título de exemplo, P. PESCATORE afirma que a Comissão europeia «*possui as prerrogativas essenciais que, no quadro da separação de poderes, definem o executivo*» ( Cit, por J. SCHWARZE, in *Droit administratif européen*, Vol. I, O.P.O.C.E., Bruylant, Bruxelas, 1994, sp.p.27.); C.A. MORAND, *La législation dans les Communautés européennes*, prefac. M. VIRALLY, B.D.I., Tomo XLIX, L.G.D.J., Paris, 1968; G. MAJONE, «*Regulatory Federalism in the European Community*» *Government and Policy*, 1992, vol. 10, p. 299.

<sup>35</sup> C.J.C.E., *Costa*, 15/07/64, C-06/64,prec; C.J.C.E., *Ciola*, 29/04/99 C-224/97, *Rec.* p. I-2517, cf. pts 26, 28-32, 34.)

<sup>36</sup> C.J.C.E., *Comissão vs Luxemburgo e Bélgica*, 13/11/64, casos conj. 90 e 91/63, *Rec.* p.1220; C.J.C.E., 22/10/98 *Ministero delle Finanze* IN.CO.GE.90, C-10/97 a C-22/97, *Rec.* p. I-6307, cf. pt21.

mente teleológico da ordem jurídica comunitária<sup>37</sup>, convidando-nos a considerar o TCE como acto fundador dum poder institucionalizado ao serviço exclusivo da integração comunitária.<sup>38</sup>

O objectivo dos signatários do Tratado foi o de integrar os Estados num conjunto mais vasto dotado de existência e identidade própria, onde, por um lado a economia seria o motor da integração e, por outro, o direito, seu veículo, razão pela qual frequentemente se fala em «integração pelo direito»<sup>39</sup>. No essencial, confiaram ao liberalismo económico a tarefa de consolidar o processo comunitário de integração<sup>40</sup>.

Ora, segundo o artigo 2 do TCE<sup>41</sup>, «*A Comunidade tem por missão (...) promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, um elevado nível de emprego e protecção social, (...) um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre Estados membros.*»

O mesmo normativo prevê, ainda, os meios julgados necessários à

---

<sup>37</sup> Cfr. : H. LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation: le traité instituant la C.E.E.*, pref. C.A. COLLIARD, B.D.I. tomo XLVIII, L.G.D.J. Paris, 1968, sp. p.51 e segts.

<sup>38</sup> Segundo D. SIMON, a integração é, também, «*um princípio constitucional de base*» do direito comunitário (*Le système juridique communautaire*, coll. Droit fondamental, PUF, 2.<sup>a</sup> ed. Paris, 1998, sp. 39).

<sup>39</sup> Ver, por exemplo, J.-M. FAVRET, *Droit et pratique de L'Union européenne*, Gaulino Paris, 1996, esp.p.176. O autor fala numa « Comunidade » pelo « direito ».

<sup>40</sup> J. SHAPIRA, G: le TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, Tomo I, coll. Themis-Droit prive, PUF, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, 1999, sp.p.4, *Critique de la raison communautaire, Utilité publique et concurrence dans L'Union européenne*, ss. Dir. L. CARTELIER, J. FOURNIER et L. MONNIER, CIRIEC, França, Economica, Paris, 1996; L. IDOT, *La Concurrence, condition d'adhésion a l'Union européenne: l'exemple des pays d'Europe centrale et orientale*, in Mel. Champaud, Dalloz, 1997, p.361.

<sup>41</sup> No quadro do direito comunitário originário este normativo, em virtude da sua amplitude, possui uma importância *quasi-constitucional*. Neste sentido, ver: S. POILLOT-PERUZZETTO et M.LUBY, *Droit Communautaire applique aux entreprises*, Dalloz, Paris, 1998, sp.n.º 85, p.18; STREIT et MUSSLER, «The Economic Constitution of the EC – From «Rome» to «Maastricht» », E.L.J., 1995, vol. 1, p. 5; BUCHANAN, «Europe's Constitutional Future», *Institute of Economic Affairs Readings*, 1990, n.º 33, p.11.

sua concretização. O primeiro deles consistia no estabelecimento dum mercado comum que substituísse «os mercados nacionais mais ou menos fechados por um vasto mercado não falseado ao qual teriam acesso, em condições de plena igualdade, os cidadãos e as empresas»<sup>42</sup>. A criação deste espaço territorial unificado postula que a oferta e a procura se encontrem nas mesmas condições que as de um mercado nacional. A este respeito o TJC afirmou, claramente, que o Mercado Comum «visa a eliminação de todos os entraves às trocas comunitárias tendo em vista a fusão dos mercados nacionais num mercado único cujas condições sejam tão próximas quanto possível às de um verdadeiro mercado interno»<sup>43</sup>. Para que a economia funcione dum modo eficaz<sup>44</sup> as empresas devem, pois, desenvolver livremente as suas actividades à escala do território Comunitário e do E.E.E.

Isto implica, em termos da teoria económica, que os factores de produção – trabalho, capital, produtos e serviços intermédios (input) – assim como os bens e serviços que daqueles resultam (output) – circulem livremente. Ao nível europeu a realização da integração económica programada pressupõe uma liberalização alargada das trocas comerciais entre os Estados, no fundo, o livre acesso ao mercado comum.

Por esta razão, «a abolição, entre os Estados membros, dos obstáculos, à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais», bem como a instauração «no mercado interno, dum regime não falseado de concorrência» figuram no artigo 3 do TCE, instrumento jurídico ao serviço de objectivos pré-definidos<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, coll. *Precis*, Dalloz, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, p. 13., E a consequente necessidade de políticas de acompanhamento (transportes, industrial, regional, social, energética, pesquisa e desenvolvimento, ambiental e protecção dos consumidores). Para uma apresentação de conjunto do direito comunitário material Cf. L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel communautaire*, coll. *Domat-droit public*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 529.

<sup>43</sup> C.J.C.E., *Schull*, 05/05/82, Caso. 15/81., Rec. p. 1. 409, sp. p. 33.

<sup>44</sup> Esta eficácia deverá permitir, no quadro da teoria dos custos comparativos, a obtenção de resultados económicos óptimos isto é, a produção de mais bens, com o menor custo, no interior do Mercado Comum. (W. MOLLE, *The Economics of European Integration*, Aldershot, Dartmouth, 1990, p. 9; ver, ainda, sobre a teoria das vantagens comparativas no quadro do comércio internacional, LOPES PORTO, Manuel, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, Eds, Almedina, Coimbra, 2003.

<sup>45</sup> Segundo a Comissão Europeia, a política de concorrência é «numa dupla dimensão,

Nesta perspectiva, bem se percebe que o direito comunitário dos negócios<sup>46</sup> ou direito comercial europeu<sup>47</sup> desempenhem um papel determinante. Ele pode ser definido como o «*regime jurídico do mercado interno comunitário*»<sup>48</sup> ou, mais precisamente, «*o direito regulador do sistema do mercado interno*»<sup>49</sup>. Ele distingue-se, desta forma, do direito comunitário propriamente dito, já que constitui um sub-sistema especializado.

Se é verdade que o direito comunitário pode ser definido como o conjunto de regras que governam as instituições e o funcionamento das Comunidades, já o direito comunitário dos negócios consagra regras especialmente dirigidas ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno. Este não surge, portanto, como um quadro sistémico de regras portadoras de certas concepções sobre o útil e justo<sup>50</sup>, mas sim

---

um instrumento importante ora para promover a integração económica, ora para permitir uma afectação óptima dos recursos (XX Relatório sobre Política de Concorrência, 2000, p.11). Como refere L. IDOT, «os objectivos comunitários são simples. É necessário integrar os mercados nacionais no quadro do respeito pelas regras duma economia de mercado», (Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire, *R.T.D.E.*, 1998, p.295, sp.p. 296.).

<sup>46</sup> C. CAVALDA e G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, op.cit.; J. SCHAPIRA, G. le TALLEC ; J.-BLAISE e L. IDOT, *Droit européen des affaires*, op. cit.; L. VOGEL e J. VOGEL, *Le Droit européen des affaires*, Dalooz, 2.<sup>a</sup> Ed, Paris, 1994.; A. DECOQ, *Droit Communautaire des affaires*, Les Cours de droit, Paris, 1990.

<sup>47</sup> B.GOLDMAN, A. LYON-CAEN e L. VOGEL, *Droit commercial européenne*, op.cit.

<sup>48</sup> G. DRUESNE, *Droit et politiques de la Communauté et de l'Union Européen*, coll. Droit fondamental – Droit International, PUF, 3.<sup>a</sup> Ed, 1995, sp. n.4, p. 18 (itálico acrescentado). Certos autores preferem definir o «direito dos negócios» como o direito da empresa, abarcando o estudo das estruturas jurídicas de afectação patrimonial e organização interna da empresa bem como, das relações externas concorrenciais ou de cooperação e, ainda, das sujeições jurídicas impostas às empresas pelo ambiente. (C. CHAMPAUD, *Le Droit des affaires*, coll. Que sais-je?, 1978, PUF).

<sup>49</sup> Neste contexto a legislação desenha «*a organização, a manutenção e a perenidade do equilíbrio num determinado conjunto*» (M.-A. FRISON-ROCHE, Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique, artigo pré-citado., sp.p. 43) ou, ainda, «*a acção de mecanismos correctores que mantêm um sistema em existência*», M. CROZIER, *État modern*, Fayard, Paris, 1987, sp.p.123.

<sup>50</sup> Os sistemas jurídicos nacionais visam combinar, numa ideia de justiça, considerações de utilidade social e eficácia material (J.-L. BERGEL, *Théorie général du droit*, Dalloz, 3.<sup>a</sup> Ed, Paris, 1999). A título de exemplo, G. GHESTIN afirma que «*o justo e o útil são (...) os princípios fundamentais da teoria geral das obrigações*» na medida em que a autonomia da vontade é «um instrumento ao serviço do direito objectivo». (*Traité de Droit civil. Les Obligations. La formation du contrat*. L.G.D.J., 3.<sup>a</sup> Ed., Paris, 1993, respectivamente n.º 255, pp. 202-203 e n.º 282, p. 225.

como instrumento que visa obter, em prazos razoáveis, uma integração económica regional<sup>51</sup>.

De facto, a sua especialidade reside essencialmente nas suas regras materiais que englobam o regime jurídico da livre circulação<sup>52</sup> e concorrência. As normas institucionais são mais especiais do que específicas, razão pela qual as análises institucionais levadas a cabo no quadro do mercado comum podem, na maioria dos casos, ser generalizadas ao conjunto do direito comunitário.

Naturalmente, o facto económico entendido como «*a apreensão da criação de riqueza global pela conjunção dos factores de produção*» está no cerne do direito do direito comunitário dos negócios<sup>54</sup>.

Inegável é que a sua especificidade decorre, em geral, quer na sua essência quer na sua substância, de considerações económicas<sup>55</sup>. Em primeiro lugar, os seus traços mais característicos são explicados pela sua finalidade económica. Deste modo, o desenvolvimento dum abordagem pragmática e experimental às situações, às expensas dum construção racional e científica, exprime uma vontade ou aptidão para uma adaptação constante à cambiante realidade dos factos económicos. Da mesma forma, a introdução dum novo tipo de regulação traduz a percepção dum hiato entre os instrumentos clássicos de intervenção

---

<sup>51</sup> O direito comunitário fundado sobre a ideia de racionalidade económica opõe-se, radicalmente, às concepções nacionais pré-citadas (J. BOULOUIS *Droit économique*, in *Mel R. Drago*, *Económica*, 1996, p. 174. Anexado à economia, ele faz eco da teoria do Anglo-saxónico J. BENTHAM que no início do Séc. XIX já considerava «*que a arte jurídica encontrava-se anexada à economia política sob a ditadura do útil*», citado por M. VILLEY, *Leçons d'histoire de philosophie du droit*, 2.<sup>a</sup> éd., Paris, 1962, sp. p. 73. Addendum: P. REUTER que evoca, igualmente, a «*a invasão da teoria jurídica pela teoria económica*», (intervenção, in *Dix Ans de jurisprudence de la Cour de Justice, K.S.E., Carl Eymanns Verlag*, 1965, p. 30)

<sup>52</sup> Restringimo-nos aqui às quatro liberdades mais importantes: a livre circulação de mercadorias (arts. 23 a 38, a livre circulação e residência dos trabalhadores (arts. 39 a 42), de estabelecimento (arts. 43 a 48), a prestação de serviços (arts. 49 a 55) do TCE.

<sup>53</sup> - M. FRISON ROCHE, *Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites*, D., 1994, chron., p. 13.

<sup>54</sup> Acrescente-se que este não resume, apenas, aos termos das trocas (fluxos de bens, serviços e moeda) mas integra, igualmente, uma dimensão social.

<sup>55</sup> Neste sentido, J. SHAPIRA, G. le TALLEC, J.-B. BLAISE e L. IDOT, *Droit européen des affaires*, Tomo I, *op.cit.*, sp. Cap. 3, *L'amalgama entre le Droit et l'Economie*, p. 44 e ss.

pública e o respeito pelas finalidades económicas (livre circulação ou livre concorrência)<sup>56</sup>.

Em segundo lugar, o conteúdo económico deste direito justifica a tomada de postulados (racionalidade calculadora dos agentes económicos, custos de transacção, princípio da proporcionalidade, etc.), de conceitos (livre circulação de mercadorias, livre concorrência, empresa, etc.)<sup>57</sup> e análises “emprestadas”<sup>58</sup> das ciências económicas.

Prova-se plenamente que o direito comunitário dos negócios se organiza numa perspectiva sistémica e reguladora duma economia de mercado<sup>59</sup>. Ele fixa um conjunto de comandos (princípio da igualdade entre operadores) e prescrições de comportamentos (arts. 81 e 82 do TCE) aplicáveis a situações concretas em razão da sua natureza e âmbito económicos<sup>60</sup>, com vista garantir a liberdade das trocas e a manutenção, no seio do Mercado interno, duma estrutura concorrencial íntegra. O seu fito principal é assegurar eficazmente a continuidade do sistema económico comunitário, lançando mão duma vigilância e repressão

---

<sup>56</sup> Cfr.: G. MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Coll. Clefs/Politique, Montchrestien, Paris, 1996 ; M.-FRISON-ROCHE, *L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence*, L.P.A., 17/05/95, n.º 59, p. 4.

<sup>57</sup> J. SCHAPIRA, *concepts économiques et droit européen*, J.D.I., 1972, p. 6 ; D. SIMON, *L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale: impressionnisme ou réalisme ?* in *Mélanges Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1993, 1993, p. 716 ; H. BAUER-BERNET, *Notions indéterminées et droit communautaire*, in C. PERLEMAN e R. Van der ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelas, 1984, p. 264. ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Concepts et méthodes en droit communautaire de la concurrence et des sociétés*, in *Vers une culture juridique européenne*, ss. Dir. S. POILLOT-PERUZZETTO, Centre de droit des affaires de l'Université des sciences sociales de Toulouse.

<sup>58</sup> Como exemplo da cedência da apreciação jurídica à análise económica, Cfr.: T.P.I.C.E., F.F.S.A., 27/02/97, Caso T-106/95, Rec. II, p. 229; S. DESSELAS e S. RODRIGUES, *Lettre des entreprises européennes en réseaux*, n.º 33, Março 1997, p. 3 ; M DULUPTY, *Le service public consacré*, *Les Echos*, 09/04/97, p. 53.

<sup>59</sup> Para uma concepção do direito dos negócios enquanto direito de organização, Cfr.: L.-J. CONSTANTINESCO, *La Constitution économique de la C.E.E.*, R.T.D.E., 1997, p. 244; J. PAILLUSSEAU, *Le droit est aussi une science de l'organisation*, R.T.D.Com., 1989, p. 1. *Addenda*

<sup>60</sup> Note-se que o tratado C.E. não deixa senão um espaço extremamente reduzido à autonomia da vontade, à arbitragem ou à *lex mercatória*.

permanentes ante comportamentos susceptíveis de falsearem a concorrência e, conseqüentemente, afectarem o comércio entre Estados, fazendo perigar a estrutura do Mercado Interno.

A este respeito e desde que o comportamento possua uma “coloração” económica, pouco importa que provenha de autoridades públicas ou de privados. Ao mesmo tempo é evidente que o exercício da autoridade pública, em virtude dos seus efeitos jurídicos específicos, está particularmente condicionado pela repressão sistemática do mercado comum. Com efeito, actualmente, as relações económicas não repousam, apenas, no plano das relações sinalagmáticas, quer entre privados, quer entre empresas e consumidores, mas dependem, igualmente, do exercício dum leque de prerrogativas nacionais de autoridade<sup>61</sup>.

Dentro dos limites territoriais de cada Estado, este pode constrianger os operadores económicos ou modificar artificialmente a estrutura do mercado no qual eles operam e evoluem, o que, à escala comunitária, favorece as discriminações e os monopólios. Deste duplo ponto de vista, o exercício das prerrogativas públicas nacionais verga-se às exigências dum mercado interno fundado sobre uma filosofia neo-liberal<sup>62</sup> e na ausência de qualquer forma de discriminação em razão da nacionalidade.

O direito comunitário dos negócios afirma-se, assim, sobre os poderes nacionais cujo exercício interfere com regulamentação económica europeia.

Ora, o campo de aplicação das regras da concorrência veio limitar o espaço que estava reservado às prerrogativas de autoridade. Com efeito, a qualificação funcional de empresa permitiu alargar o seu âmbito material de aplicação ao conjunto das actividades económicas. Tal qualificação reduziu a noção de Estado à sua porção congruente, o mesmo é dizer, às irreduzíveis funções legislativa, jurisdicional, de

---

<sup>61</sup> J. HILAIRE, *Le droit des affaires et L'histoire, Economica*, Paris, 1995, sp.p.9

<sup>62</sup> Ver, em particular, o artigo 4 do TCE, quando se refere ao «*princípio dum economia de mercado aberta onde a concorrência é livre*». Aliás, é facilmente descortinável a plena funcionalização dos princípios da ordem jurídica comunitária à realização e funcionamento do mercado interno; aliás, é muito comum assacar-se ao TJC um espírito de claro «*messianismo existencial*» na interpretação de muitos estalões normativos do Tratado. Neste sentido, ver GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, Eds. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 212-213, sp. p. 213.



polícia e solidariedade. Só estas escapam, em definitivo, à aplicação do direito comunitário das práticas anticoncorrenciais. Por outro lado, o enquadramento dos poderes realengos resulta dum conjunto de regras que se dirigem especificamente aos Estados e não às empresas ou aos particulares.

Certas disposições do TCE referem-se, *expressis verbis*, às autoridades públicas nacionais, tentando evitar que elas criem obstáculos injustificados às liberdades económicas funcionais garantidas pelo Tratado. A título de exemplo, o n.º 1 do artigo 81 interdita toda e qualquer medida nacional susceptível de subtrair as empresas à aplicação das disposições pertinentes do Tratado. A garantia de eficácia deste tipo de disposições implica, por parte das instâncias comunitárias, um controlo sobre os «*os Estados, poderes públicos*»<sup>63</sup>. No essencial, a moderação do poder estatal passa, também, pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao exercício das prerrogativas públicas de autoridade.

Finalmente, parece que as liberdades económicas funcionais reconhecidas pelo Tratado C.E. são incompatíveis com qualquer tipo de regulamentação e de práticas nacionais intervencionistas, muitas vezes proteccionistas. Desta forma, o direito comunitário é, muitas vezes, apresentado como uma máquina destinada a desmantelar o poder público nacional em prol da autonomia privada<sup>64</sup>. Com efeito, a economia de mercado repousa na multiplicação de actos de produção, de troca e de repartição da riqueza, no fundo, naquilo que comumente se apelida por *comércio*.

---

<sup>63</sup> C.J.C.E., Países Baixos *c/Alta Autoridade*, 15/07/60, Caso. 25/59, Rec. p. 723.

<sup>64</sup> Segundo P.C. MULLER GRAFF, «*o Tratado (C.E.) incide sobre as relações jurídicas individuais e sociais que resultam do exercício da autonomia privada na vida económica transfronteiriça*» (Les perspectives d'un droit privé européen, R.A.E.L.E.A., 1998, p. 242, sp. 243); G. ROUHETTE, Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France, in Freedom of Contract and Constitutional Law, sob a Dir. A. MORDECHAI BABELLO e P. SARCEVIC, H. e M. Sacher Institute for Legislative Research & Comparative Law, Faculdade de Direito de Jerusalém, 1998, p.66 ; P. MENGOZZI, Règles communautaires et règles impératives en tant que «limites» et «contre-limites» imposées à l'autonomie contractuelle, R.M.U.E., 1999, n.º 1, p. 169.

