

**VINCULAÇÃO E LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO
JURÍDICA DO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO**

*Estudo elaborado pelo
Prof. Doutor Paulo Otero
da FDL*

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	239
CAPÍTULO I	
Incumbências constitucionais do Estado.....	241
§1º - Estado de bem-estar	245
<i>A) Princípio do bem-estar</i>	<i>245</i>
<i>B) Constituição e bem-estar.....</i>	<i>247</i>
§2º - Subsidiariedade ou intervencionismo?	252
<i>A) Subsidiariedade e bem-estar: enquadramento histórico.....</i>	<i>252</i>
<i>B) Subsidiariedade e bem-estar na União Europeia.....</i>	<i>254</i>
<i>C) Subsidiariedade e Constituição de 1976.....</i>	<i>257</i>
1) Colocação do problema	257
2) Subsidiariedade implícita.....	259
3) Intervencionismo expresso	262
4) Limites ao intervencionismo público	267
§3º - Síntese do capítulo I.....	274
CAPÍTULO II	
Reserva constitucional de sector empresarial do Estado?.....	277
§4º - Sector público de propriedade dos meios de produção.....	281
<i>A) Sector público e sector privado</i>	<i>281</i>
1) Evolução constitucional.....	281
2) Sector privado e intervenção pública directa.....	282
3) Sector público: preliminares.....	284
<i>B) Configuração do sector público.....</i>	<i>287</i>
1) Enquadramento	287
2) Configuração orgânico-subjectiva	288
3) Configuração objectivo-material.....	291

<i>C) Sector público empresarial.....</i>	<i>293</i>
1) <i>Evolução</i>	<i>293</i>
2) <i>Configuração.....</i>	<i>296</i>
3) <i>Sequência.....</i>	<i>301</i>
§5º - Sector empresarial do Estado e sectores vedados a empresas privadas	303
<i>A) Sectores vedados e garantia de sector empresarial do Estado.....</i>	<i>303</i>
1) <i>Vinculação constitucional do legislador</i>	<i>303</i>
2) <i>Liberdade constitucional do legislador</i>	<i>308</i>
<i>B) Sectores vedados: reserva exclusiva do sector empresarial do Estado?.....</i>	<i>310</i>
<i>C) Sectores vedados e modelo de organização empresarial.....</i>	<i>313</i>
§6º - Sector empresarial do Estado e iniciativa económica pública.....	316
<i>A) Iniciativa económica pública e Estado de bem-estar</i>	<i>316</i>
1) <i>Iniciativa pública e sectores vedados.....</i>	<i>316</i>
2) <i>Iniciativa pública e sectores não vedados</i>	<i>318</i>
<i>B) Iniciativa económica pública e interesse público.....</i>	<i>322</i>
1) <i>Natureza da iniciativa económica pública</i>	<i>322</i>
2) <i>Prosecução do interesse público</i>	<i>325</i>
<i>C) Iniciativa económica pública e vinculação comunitária.....</i>	<i>329</i>
1) <i>Fundamento das limitações comunitárias.....</i>	<i>329</i>
2) <i>Objecto das limitações comunitárias.....</i>	<i>332</i>
3) <i>Principais limitações comunitárias.....</i>	<i>334</i>
§7º - Sector empresarial do Estado, apropriação colectiva e privatizações	344
<i>A) Apropriação colectiva e privatização dos meios de produção.....</i>	<i>344</i>
1) <i>Contradição constitucional?.....</i>	<i>344</i>
2) <i>Indiferença ou preferência?</i>	<i>347</i>
<i>B) Quadro constitucional da decisão de privatizar</i>	<i>354</i>
1) <i>Privatizações e interesse público.....</i>	<i>354</i>
2) <i>Privatizações e sectores básicos</i>	<i>357</i>
§8º - Síntese do capítulo II	361

CAPÍTULO III

Formas jurídicas de organização e actuação do sector empresarial do Estado	365
§9º - Intervenção empresarial do Estado	369
A) <i>Modalidades de intervenção empresarial</i>	369
1) Formas empresariais públicas	369
2) A função accionista do Estado: preliminares	376
B) <i>Intervenção empresarial e interesse público</i>	377
1) Critério constitucional de opção	377
2) Motivos de interesse público	387
§10º - Formas jurídicas públicas e formas jurídicas privadas de organização: reserva constitucional?	391
A) <i>O problema da escolha da forma de organização empresarial</i>	391
B) <i>Organização empresarial e Administração Pública em sentido orgânico-subjectivo</i>	392
1) Enquadramento	392
2) Revolução organizativa e Administração sob forma privada.....	393
C) <i>Vinculação ou liberdade de escolha das formas de organização?</i>	399
1) Fundamento constitucional do princípio geral	399
2) Limitações à liberdade preferencial.....	404
D) <i>Princípio da legalidade e forma de organização</i>	413
1) Reserva de lei e forma de organização.....	413
2) Reserva de Administração e forma de organização	417
§11º - Formas jurídicas de actuação de direito privado e de direito público	422
A) <i>Fuga para o direito privado da actuação do sector empresarial?</i>	422
1) Colocação do problema	422
2) Formas jurídicas privadas de organização.....	423
3) Formas jurídicas públicas de organização	429
B) <i>Reserva constitucional de Direito Administrativo?</i>	435
1) Principais concepções	435
2) Constituição e “fuga” para o Direito Privado das entidades públicas: a reserva de Direito Administrativo	439
3) Idem: reserva constitucional de Direito Privado?	444

§12º - Controlo das formas de organização e de actuação do sector empresarial do Estado.....	451
<i>A) Generalidades</i>	451
<i>B) Controlo administrativo</i>	453
1) Princípio da unidade da Administração	453
2) Tipologia do controlo	459
3) Titularidade do controlo.....	464
<i>C) Controlo parlamentar</i>	469
<i>D) Controlo jurisdicional</i>	474
§13º - Síntese do capítulo III.....	479
CONCLUSÃO	485
§14º - Conclusões gerais.....	486

INTRODUÇÃO

0.1. O presente estudo tem por objecto determinar a margem de liberdade do legislador na configuração jurídica do sector empresarial do Estado.

Realidade integrante do Direito Económico que mais fortes polémicas jurídicas e políticas tem suscitado ao longo dos últimos anos, o sector empresarial do Estado, inicialmente “enriquecido” com as nacionalizações revolucionárias, tem sido objecto, desde finais dos anos oitenta, de uma progressiva de “metamorfose” através de um processo de privatizações: as tradicionais empresas públicas, reguladas pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, representam hoje um modelo de organização empresarial em vias de extinção, transformadas que estão em sociedades anónimas, muitas delas já integradas no sector privado dos meios de produção. Há aqui, tal como em quase toda a Europa, uma profunda alteração do modelo de intervenção económica do Estado mediante o exercício directo de uma actividade empresarial e, por conseguinte, uma modificação das próprias fronteiras entre o sector público e o sector privado da economia, além de uma reformulação do enquadramento dogmático e organizativo da estrutura subjectiva da Administração Pública.

Neste sentido, a presente investigação, centrada no sector empresarial do Estado à luz da ordem jurídica portuguesa, acaba por procurar recortar em termos jurídicos os novos moldes e o exacto espaço de operatividade da iniciativa económica pública e seus reflexos no âmbito do Direito Administrativo da Economia.

Para o efeito, a perspectiva de análise ao longo da investigação situa-se no intervalo ou espaço entre a Constituição e a lei, visando determinar a amplitude da margem de liberdade ou discricionariedade decisória do legislador na conformação do sector empresarial do Estado. O tema é tanto mais importante quanto o legislador ordinário, além de respeitar as vinculações decorrentes do texto constitucional, está ainda adstrito na respectiva margem de liberdade conferida pela Constituição a não violar ou a dar cumprimento às respectivas normas de Direito Comunitário: hoje, independentemente da imperatividade das normas constitucionais, pode bem dizer-se que a liberdade decisória do legislador em matéria de sector empresarial do Estado só começa quando terminam as vinculações comunitárias.

0.2. O presente estudo trata, por isso mesmo, da vinculação e da liberdade do legislador na configuração do sector empresarial do Estado, procurando determinar três aspectos em concreto:

- a) Em primeiro lugar, quase que a título introdutório, importa saber da eventual relevância das incumbências constitucionais do Estado para a determinação do respectivo comportamento em termos sociais e económicos - esse será o objecto do primeiro capítulo da investigação;
- b) Em segundo lugar, cumpre determinar se há ou não uma reserva constitucional de sector empresarial do Estado, procurando averiguar a medida em que a existência de sectores vedados à iniciativa económica privada e a afirmação de um princípio fundamental de apropriação colectiva dos meios de produção traduzem uma intervenção empresarial do Estado garantida pela Constituição - esse será o objecto do segundo capítulo da investigação;
- c) Em terceiro lugar, urge indagar do grau de liberdade ou de vinculação do legislador na determinação das formas jurídicas de organização e de actuação das diversas componentes do sector empresarial do Estado, olhando para a relevância constitucional da opção entre formas jurídicas de Direito Privado e formas jurídicas de Direito Público - esse será, afinal, o objecto do terceiro e último capítulo da investigação.

0.3. Observando de uma perspectiva metodológica, dir-se-á que deparamos aqui com uma investigação cujo objecto central se localiza no Direito da Economia, apesar de interligar o recurso sistemático ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo e ao Direito Comunitário, sem prejuízo das diversas referências ao Direito Privado, em especial ao Direito Comercial.

A interligação entre as mencionadas áreas do saber jurídico determina, por sua vez, um constante "diálogo" intra-sistemático e interdisciplinar, comprovando-se, deste modo, a própria unidade do sistema jurídico e a existência de um "sistema de coordenação" ou uma "região de condomínio" entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo e outros ramos da ciência jurídica.

Sublinhe-se, por último, que a circunstância de o presente estudo ser fruto de uma investigação breve e de ter tido um curto espaço de tempo para a respectiva redacção do texto, determinou uma quase amputação dos aspectos históricos e de direito comparado, além de que muitas das referências bibliográficas integradas em notas de pé-de-página sejam meramente exemplificativas do tratamento doutrinal (nacional e estrangeiro) dado aos diversos assuntos.

CAPÍTULO I

INCUMBÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO

§1º - Estado de bem-estar

A) Princípio do bem-estar

B) Constituição e bem-estar

§2º - Subsidiariedade ou intervencionismo?

A) Subsidiariedade e bem-estar: enquadramento histórico

B) Subsidiariedade e bem-estar na União Europeia

C) Subsidiariedade e Constituição de 1976

1) Colocação do problema

2) Subsidiariedade implícita

3) Intervencionismo expresso

4) Limites ao intervencionismo público

§3º - Síntese do capítulo I

§1º - Estado de bem-estar

A) Princípio do bem-estar

1.1. Herdeira de uma concepção voluntarista de transformação das condições económicas, sociais e culturais da realidade subjacente, a Constituição de 1976, pese embora as diferenças de configuração programática e de concretização axiológica, consagra, na sequência da postura intervencionista da Constituição de 1933, um modelo de Estado teleologicamente vinculado pela prossecução do bem-estar.

Vertente tradicional do Estado social de Direito ¹, o princípio do bem-estar surge como elemento básico do conceito de Estado de Direito democrático resultante da Constituição de 1976 ²: o bem-estar constitui o objectivo último da actividade pública de um modelo de Estado baseado na dignidade da pessoa humana, enquanto realização da justiça e da solidariedade sociais através da democracia económica, social e cultural.

Assumindo o Estado uma função de produtor de bens e prestador de serviços, isto sem prejuízo de uma actividade a título de “Estado-repartidor” ³, senão mesmo como um verdadeiro “Estado Zorro” ⁴, pode falar-se na existência de três vertentes de incidência ou expressão do princípio do bem-estar:

- a) Em primeiro lugar, há uma perspectiva *material* do bem-estar, traduzida na criação e efectivação de condições sociais e económicas que permitam uma progressiva melhoria da qualidade de vida (material) das pessoas, falando-se em sociedade de bem-estar ⁵, sendo aqui, precisamente, que se integram as ideias de justiça social e

¹ Sobre a realização do Estado social de Direito como objectivo constitucional com reflexos no modelo económico, cfr. LUIS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, 2ª ed., Coimbra, 1988, p. 88.

Ainda sobre a mesma temática, cfr. ERNST FORSTHOFF, *Problemas Constitucionales del Estado Social*, in *El Estado Social*, Madrid, 1986, p. 45 seg.; KARL DOEHRING, *Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático*, in *El Estado Social*, Madrid, 1986, em especial, p.176 seg.

² Neste sentido, de forma mais desenvolvida, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, II, Lisboa, Lex, 1995, p. 525 seg. e 586 seg.

³ Expressão de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, p. 90.

⁴ O “Estado Zorro” traduz a ideia de um Estado que protege os fracos, as minorias, os deserdados, as vítimas actuais ou potenciais de um desenvolvimento desordenado, cfr. CLAUDE EMERL, *L'État de Droit dans les Systèmes Polyarchiques Européens*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1992, p. 35-36.

⁵ Para uma análise de relacionamento entre Estado de bem-estar e sociedade de bem-estar, cfr. GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO, *Estado de Bienestar y Sociedad de Bienestar. Realidade e Ideologia*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 11 seg.; CRISTÓBAL MONTORO ROMERO / RICARDO MONTORO ROMERO, *Del Estado de Bienestar a la Sociedad del Bienestar*, in RAMÓN CASILDA BÉJAR / JOSÉ MARÍA TORTOSA (org.), *Pros y Contras del Estado del Bienestar*, Madrid, 1996, p. 75 seg.

igualdade real e o apelo à necessidade de “transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”⁶;

- b) Em segundo lugar, o bem-estar compreende também uma vertente *imaterial* da qualidade de vida, a qual determina a criação e efectivação de condições políticas, culturais e ambientais tendentes ao pleno desenvolvimento da pessoa, enquanto cidadão e homem, em termos individuais e sociais⁷;
- c) Em terceiro lugar, o bem-estar não deixar de integrar uma perspectiva *temporal* da qualidade de vida (material e imaterial), isto de tal forma que as gerações presentes não têm o direito de alienar o património (v.g., ambiental, cultural e de recursos naturais) que lhes foi confiado pelas gerações passadas⁸, nem o poder de fazer precluído a intervenção decisória das gerações futuras.

O Estado de bem-estar envolve, por conseguinte, uma dimensão aberta e de progressiva concretização por todas as gerações, segundo os diferentes entendimentos político-governamentais de cada momento histórico, das condições (materiais e imateriais) que traduzam um reforço da melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Neste sentido, o Estado, além de estar particularmente atento às necessidades da colectividade, procurando captá-las, hierarquizá-las e promover (directa ou indirectamente) a sua satisfação⁹, desenvolve também uma função reordenadora e, por isso mesmo, transformadora da sociedade, visando “uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”¹⁰ e o desenvolvimento económico e social através de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões¹¹.

Visto de diferente perspectiva, observa-se que o Estado de bem-estar determina uma verdadeira reformulação das tradicionais relações entre Estado e sociedade herdadas do período liberal¹²: o clássico modelo de uma tendencial separação entre o Estado e a sociedade foi

⁶ Cfr. CRP, artigo 9º, alínea d), *in fine*. Para uma fundamentação de tal postura constitucional na doutrina social da Igreja, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 587-588.

⁷ Pode dizer-se, por tudo isto, que o Estado de bem-estar envolve uma função de “inclusão política” da população, cfr. NIKLAS LUHMANN, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Madrid, 1993, p. 47 seg. Sobre a inserção do indivíduo no Estado de bem-estar como forma essencial de cidadania, cfr. NUMA MURARD, *El Estado de Bienestar en Francia: permanencia y cambio*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 266 seg.

⁸ Sobre o desenvolvimento de uma “consciência planetária” ou “consciência da globalidade” de certas questões no Estado social, cfr. FRANCISCO SERRA, *El Futuro del Estado Social*, in ENRIQUE OLIVAS, *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Madrid, 1991, p. 174.

⁹ Para uma análise dos reflexos do Estado de bem-estar ao nível da decisão financeira, cfr., por todos, JORGE COSTA SANTOS, *Bem-Estar Social e Decisão Financeira*, Coimbra, 1993.

¹⁰ Neste sentido, por exemplo, saliente-se a papel atribuído ao sistema fiscal pela Constituição de 1976 (artigo 106º, nº 1) que a incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social de operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (artigo 81º, alínea b)).

¹¹ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea d).

¹² Para uma configuração do papel do Estado durante o período liberal, cfr. GUGLIELMO HUMBOLDT, *Saggio sui Limiti dell'Attività dello Stato*, Milano, 1965.

substituído por uma gradual interpenetração, isto sem envolver, todavia, identidade entre as duas realidades¹³. Hoje, em boa verdade, “já não há sociedade sem Estado, nem o Estado pode ser entendido sem a sociedade”¹⁴.

B) Constituição e bem-estar

1.2. A consagração jurídico-constitucional de um modelo de Estado de bem-estar envolve, além de um crescimento da Constituição, uma alteração da intensidade e da extensão das normas constitucionais e, por conseguinte, da própria natureza da Constituição¹⁵.

Com efeito, o princípio do Estado de bem-estar anda sempre associado a dois tipos de normas constitucionais:

- a) Por um lado, existem normas que conferem aos particulares direitos a determinadas prestações positivas por parte do Estado (ou outras entidades públicas), entendidos estes como direitos fundamentais, mais concretamente como direitos sociais em sentido amplo;
- b) Por outro lado, correlativamente, existem normas que, de forma expressa ou implícita, criam imposições ou deveres de acção para o Estado (ou outras entidades públicas), sejam eles designados de “tarefas fundamentais”¹⁶ ou de “incumbências prioritárias”¹⁷, correspondendo o seu cumprimento, por vezes, à satisfação de direitos fundamentais dos particulares¹⁸.

O princípio do bem-estar envolve, por tudo isto, o reconhecimento constitucional da existência de uma multiplicidade de necessidades colectivas cuja satisfação se torna vinculação constitucional do Estado e, quase sempre, se encontra titulada pela existência de um direito fundamental dos particulares a obterem do Estado uma determinada prestação ou bem. Dito por outras palavras: a Constituição transforma certas obrigações do Estado em contrapartidas directas à realização ou efectivação de direitos fundamentais - os direitos económicos, sociais e

¹³ Cfr. MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal*, Lisboa, 1994, p. 512 seg.; MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª ed., 6ª reimp., Madris, 1992, p. 21 seg. e 126 seg.

¹⁴ Cfr. DIETRICH JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, 2ª ed., Tübingen, 1968, p. 173.

¹⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional*, Policop., Coimbra, 1980, p. 55 seg.

¹⁶ Cfr. CRP, artigo 9º.

¹⁷ Cfr. CRP, artigo 81º.

¹⁸ Cfr. CRP, entre vários, por exemplo, os artigos 58º, nº 3 (direito ao trabalho); 59º, nº 2 (direitos dos trabalhadores); 63º, nº 2 (direito à segurança social); 64º, nº 3 (direito à saúde); 65º, nºs 2, 3 e 4 (direito à habitação); 66º, nº 2 (direito ao ambiente e à qualidade de vida); 67º, nº 2, e 68º (direito à protecção da família e seus membros); 73º, nºs 2 e 3 (direitos à educação, cultura e ciência); 74º, nº 3 (direito ao ensino); 78º, nº 2 (direitos à fruição e criação cultural).

culturais -, chamando os particulares, deste modo, à titularidade de posições jurídicas activas que se expressam em prestações e que encontram no Estado o respectivo sujeito passivo.

Ou, visto ainda de diferente ângulo, a concretização do modelo de bem-estar resultante da Constituição, envolvendo a definição de tarefas ou incumbências, cria directamente para o próprio Estado deveres que são, por isso mesmo, imposições constitucionais ¹⁹ - isto sem que todas, note-se, se reconduzam a contrapartidas de direitos fundamentais -, determinando sempre, todavia, o desenvolvimento de uma actividade pública finalística ou teleologicamente orientada para a prossecução de um tal fim ²⁰. Nisto consiste, afinal, a existência de uma verdadeira cláusula de bem-estar ou de Estado social na Constituição ²¹.

Importa esclarecer, todavia, que a existência da referida cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social, se é certo que implica uma profunda reformulação da estrutura das normas constitucionais e das próprias funções do Estado ²², não é menos verdade que uma tal cláusula não põe em causa, por si, a existência de um modelo económico baseado no mercado e no princípio da liberdade dos seus agentes: a cláusula de bem-estar, pode dizer-se, humaniza a economia de mercado ²³, vincula a livre iniciativa ao progresso social, permitindo até falar na existência de uma "economia de mercado social" ou "economia social de mercado" ²⁴ ou, como parece preferível à luz da ordem jurídica portuguesa, em "economia mista de bem-estar" (v. *infra*, nº 9.6.) ²⁵.

Há em todo este processo de evolução do modelo de Estado, no entanto, urge sublinhar, uma transformação radical da natureza dos textos constitucionais, tal como eles foram configurados no Estado liberal:

- (i) A Constituição deixou de ser uma mera garantia limitativa da acção do poder público, assumindo, cada vez mais, o estatuto de norma habilitadora de uma acção interventiva do Estado na sociedade - em bom rigor, a proibição geral de agir por parte do Estado foi substituída pelo dever de agir;

¹⁹ Sobre imposições constitucionais, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 286-287 e 293 seg.

²⁰ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 590 e 591 seg.

²¹ Para uma síntese das posições doutrinárias contrárias ao reconhecimento constitucional do Estado social, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, 2ª ed., Padova, 1980, p. 30 seg.

²² Cfr. ROLF STÖBER, *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1992, p. 80.

²³ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas Públicas Sometidas al Derecho Privado*, Madrid, 1996, p. 33.

²⁴ Cfr. MÜLLER / AR MACK, *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, 1956, p. 390 seg.; ROLF STÖBER, *Derecho Administrativo...*, p. 51; ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa Pública - Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, Madrid, 1985, p.60 seg.; JAIME RODRIGUEZ-ARANA, *La Privatización de la Empresa Pública*, Madrid, 1991, p. 46; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, 1996, p. 346-347.

²⁵ Cfr. KIRK MANN, *Privatización del Bienestar, Individualismo y Estado*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 113 seg.

- (ii) Se durante o liberalismo os direitos fundamentais eram tanto mais garantidos quanto menor fosse a intervenção do Estado, hoje os direitos sociais são tanto mais implementados quanto maior for a acção do Estado - há aqui, em verdade, uma inversão do papel do Estado nas relações com os cidadãos;
- (iii) Um modelo neutral e tendencialmente orgânico ou estatutário de texto constitucional deu lugar a Constituições de forte cunho programático, senão mesmo ideológico-directivo, criando vinculações materiais positivas para o legislador ordinário - muitas vezes sem discricionariedade quanto ao “se”, ao “como” ou ao “quando” da concretização ou execução das normas constitucionais - e exigindo a implementação de uma Administração Pública prestadora ou constitutiva²⁶.

Perante uma Constituição que nega ao Estado o poder de optar entre implementar ou não o bem-estar, transformando-o em elemento estrutural do modelo de Estado Direito democrático, pode afirmar-se que pelo grau de concretização do modelo de Estado de bem-estar passa o sucesso ou o fracasso da própria ordem constitucional²⁷ ou, segundo outra perspectiva, por aí pode residir o carácter normativo ou nominal da Constituição de 1976²⁸.

1.3. Sem embargo de durante os anos oitenta e noventa deste século certos sectores políticos e económicos terem suscitado algumas críticas a determinados excessos do Estado de bem-estar²⁹, prenunciadores de um “abafante Estado-Total”³⁰, chegando mesmo a falar-se em crise do Estado de bem-estar³¹, mal-estar do Estado³² ou “Estado de mal-estar”³³ ou ainda em “Estado post-

²⁶ O bem-estar torna-se, afinal, o cerne da acção da Administração, cfr. MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Da Justiça...*, p. 513.

²⁷ Cfr. PHILIP KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, p. 440.

²⁸ Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., reimp., Barcelona, 1982, p. 217-218.

²⁹ Para uma síntese das principais críticas e respectivo enquadramento político, cfr., por todos, NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Yo, el Estado*, Madrid, 1992, p. 11 seg.

³⁰ Utilizando esta expressão, referindo-se à crise do Estado social, cfr. MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Organização Administrativa*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 237.

³¹ Cfr. C. DE CABO MARTÍN, *La Crisis del Estado Social*, Reimp., Barcelona, 1986; ULRICH K. PREUSS, *El Concepto de los Derechos y el Estado del Bienestar*, in ENRIQUE OLIVAS, *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Madrid, 1991, p. 65 seg.; JESUS RUIZ-HUERTA CARBONEI, *Las Crisis del Estado de Bienestar: algunas consideraciones sobre el caso español*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 185 seg.; RAMÓN MARTÍN MATEO, *Desempleo y Crisis Cultural*, in RAMÓN CASILDA BÉJAR / JOSE MARÍA TORTOSA (org.), *Pros y Contras del Estado del Bienestar*, Madrid, 1996, p. 291 seg.

Ainda sobre a evolução e crise do Estado de bem-estar, sublinhando uma perspectiva económico-constitucional, cfr. JUAN J. FERNÁNDEZ CAJANOS, *Los Componentes Público y Privado del Estado de Bienestar: una perspectiva constitucional*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 47 seg.

³² Cfr. JOSÉ MARÍA TORTOSA, *Malestar del Estado y Estado del Bienestar*, in RAMÓN CASILDA BÉJAR / JOSÉ MARÍA TORTOSA (org.), *Pros y Contras del Estado del Bienestar*, Madrid, 1996, p. 101 seg.

³³ Cfr. RAMÓN COTARELO, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, 2ª ed., Madrid, 1990.

social”³⁴, algumas delas tendo subjacente a ideia de *more Market, less State*³⁵ ou de “melhor Estado”³⁶, a verdade é que a Constituição de 1976, fiel ao modelo de bem-estar, instituiu um conjunto de mecanismos jurídicos tendentes à sua efectivação e garantia.

Muito sumariamente, observemos os principais mecanismos constitucionais de natureza orgânica e material de efectivação e garantia do Estado de bem-estar:

- a) Em primeiro lugar, a imposição pela Constituição de deveres jurídicos de acção tendentes à concretização do Estado de bem-estar tem implícita a existência de regras de competência e de centros de imputação de responsabilidades pela realização de tais imposições constitucionais. Neste sentido, pode dizer-se que a Constituição, ampliando os destinatários normais de tais imposições, se mostrou especialmente cautelosa na garantia de implementação do bem-estar:
 - (i) - Desde logo, o legislador aparece como destinatário principal e preferencial de tais imposições³⁷, assumindo a Assembleia da República o papel de seu primeiro responsável³⁸;
 - (ii) - Por outro lado, a própria Administração Pública surge também como destinatária complementar e compensadora - a título subsidiário dos défices do legislador - na implementação das imposições de bem-estar³⁹;
 - (iii) - Ainda no contexto da Administração, o Governo surge com um claro papel de guardião do Estado de bem-estar⁴⁰, permitindo a Constituição que lhe seja conferido um amplo papel de intervenção substitutiva sobre a competência normal de outras estruturas administrativas⁴¹;
- b) Em segundo lugar, num outro contexto, igualmente a todos os tribunais está confiado um papel fiscalizador da constitucionalidade por acção das normas implementadoras do bem-estar e, em exclusivo ao Tribunal Constitucional, o controlo do cumprimento da Constituição decorrente da imperatividade em serem adoptadas medidas legislativas implementadoras de normas não exequíveis por si mesmas, isto é, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão;

³⁴ Cfr. A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, 1988; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra, 1989, p. 56 seg.; IDEM, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 122 seg.

³⁵ Sobre os limites ao crescimento do bem-estar, cfr. NIKLAS LUHMANN, *Teoria...*, p. 106 seg.

³⁶ Cfr. NUMA MURARD, *El Estado...*, p. 270

³⁷ Neste sentido, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, p. 294 seg., em especial, p. 299.

³⁸ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 596 seg., em especial, p. 598.

³⁹ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 596 seg., em especial, p. 602 seg.

⁴⁰ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, em especial, p. 613 seg. e 622 seg.

⁴¹ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 821 seg.

c) Em terceiro lugar, por último, a garantia de efectivação do Estado de bem-estar encontra-se também em três princípios materiais resultantes da Constituição e ordenadores do direito ordinário:

- (i) - O princípio da proibição de revogação simples (ou não substitutiva) de norma ordinária implementadora de preceito constitucional não exequível por si mesmo, impedindo-se, deste modo, que tal norma constitucional volte a deixar de ter implementação⁴²;
- (ii) - O princípio de que, em caso de pluralidade de sentidos de uma norma concretizadora das tarefas ou incumbências de bem-estar, se deve dar preferência à interpretação conducente à máxima efectividade⁴³, isto sempre que esta não conduza à lesão ou limitação de direitos de terceiros;
- (iii) - O princípio da proporcionalidade, segundo o qual qualquer retrocesso na efectivação ou implementação jurídica de determinado grau ou nível de satisfação do bem-estar deve sempre ser justificado, sob pena de inconstitucionalidade, por motivos fundamentadores da respectiva necessidade (= princípio da necessidade)⁴⁴.

⁴² Como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 39/84, de 11 de Abril de 1984 (in *Diário da República*, 1ª série, nº 104, de 5 de Maio de 1984), "(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) num obrigação, positiva, para se transformar (ou passar) também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social".

⁴³ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1993, p. 227.

⁴⁴ Em termos radicais, defendendo o princípio da proibição de retrocesso social, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 468-469.

§2º - Subsidiariedade ou intervencionismo?

A) Subsidiariedade e bem-estar: enquadramento histórico

2.1. Definida a vinculatividade constitucional da prossecução do bem-estar pelo Estado, incluindo a afirmação de que pelo respectivo grau de implementação passa o sucesso do modelo constitucional (v. *supra*, nº 1.2.), a primeira grande questão que se pode colocar consiste na determinação da natureza e do nível de protagonismo do próprio Estado na concretização de um tal imperativo.

Desde logo, pode questionar-se se o princípio do bem-estar envolve um grau de protagonismo do Estado que, além das tradicionais funções referentes à segurança, defesa, justiça e dinamização da ordem jurídica - aqui se incluindo a ordenação económica -, envolva uma actividade constitutiva ou prestadora em termos económicos, sociais e culturais ou, pelo contrário, uma tal intervenção pública directa traduzida na actuação económica do Estado como agente económico deverá sempre ser excepcional, baseada numa ideia de subsidiariedade. É que, urge adiantar, tudo está em saber se uma intervenção directa do Estado na produção de bens e na prestação de serviços se autojustifica num princípio geral de legitimação da acção dos poderes públicos ou, bem diferentemente, a actividade directa do Estado no sector económico como um seu agente apenas deve ter um lugar supletivo, visando suprir casos de inércia ou desinteresse da sociedade civil ⁴⁵.

Se é certo que o bem-estar envolve um conceito de Estado social e este, por seu lado, pressupõe intervencionismo público, isto não significa, por si só, todavia, exclusão de um princípio de subsidiariedade do entendimento da intervenção económica, social e cultural do Estado. Por outras palavras, a prossecução do bem-estar, apesar de determinar sempre um certo grau de intervenção dos poderes públicos, não é incompatível com uma intervenção norteadada pela ideia de subsidiariedade, enquanto “princípio normativo” ⁴⁶.

Com efeito, se é certo que cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social envolve para o Estado a responsabilidade e a obrigação de efectivar a justiça social e de garantir que todos tenham um mínimo de qualidade de vida inerente à dignidade da pessoa humana, a verdade é que isto não significa necessariamente que tenha de ser apenas o Estado a realizar esse objectivo, excluindo até, eventualmente, a sociedade civil. Desde que se concretize o fim do

⁴⁵ Cfr. VITAL MOREIRA. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed., Coimbra, 1978, p. 218 seg.

⁴⁶ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO. *Lições de Introdução ao Direito Público*, in *Obra Dispersa*, II, Braga, 1993, p. 413.

bem-estar, pode dizer-se que estão abertos todos os caminhos⁴⁷, incluindo um modelo assente na subsidiariedade da intervenção económica directa do Estado.

Aliás, pode mesmo afirmar-se que historicamente o bem-estar se relaciona de forma directa com a subsidiariedade, isto a dois níveis:

- a) Em primeiro lugar, olhando para a Doutrina Social da Igreja, aí se encontra, desde o século XIX, uma clara afirmação da ideia de bem-estar, enquanto expressão da justiça,⁴⁸ e, por outro lado, o reconhecimento do princípio da subsidiariedade ou supletividade do Estado, enquanto proibição de totalitarismo estadual e reconhecimento das comunidades sociais menores e inferiores⁴⁹. Neste preciso contexto, a Carta Encíclica *Centesimus Annus*, falando do papel do Estado no sector económico e criticando os excessos e abusos do “Estado Providência” ou “Estado Assistencial”, enquanto “inadequada compreensão” das tarefas estaduais, sem prejuízo de reconhecer certas formas de intervenção estadual tendentes a “responder de modo mais adequado a múltiplas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana”, afirma em toda a sua plenitude o princípio da subsidiariedade⁵⁰;
- b) Em segundo lugar, a própria Constituição de 1933, fortemente inspirada pela Doutrina Social da Igreja, procurava harmonizar os princípios do bem-estar e da subsidiariedade: definindo a promoção do bem-estar social como incumbência do Estado⁵¹, o texto constitucional anterior, sem prejuízo de conferir ao Estado o poder de “coordenar, impulsionar e dirigir todas as actividades sociais”⁵² e lhe reconhecer “o

⁴⁷ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 344-345.

⁴⁸ Como se afirmava na Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de Maio de 1891, “(...) a autoridade pública deve também tomar as medidas necessárias para salvaguardar o bem-estar e os interesses da classe operária. Se faltar a isto, viola a justiça” (nº 24). Para mais desenvolvimentos sobre a evolução da doutrina social da Igreja sobre o bem-estar, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 587.

⁴⁹ Em bom rigor, também já a Carta Encíclica *Rerum Novarum* esboçava o princípio da subsidiariedade, dizendo, expressamente, “(...) não é justo que o indivíduo ou a família sejam absorvidos pelo Estado” (nº 26 e nº 10), condenando qualquer possível “usurpação dos direitos dos cidadãos” por parte do Estado (nº 35). Sobre a subsidiariedade da acção do Estado no contexto da sociedade civil, cfr., entre muitos outros, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *A Doutrina Social da Igreja*, sep. da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1965, p. 29 seg.; KARL DOEHRING, *Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático*, in *El Estado Social*, Madrid, 1986, p. 129 e 157 seg.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Supletividade do Estado e Desenvolvimento*, in *Gaudium et Spes - Uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, Lisboa, 1988, p. 113 seg.; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 67-68, nota nº 187.

⁵⁰ Como se refere no nº 48 da Carta Encíclica *Centesimus Annus*, de 1 de Maio de 1991, “ao intervir directamente, irresponsabilizando a sociedade, o “Estado assistencial” provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do sector estadual, dominado mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir os utentes com um acréscimo enorme das despesas”.

⁵¹ Na sequência do entendimento da Doutrina Social da Igreja, o artigo 6º, nº 3, da Constituição de 1933 relacionava a promoção do bem-estar social à dignidade da pessoa humana, visando assegurar a todos os cidadãos um nível de vida compatível com tal valor fundamental.

⁵² Cfr. artigo 6º, nº 2.

direito e a obrigação de coordenar e regular superiormente a visa económica e social⁵³, proclamava no seu artigo 33º o princípio da subsidiariedade⁵⁴. Nestes termos, afirmava-se que a intervenção económica directa do Estado, em regime de exclusivo ou não, só seria admissível se se verificassem os seguintes dois pressupostos:

- (i) - Tratarem-se de actividades económicas de primacial interesse colectivo;
- (ii) - Se visasse obter benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção.

Num outro sentido, pode mesmo afirmar-se que o princípio da subsidiariedade, além de envolver a excepcionalidade ou supletividade da intervenção directa do Estado tendente a garantir ou efectivar o modelo de bem-estar, comporta em si uma implícita preferência por mecanismos indirectos de intervenção pública:

- a) A Doutrina Social da Igreja, não obstante censurar a intervenção directa do Estado que conduza à irresponsabilização da sociedade, reconhece ser tarefa do Estado vigiar e orientar o exercício dos direitos humanos no sector económico, tendo "(...) o dever de secundar a actividade das empresas, criando condições que garantam ocasiões de trabalho, estimulando-a onde for insuficiente e apoiando-a nos momentos de crise"⁵⁵;
- b) A Constituição de 1933, por seu lado, seguindo um modelo mais radical, parecia mesmo afastar o princípio da subsidiariedade da intervenção pública indirecta⁵⁶, conferindo ao Estado, segundo o artigo 31º, "o direito e a obrigação" de coordenar, regular, estimular e controlar a actividade económica privada.

B) Subsidiariedade e bem-estar na União Europeia

2.2. Independentemente da relação de compatibilidade entre um modelo de bem-estar e uma intervenção estadual subordinada ao princípio da subsidiariedade ao nível da Doutrina Social da

⁵³ Cfr. artigo 31º. Trata-se aqui, em bom rigor, segundo o entendimento de OLIVEIRA SALAZAR (in *Discursos (1928-1934)*, I, Coimbra, 1935, p. 207), da posição de que "o Estado deve manter-se superior ao mundo da produção, igualmente longe da absorção monopolista e da intervenção da concorrência". Ou, segundo outra ideia, o Estado não devia tornar-se o senhor da riqueza nacional uma vez que, devendo estar colocado numa posição de árbitro superior entre todos os diversos interesses, não poderia estar manietado por alguns deles (*ibidem*).

⁵⁴ Sobre o princípio da subsidiariedade na Constituição de 1933, cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ / A. BARBOSA DE MELO, *A Liberdade de Empresa e a Constituição*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIV, 1967, p. 232 seg.; AUGUSTO DE ATAÍDE, *Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia*, Lisboa, 1970, p. 56, 167 seg. e 191 seg.; VITAL MOREIRA, *A Ordem Jurídica...*, p. 226 seg.

⁵⁵ Cfr. Carta Encíclica *Centesimus Annus*, nº 48.

⁵⁶ Neste último sentido, cfr. VITAL MOREIRA, *A Ordem Jurídica...*, p. 227-228.

Igreja e da Constituição de 1933, importa reconhecer que essa mesma harmonia de princípios é também visível no âmbito da própria União Europeia.

Desde logo, segundo os textos do Direito Constitucional Comunitário, o bem-estar surge como princípio estruturante da União Europeia:

- a) Em primeiro lugar, a Comunidade Europeia - base na qual se funda a União Europeia⁵⁷ - tem como missão ou fim, entre outros - e isto na sequência directa de razões históricas relacionadas com o bem-estar que determinaram a sua própria criação⁵⁸, promover "(...) um elevado nível de emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida (...)"⁵⁹;
- b) Em segundo lugar, a própria União Europeia tem como objectivo, a par de outros - e, uma vez mais, dando forma jurídica a razões relacionadas com o bem-estar que determinaram a sua instituição⁶⁰, "a promoção de um progresso económico e social equilibrado e sustentável (...)"⁶¹.

O desenvolvimento constitucional da concretização de tais fins ou objectivos da União Europeia continua a reflectir, por sua vez, e a diversos níveis, preocupações de bem-estar, podendo mesmo falar-se na existência de um princípio social no âmbito do Direito Comunitário Constitucional⁶². Neste contexto, a acção da Comunidade implica, designadamente - e além de um reforço da coesão económica e social⁶³, de uma política de ambiente⁶⁴, da contribuição para o desenvolvimento cultural⁶⁵ e para um elevado nível de protecção da saúde⁶⁶ -, a existência de uma política social que, incluindo o Fundo Social Europeu⁶⁷, e tendo por base a Carta Social de 1989, o Protocolo Relativo à Política Social e o respectivo Acordo anexo, afirma serem objectivos da Comunidade e dos Estados-membros, entre vários, a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, uma protecção social adequada e a luta contra as

⁵⁷ Cfr. Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht, em 7 de Fevereiro de 1992, artigo A.

⁵⁸ Na realidade, observando o preâmbulo do Tratado que institui a Comunidade Europeia verifica-se que a criação da Comunidade partiu do entendimento de certos Estados da necessidade em ser desencadeada uma acção comum tendente a garantir o progresso económico e social dos respectivos países, "fixando como objectivo essencial dos seus esforços a melhoria constante das condições de vida e de trabalho dos seus povos".

⁵⁹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 2º.

⁶⁰ A leitura do preâmbulo do Tratado de União Europeia permite concluir que, a par de outras motivações, razões respeitantes ao bem-estar estiveram presentes na instituição da própria União Europeia. Neste âmbito se integra o desejo dos Estados em "aprofundar a solidariedade entre os seus povos" e a determinação em "promover o progresso económico e social dos seus povos".

⁶¹ Cfr. Tratado da União Europeia, artigo B.

⁶² Sobre o princípio social ao nível da Comunidade Europeia, cfr. ROLF STÖBER, *Derecho Administrativo...*, p. 83-84.

⁶³ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 3º, alínea j), e 130º-A a 130º-E.

⁶⁴ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 3º, alínea k), e 130º-R a 130º-T.

⁶⁵ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 3º, alínea p), e 128º.

⁶⁶ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 3º, alínea o), e 129º.

⁶⁷ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 3º, alínea i), e 123º a 125º.

exclusões. Mais: as próprias propostas que a Comissão faça em sede de aproximação das legislações dos Estados-membros em matérias de saúde, segurança, protecção do ambiente e protecção dos consumidores devem sempre basear-se “num nível de protecção elevado”⁶⁸.

Observa-se, por conseguinte, que o Direito Constitucional da União Europeia cria determinadas vinculações em matéria de implementação de um modelo de bem-estar as quais têm, todavia, dois tipos de destinatários: a Comunidade, por um lado, e os próprios Estados-membros, por outro. Resta saber, sublinhe-se, se há aqui um princípio de subsidiariedade na acção que tais destinatários devem desenvolver no sentido de prosseguir os objectivos relacionados com o fim do bem-estar⁶⁹.

Ora, segundo entendemos, é possível extrair do Direito Constitucional Comunitário uma tripla acepção operativa do princípio da subsidiariedade:

- 1) Há, desde logo, uma *subsidiariedade relacional* - trata-se aqui de um sentido de subsidiariedade operativo ao nível das relações entre a Comunidade (ou União) e os Estados-membros, daí resultando que a intervenção da primeira fora das respectivas atribuições exclusivas só se mostra válida “se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros”, exigindo para um melhor resultado - seja pela dimensão da acção ou pela previsão dos seus efeitos previstos - uma intervenção comunitária⁷⁰;
- 2) Num outro sentido, pode falar-se em *subsidiariedade funcional* - trata-se agora da relevância da subsidiariedade ao nível interno da acção da Comunidade - e, reflexamente, no âmbito dos respectivos efeitos sobre os Estados-membros - estando ligada à ideia de proporcionalidade⁷¹: a actividade desenvolvida pelos órgãos comunitários deve limitar-se ao indispensável, isto é, encontra-se proibido o excesso de acção tendente a atingir os respectivos fins⁷²;
- 3) Por último, existe ainda uma *subsidiariedade estadual* - trata-se, em bom rigor, de um sentido implícito de subsidiariedade resultante do Direito Comunitário, o qual se refere ao modo de exercício da própria actividade interna dos Estados-membros na prossecução do fim do bem-estar, enquanto critério de actuação de cada um destes relativamente à sociedade civil. Neste contexto se podem interpretar as preocupações

⁶⁸ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 100º-A, nº 3.

⁶⁹ Sobre o princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário, antes e depois do Tratado da União Europeia, cfr., por todos, FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995, em especial, p. 24 seg.

⁷⁰ Cfr. Tratado da União Europeia, artigo B; Tratado da Comunidade Europeia, artigo 3º-B.

Para uma interpretação do sentido desta disposição do Tratado, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio da Subsidiariedade...*, p. 36 seg.

⁷¹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 3º-B.

⁷² No sentido de estabelecer uma relação directa entre os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio da Subsidiariedade...*, p. 34 e 48.

respeitantes às quatro liberdades - sendo aqui de salientar a relevância do direito de estabelecimento ⁷³ e as liberdades de circulação de serviços ⁷⁴ e capitais ⁷⁵ - ou de defesa da concorrência ⁷⁶, integrando-se neste último âmbito, por exemplo, a proibição de certas medidas de intervenção indirecta, como seja o caso da concessão de auxílios estaduais que falseiem ou ameacem falsear a concorrência (v. *infra*, nº 6.13.), favorecendo certas empresas ou determinadas produções ⁷⁷.

Afirmada a compatibilidade entre a prossecução de um modelo de bem-estar e o princípio da subsidiariedade ao nível do Direito Comunitário, seja em termos de pautar a actividade de intervenção da União Europeia e também a intervenção dos Estados-membros, e não obstante este último aspecto ter incidência na acção interna de cada Estado-membro, a verdade é que, além do valor infraconstitucional do Direito Comunitário à luz da Constituição da República Portuguesa de 1976 ⁷⁸, existem muitas outras áreas internas de acção do Estado implementadoras do bem-estar que não estão directamente influenciadas pelo princípio comunitário da *subsidiariedade estadual*.

Importa determinar, por conseguinte, em que medida a Constituição de 1976 configura o posicionamento do Estado em termos de prossecução do modelo de bem-estar, procurando a resposta concreta para a seguinte questão: subsidiariedade ou intervencionismo?

C) Subsidiariedade e Constituição de 1976

1) Colocação do problema

2.3. Conhecedores da compatibilidade (teórica e prática) entre um modelo de bem-estar e uma intervenção pública subordinada ao princípio da subsidiariedade do Estado, importa começar por salientar que a Constituição de 1976, ao invés do anterior texto constitucional (v. *supra*, nº 2.1.), não consagra expressamente qualquer princípio de subsidiariedade da intervenção económica do Estado.

⁷³ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 52º a 58º.

⁷⁴ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 59º a 66º.

⁷⁵ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 67º a 73-H.

⁷⁶ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 3º, alínea g), e artigos 85º a 94º.

⁷⁷ Neste sentido, sem prejuízo da admissibilidade de algumas excepções a tais proibições, cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 92º.

⁷⁸ Neste sentido, cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição (Notas de uma reflexão crítica)*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s.d., p. 704 seg.; JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público - I*, Lisboa, 1995, p. 190 seg.

Aliás, a versão originária da Constituição de 1976, sem prejuízo da tutela reconhecida a certos direitos fundamentais, consagrava um modelo predominantemente socialista de intervenção do Estado sobre a esfera da sociedade civil⁷⁹: além das referências gerais à “sociedade sem classes” e à “transição para o socialismo”⁸⁰, o bem-estar era especificamente enquadrado no âmbito da tarefa fundamental do Estado em socializar os meios de produção e a riqueza⁸¹, envolvendo o desenvolvimento do processo revolucionário e de um modelo económico baseado em “relações de produção socialistas” a apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais⁸², tudo isto mediante uma cláusula de irreversibilidade das nacionalizações revolucionárias já anteriormente efectuadas⁸³, e, por outro lado, através da previsão - e remissão para a lei da sua concreta consagração - de meios e formas de intervenção, nacionalização e socialização dos meios de produção⁸⁴.

Mesmo depois da “desideologização” ou “desdogmatização” marxista da Constituição económica operada pela revisão constitucional de 1982⁸⁵, a verdade é que parte da doutrina continuava a negar a subordinação da intervenção pública a um princípio da subsidiariedade⁸⁶. Neste sentido se alinhavam duas ordens de argumentos justificativos:

- a) Em primeiro lugar, a Constituição instituía uma intervenção pública livre, sem quaisquer restrições ou condicionalismos, conferindo aos poderes públicos um direito de livre iniciativa que não excluía, à partida, nenhuma forma de intervenção ou colectivização dos meios de produção;
- b) Em segundo lugar, além de não vedar à iniciativa pública qualquer actividade - isto bem ao contrário do que sucedia com a iniciativa privada -, a Constituição permitia que o Estado interviesse directamente na gestão de empresas privadas e, deste modo, utilizasse “as empresas privadas como instrumento da sua política económica, obrigando-as a acomodar-se e a prosseguir os seus ditames”⁸⁷.

Em síntese, a ausência de consagração do princípio da subsidiariedade do Estado na versão da Constituição resultante da revisão de 1982 radicava no carácter duplamente livre da

⁷⁹ Para um vasto elenco da bibliografia sobre o princípio socialista na Constituição de 1976, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 65-66, nota nº 184.

⁸⁰ Neste sentido, cfr., respectivamente, CRP, artigos 1º e 2º.

⁸¹ Cfr. CRP, artigo 9º, alínea c).

⁸² Neste sentido, cfr. CRP, artigos 10º, nº 2, e 80º.

⁸³ Cfr. CRP, artigo 83º, nº 1.

⁸⁴ Cfr. artigos 82º e 167º, alínea q).

⁸⁵ Neste sentido, cfr., por todos, A. L. DE SOUSA FRANCO, *A Revisão da Constituição Económica*, sep. da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, em especial, p. 11 seg.

⁸⁶ Neste sentido, cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direito Público da Economia*, Policop., Coimbra, 1982-1983, 120 seg.; IDEM, *Direito Económico Português - Desenvolvimentos recentes*, Coimbra, 1982, p. 15; LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 115 seg.

⁸⁷ Cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 117.

iniciativa económica pública ⁸⁸ : (i) livre na imposição de limites qualitativos e quantitativos à iniciativa económica privada e, por outro lado, (ii) livre também na escolha do âmbito da actividade económica que desenvolvia directamente.

Refira-se, por último, que após o termo do processo de desmarxização da Constituição efectuado pela revisão de 1989 certos sectores da doutrina passaram a não excluir a admissibilidade de o princípio da subsidiariedade ser entendido como princípio constitucional, isto sem prejuízo de que, segundo decorrência do princípio da democracia económica, social e cultural, a subsidiariedade não pode ser invocada “para impor a excepcionalidade das intervenções públicas” ⁸⁹. Haverá lugar aqui, por isso mesmo, pode dizer-se, a uma subsidiariedade *sui generis*. É que, como salienta a concepção em causa, “o Estado, ao converter-se em Estado socialmente vinculado, colocou-se em «oposição à ideia de subsidiariedade»”⁹⁰.

Que pensar do problema à luz da actual redacção do texto constitucional? Será que o princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado está hoje, efectivamente, consagrado na Constituição e, em caso afirmativo, qual o respectivo âmbito de operatividade?

Eis o que importa indagar de imediato.

2) Subsidiariedade implícita

2.4. Independentemente da relevância interna de todos os aspectos da vinculatividade da ideia de “subsidiariedade estadual” decorrente do Tratado da União Europeia (v. *supra*, nº 2.2.) e da polémica em torno da sua adopção ou configuração ao longo da vigência da presente Constituição (v. *supra*, nº 2.3.), urge tomar posição sobre a actual consagração (ou não) do princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado na Lei Fundamental.

Não obstante a ausência de uma expressa norma constitucional afirmando o princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado, baseando-se a República Portuguesa no respeito pela dignidade da pessoa humana ⁹¹, a Constituição tem de acolher (necessária e inevitavelmente) um princípio de supletividade ou subsidiariedade do Estado nas suas relações com a sociedade civil ⁹²:

- 1) O Poder não pode adoptar uma postura totalitária, instrumentalizando a pessoa humana aos fins do Estado, antes são estes que têm de se justificar perante o Homem e a sua dignidade: não é o Homem que existe para o Estado, antes é o Estado que existe para o Homem;

⁸⁸ Neste sentido, cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 118.

⁸⁹ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 470.

⁹⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 471.

⁹¹ Cfr. CRP, artigo 1º.

⁹² Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 67-68.

- 2) O respeito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, além de assumir o estatuto de tarefa fundamental do Estado definida pela Constituição ⁹³, constitui elemento estruturante do modelo constitucional de Estado de Direito democrático ⁹⁴, observando-se, por outro lado, que a própria Lei Fundamental, segundo um processo de auto-subordinação jurídica, reconhece valor supraconstitucional à Declaração Universal dos Direitos do Homem, fazendo dela elemento interpretativo e integrativo das normas constitucionais e ordinárias ⁹⁵;
- 3) O relevo constitucional da dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a especial garantia conferida pela Constituição aos direitos e liberdades fundamentais determina que se possa extrair um princípio geral de liberdade ao nível da sociedade civil ⁹⁶, sendo lícito aos particulares fazer tudo aquilo que não lhes é proibido, enquanto que o poder público se encontra sujeito a uma regra de competência, só lhe sendo lícito aquilo que lhe é permitido. Em consequência, qualquer intervenção pública encontra-se duplamente condicionada:
- a) Em primeiro lugar, através de uma condição-*limite*, traduzida pelo princípio geral da liberdade ao nível da sociedade civil;
 - b) Em segundo lugar, mediante uma condição-*fundamento*, a qual decorre do princípio geral da competência ao nível da acção dos poderes públicos;
- 4) O referido condicionamento à intervenção pública mostra-se susceptível de ser interpretado no sentido de constitui uma afirmação implícita do princípio da subsidiariedade do Estado nas suas relações com a sociedade civil, tanto mais que a mencionada regra geral de liberdade envolve, por sua vez, além de uma cláusula de não tipicidade - daí a importância, por exemplo, do Direito Comunitário em matéria de fonte criadora de posições jurídicas subjectivas de liberdade em matéria económica -, diversas manifestações com relevância constitucional directa ⁹⁷:
- (i) A liberdade negocial ou autonomia privada, incluindo a designada liberdade contratual e a liberdade de forma dos negócios jurídicos;

⁹³ Cfr. CRP, artigo 9º, alínea b).

⁹⁴ Cfr. CRP, artigo 2º.

⁹⁵ Cfr. CRP, artigo 16º, nº 2. Neste mesmo sentido, cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, Policop., Coimbra, 1976, p. 325; PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?*, in *O Direito*, ano 122º, 1990, p. 603 seg.; IDEM, *O Poder de Substituição...*, II, p. 555 seg.

⁹⁶ Sobre o princípio da liberdade ao nível da iniciativa económica da sociedade civil, cfr. JORGE MIRANDA, *Iniciativa Económica*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987, p. 75-76.

⁹⁷ Sobre o assunto, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota Sobre o Princípio da Liberdade Económica*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 355, 1986, p. 12 seg.; ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO / GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa - ensaio interpretativo*, Coimbra, 1993, p. 191 seg.

- (ii) A liberdade de trabalho, seja em termos de direito ao trabalho ou de liberdade de escolha de profissão;
 - (iii) A liberdade de deslocação e emigração;
 - (iv) A liberdade de produção, incluindo a liberdade de iniciativa económica privada, a liberdade de organizar a produção, a liberdade de associação e de gestão empresarial e, por último, a liberdade de circulação de bens e serviços;
 - (v) A liberdade de criação cultural, científica e técnica;
 - (vi) A liberdade de consumo;
- 5) Dominada a sociedade civil por um princípio geral de liberdade, enquanto expressão da própria dignidade da pessoa humana, objecto, por sua vez, de múltiplas consagrações constitucionais, além de sujeito ao especial regime material garantístico dos direitos e liberdades fundamentais consagrado pela Constituição nos termos do seu artigo 17º, a intervenção pública deverá sempre reger-se por uma regra de excepção, enquanto afirmação, também ela implícita, do princípio da subsidiariedade⁹⁸. Neste âmbito, quatro consequências constitucionais imediatas se podem extrair:
- (i) A intervenção pública deve pautar-se por um princípio de necessidade, seja este entendido como fundamento da actividade de intervenção, isto de tal modo que esta se reconduza à prossecução do interesse público, ou como seu limite, designadamente através da invalidade de intervenções violadoras da proibição do excesso;
 - (ii) A intervenção pública sobre a esfera da liberdade da sociedade civil está sujeita ao princípio da tipicidade dos meios e das formas, integrando a sua determinação um espaço de domínio reservado à lei;
 - (iii) Sendo a liberdade da sociedade civil o princípio geral, deve retirar-se que as normas habilitadoras de intervenção pública sobre a sociedade civil estão subordinadas a um princípio de interpretação restritiva;
 - (iv) Por fim, todas as decisões de intervenção - seja em termos orgânicos, formais ou materiais - estão sempre sujeitas ao princípio da susceptibilidade de controlo jurisdicional.

Concluindo, sem embargo da actual versão da Constituição de 1976 continuar a não conter uma disposição que expressamente afirme a subsidiariedade do Estado como princípio fundamental da organização económica⁹⁹, a verdade é que se pode deduzir de um conjunto de

⁹⁸ Para uma dicotomia entre o princípio da liberdade e o princípio da competência em matéria de iniciativa económica, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 18 seg.

⁹⁹ No sentido de ser inserido expressamente um tal princípio no artigo 80º da Constituição, cfr. o projecto de revisão constitucional nº 5/VII, apresentado pelo PSD, in sep. do *Diário da Assembleia da República*, nº 6/VII, de 8 de Abril de 1996, p. 70.

disposições do texto constitucional um reconhecimento implícito do princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado sobre a sociedade civil.

Será, no entanto, que estaremos perante uma formulação pura do princípio da subsidiariedade? Qual o grau constitucional de intervencionismo público sobre a actividade económica?

3) *Intervencionismo expresso*

2.5. Se é certo que o respeito pela dignidade humana fundamenta a consagração constitucional implícita de um princípio de subsidiariedade da intervenção do Estado sobre a esfera da sociedade civil, também é verdade que a dignidade humana passa igualmente pela promoção da justiça social ¹⁰⁰. Neste âmbito, a subsidiariedade não pode deixar de conviver, senão mesmo envolver, um determinado grau de intervenção económica e social do Estado. E, neste sector, refira-se, a Constituição de 1976 confia expressamente ao Estado tarefas indeclináveis ao nível da garantia e efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais e, em geral, na implementação e promoção do bem-estar (v. *supra*, §1º). Há aqui, como já antes se disse, uma cláusula de bem-estar ou de Estado social na Constituição que justifica a intervenção económica do Estado (v. *supra*, nº 1.2.).

No entanto, adoptando uma perspectiva geral de enquadramento do papel do Estado em termos de intervenção económica, pode dizer-se que é possível configurar quatro principais funções intervencionistas ¹⁰¹:

- a) Em primeiro lugar, desde sempre, o Estado goza de uma função produtora de normas jurídicas reguladoras ou conformadoras do exercício e desenvolvimento da actividade económica;
- b) Em segundo lugar, enquanto expressão histórica das crises do liberalismo, ao Estado foi confiada uma função de responsabilidade geral pelo regular funcionamento do sistema económico;
- c) Em terceiro lugar, correspondendo a um desenvolvimento da anterior função, foi progressivamente reconhecida ao Estado a faculdade de criar um conjunto de serviços públicos - dotados ou não de estrutura empresarial - que assegurassem directamente a produção de bens ou a prestação de serviços tendentes a satisfazer certas necessidades da colectividade consideradas essenciais;
- d) Em quarto lugar, por último, o Estado chamou a si mesmo a faculdade de criar empresas ou participar no capital de outras empresas em qualquer sector económico,

¹⁰⁰ Neste último sentido, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Supletividade...*, p. 116.

¹⁰¹ Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 142-143.

desenvolvendo uma actividade empresarial em concorrência com as entidades privadas, senão mesmo, por vezes, em áreas de actividade económica que o Estado entende reservar só para si, excluindo as entidades privadas de agir em tais sectores que, por isso mesmo, lhes passam a ser vedados.

Como facilmente se pode entender, o verdadeiro problema que hoje se coloca quanto ao grau e configuração do intervencionismo económico do Estado centra-se na última função apontada. Pode perguntar-se, deste modo, o seguinte: será que à luz da Constituição de 1976 o Estado goza de um tão amplo intervencionismo económico?

Eis o que importa averiguar.

2.6. Desde logo, importa esclarecer, a existência constitucional de uma cláusula de bem-estar ou de Estado social determina que o problema não consista já em saber se o Estado goza de uma habilitação ou de um dever constitucional de intervir no sentido de garantir o bem-estar, antes se reconduz em saber a exacta configuração da intervenção do Estado definida pela Constituição.

Neste contexto, três interrogações se podem colocar:

- (i) - Será que a Constituição confiou ao Estado o exercício exclusivo de determinadas actividades económicas, excluindo a sociedade civil de qualquer intervenção?
- (ii) - Será, pelo contrário, que a Constituição reservou para a sociedade civil um núcleo fundamental de actividades económicas, excluindo qualquer intervenção pública directa sobre as mesmas?
- (iii) - Será que a Constituição, independentemente de ter ou não criado "reservas" de intervenção económica a favor do Estado ou da sociedade civil, estabeleceu um princípio geral de concorrência de iniciativa económica pública e privada (e, eventualmente, cooperativo-social)?

Numa primeira apreciação, sem prejuízo de posterior desenvolvimento de cada um destes aspectos, pode dizer-se que da Constituição resulta o seguinte:

- 1) Existem definidos em termos constitucionais três sectores de propriedade dos meios de produção (o sector público, sector privado e sector cooperativo e social), vinculados a um princípio de coexistência¹⁰². Significa isto, por outras palavras, o seguinte:
 - a) A par de um sector privado e de um sector cooperativo e social - expressando cada um deles a garantia de efectivação da liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada¹⁰³ e, por outro lado, da iniciativa

¹⁰² Cfr. CRP, artigos 80º, alínea b), 82º, nº 1

¹⁰³ Cfr. CRP, artigos 61º, nº 1. e 62º, nº 1.

- cooperativa e do direito de autogestão¹⁰⁴, a Constituição consagra a existência obrigatória de um sector económico público;
- b) Paralelamente, há aqui subjacente uma garantia limitativa da liberdade do legislador em termos de intervenção económica: qualquer apropriação colectiva dos meios de produção, solos e recursos naturais, além de não poder inutilizar ou esvaziar de conteúdo útil a liberdade de iniciativa económica privada e o próprio direito de propriedade privada - sem prejuízo quanto a este último da sua compensação através de uma justa indemnização -, nunca pode colocar em causa o equilíbrio da coexistência de um sector privado e de um sector cooperativo e social;
- c) O contrário mostra-se igualmente verdadeiro: a existência obrigatória de um sector público de propriedade dos meios de produção não permite uma privatização integral da respectiva titularidade e gestão;
- d) Por conseguinte, conclua-se, exactamente porque o Estado não pode eliminar ou aniquilar qualquer dos sectores de propriedade dos meios de produção¹⁰⁵, terá sempre de existir, segundo imposição constitucional, e independentemente das possíveis formas jurídicas de expressão, um sector empresarial público (tal como, acrescente-se, um sector privado e um sector cooperativo e social);
- 2) Além da existência obrigatória de um sector empresarial público, mitigando, deste modo, a pureza do princípio da subsidiariedade do Estado - aliás, apenas objecto de uma implícita consagração constitucional (v. *supra*, nº 2.4.) -, a Constituição, ainda quanto a este aspecto fiel à vertente marxista do seu modelo original, resolveu vincular o legislador a duas garantias de conteúdo do sector empresarial público:
- a) Por um lado, continua hoje a considerar a apropriação colectiva de meios de produção, solos e recursos naturais como princípio fundamental em matéria de organização económica¹⁰⁶;
- b) Por outro lado, impõe directamente a existência de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas e a "outras entidades da mesma natureza"¹⁰⁷;
- 3) Paralelamente, um conjunto significativo de disposições constitucionais confia expressa e directamente ao Estado - aqui, note-se, sem excluir as entidades privadas ou da mesma natureza - o exercício directo de certas actividades em diferentes áreas, reforçando a existência obrigatória de um sector público:

¹⁰⁴ Cfr. CRP, respectivamente, artigo 61º, nºs 2 e 4.

¹⁰⁵ Neste sentido, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº 10), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, II, Lisboa, 1996, p. 118.

¹⁰⁶ Cfr. CRP, artigo 80º, alínea c).

¹⁰⁷ Cfr. CRP, artigo 87º, nº 3.

- a) Em termos de meios de comunicação social, a Constituição reconhece que estes também possam pertencer ao Estado ¹⁰⁸, impondo mesmo ao Estado a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e televisão ¹⁰⁹;
 - b) Ao nível da segurança social, a Constituição incumbe o Estado de organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado ¹¹⁰;
 - c) Em matéria de protecção da saúde, a Constituição fixa ao Estado o encargo de criar (e manter) um serviço nacional de saúde ¹¹¹;
 - d) Concretizando o direito ao ensino, a Constituição impõe a existência de um sistema público de educação pré-escolar ¹¹² e, por outro lado, vincula o Estado ao dever de criar uma rede de estabelecimentos públicos de ensino ¹¹³;
- 4) Sem embargo do princípio da coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção, da consagração e garantia de efectividade útil do direito de propriedade privada e da iniciativa económica privada e cooperativa, a verdade é que a Constituição, diferentemente do que faz em relação às entidades públicas, não cria qualquer zona de actividade económica reservada às entidades privadas ou cooperativas;
- 5) Aliás, continuando com uma tradição oriunda da Constituição de 1933 (v. *supra*, nº 2.1.), isto apesar das diferenças de formulação e enquadramento, a Constituição de 1976 continua a permitir, não obstante a sua transitoriedade e tipicidade legal, a intervenção directa e substitutiva do Estado na gestão de empresas privadas ¹¹⁴;
- 6) O artigo 202º, alínea g), da Constituição, instituindo o Governo como guardião administrativo do Estado de bem-estar ¹¹⁵, conferindo-lhe uma competência para a prática de *todos os actos* e de *todas as providências* necessárias “à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas”, assume um duplo relevo em termos habilitadores da intervenção do Estado ao nível da promoção do bem-estar:
- a) Em primeiro lugar, segundo decorre do princípio da unidade da Administração, constitui fonte permissiva de uma directa intervenção decisória (normal ou substitutiva) intra-administrativa do Governo, demonstrando uma certa

¹⁰⁸ Cfr. CRP, artigos 38º, nº 2, alínea a), e nº 6, e 39º, nº 4.

¹⁰⁹ Cfr. CRP, artigo 38º, nº 5.

¹¹⁰ Cfr. CRP, artigo 63º, nº 2.

¹¹¹ Cfr. CRP, artigo 64º, nº 2, alínea a).

¹¹² Cfr. CRP, artigo 74º, nº 3, alínea b).

¹¹³ Cfr. CRP, artigo 75º, nº 1.

¹¹⁴ Cfr. CRP, artigo 87º, nº 2. No sentido de que se está aqui perante uma forma de exercício público de funções privadas, verificando-se um fenómeno de substituição da Administração Pública à actividade privada, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 75 seg.

¹¹⁵ Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, em especial, p. 622 seg.

desvalorização da ideia de subsidiariedade nas relações entre o Estado e as demais entidades públicas infra-estaduais ¹¹⁶; o artigo 202º, alínea g), desempenha, por isso mesmo, uma função de “cláusula de garantia” da implementação administrativa do bem-estar, atribuindo ao Governo, em última (ou primeira) instância, poderes de intervenção activa sobre a própria actividade económica ou sobre entidades que se situam no âmbito do sector público empresarial;

- b) Em segundo lugar, não se pode excluir que as motivações referentes à garantia do bem-estar e subjacentes à competência conferida ao Governo pelo artigo 202º, alínea g), justifiquem, sempre dentro dos limites de uma prévia habilitação legal, uma intervenção pública - isto é, governamental - sobre actividades desenvolvidas por entidades privadas, sempre que a acção ou a omissão destas seja passível de colocar em causa a promoção do desenvolvimento económico-social ou a satisfação das necessidades colectivas. Haverá aqui, igualmente, em boa verdade, uma debilitação do princípio da subsidiariedade, agora ao nível das relações entre o Estado e sociedade civil.

Em síntese, pode afirmar-se que em termos de prossecução do modelo de Estado de bem-estar, enquanto o princípio da subsidiariedade da acção pública só se encontra implicitamente consagrado na Constituição (v. *supra*, nº 2.4.), a intervenção (directa ou indirecta) do Estado sobre a actividade económica é objecto de expresso acolhimento constitucional, limitando, deste modo, o alcance da subsidiariedade.

Num outro sentido, sempre se poderá dizer que a Constituição procurou estabelecer, deste modo, uma regra de convivência ou compatibilidade entre a subsidiariedade e o intervencionismo do Estado: se a tutela constitucional dispensada a certos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos justifica a subsidiariedade implícita, a verdade é que a garantia última de efectivação das “tarefas” ou “incumbências” do Estado - incluindo aqui a implementação dos direitos sociais - envolvem uma regra constitucional expressa de intervencionismo público.

No entanto, há que reconhecer, a preocupação constitucional de implementação do bem-estar levou a um excessivo reforço do papel interventivo do Estado em termos económicos, sociais e culturais, senão mesmo excluindo em certos casos, o papel da sociedade civil. Numa certa perspectiva, quase se pode dizer que a Constituição permite em matéria de actividade económica que o Estado defina as regras do jogo, participe nele directamente, jogando e/ou escolhendo os parceiros e, se necessário, alterando as regras do jogo em proveito da promoção do desenvolvimento económico-social ou da satisfação das necessidades colectivas de um modelo de Estado de bem-estar.

¹¹⁶ Para mais desenvolvimentos desta afirmação, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 821 seg.

Será, porém, que a intervenção pública não conhece limites e, conseqüentemente, se assista a um reforço reflexo do princípio da subsidiariedade?

Será o que procuraremos indagar imediato.

4) Limites ao intervencionismo público

2.7. Não obstante uma certa preferência constitucional pela intervenção directa do Estado em termos económicos e sociais, algumas vezes ainda cheia de ressonâncias marxistas, a verdade é que o princípio intervencionista não pode deixar de ser conjugado com outras realidades constitucionais que o limitam e condicionam, reforçando, deste modo, o espaço operativo da sociedade civil - designadamente dos agentes privados - sobre a actividade económica.

1) Desde logo, e em primeiro lugar, a intervenção pública tem sempre de ter em conta a concorrência directa de vários princípios constitucionais já objecto de anterior referência:

- a) O princípio da coexistência entre os diversos sectores de propriedade dos meios de produção (v. *supra*, nº 2.4.): o sector público tem de respeitar a existência dos sectores privado e cooperativo e social ;
- b) O princípio do respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos particulares (v. *supra*, nº 2.4.), sendo aqui de sublinhar a relevância da garantia do “núcleo essencial” ou a necessidade de um espaço útil de operatividade ao direito de propriedade privada e às liberdades de iniciativa económica privada e cooperativa;
- c) O princípio (implícito) da subsidiariedade do Estado, enquanto manifestação directa do respeito pela dignidade da pessoa humana, segundo os termos anteriormente referidos (v. *supra*, nº 2.4.), especialmente pela subordinação da intervenção directa do Estado a uma regra de necessidade ¹¹⁷;
- d) O princípio da lealdade comunitária, expressão do empenhamento de Portugal na construção da União Europeia ¹¹⁸, cria a vinculação de respeitar os compromissos internacionais assumidos, designadamente todos os aspectos decorrentes da “subsidiariedade estadual” consagrados no Tratado de União Europeia (v. *supra*, nº 2.2.);

¹¹⁷ Neste sentido, cumpre sublinhar que qualquer intervenção governamental no sector económico fundada no artigo 202º, alínea g), tenha ela como destinatários entidades da Administração ou privadas (v. *supra*, nº 2.5.), se encontra sempre subordinada ao princípio da necessidade. Como se refere na citada disposição constitucional, em matérias de promoção do desenvolvimento económico-social e de satisfação das necessidades colectiva, compete ao Governo tomar todos os actos e todas as providências *necessárias*.

¹¹⁸ Cfr. CRP, artigo 7º, nº 6.

2) Em segundo lugar, a intervenção pública está condicionada pela exigência de reserva de lei:

- a) Segundo o princípio geral definido pelo artigo 83º da Constituição, compete exclusivamente à lei - excluindo, deste modo, outras fontes de direito - determinar os meios e as formas de intervenção e apropriação colectiva dos meios de produção. Encontra-se aqui formulado, por outras palavras, o princípio da legalidade da intervenção ¹¹⁹, o qual tem, todavia, outras manifestações constitucionais:
- (i) Os limites à actividade económica privada só podem ser fixados por lei, desde logo no que respeita à liberdade de iniciativa económica ¹²⁰, incluindo-se aqui a definição dos sectores básicos vedados às entidades privadas ¹²¹, a intervenção transitória na gestão de empresas privadas ¹²², o investimento estrangeiro ¹²³, os meios de produção em abandono ¹²⁴ e a eliminação de latifúndios ¹²⁵;
 - (ii) A atribuição de benefícios fiscais e financeiros ¹²⁶;
 - (iii) O processo de reprivatização dos bens nacionalizados ¹²⁷;
 - (iv) Os planos de desenvolvimento económico e social ¹²⁸;
- b) A legalidade da intervenção económica pública, algumas vezes identificada com reserva de lei parlamentar ¹²⁹, compreende três vertentes típicas:
- (i) Por um lado, a lei funciona como *fundamento* da competência de intervenção;
 - (ii) Por outro lado, a lei desempenha o papel de *critério* de exercício de uma tal competência;
 - (iii) Por último, a lei constitui *limite* ao exercício da competência de intervenção;
- c) O princípio da legalidade da intervenção económica pública, sempre que a intervenção se traduza numa restrição de direitos, liberdades e garantias, e

¹¹⁹ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO / GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, p. 226 e 227.

¹²⁰ Cfr. CRP, artigo 61º, nº 1; ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 23.

¹²¹ Cfr. CRP, artigo 87º, nº 3.

¹²² Cfr. CRP, artigo 87º, nº 2.

¹²³ Cfr. CRP, artigo 88º.

¹²⁴ Cfr. CRP, artigo 89º.

¹²⁵ Cfr. CRP, artigo 97º.

¹²⁶ Cfr. CRP, artigo 86º, nº 2.

¹²⁷ Cfr. CRP, artigos 85º e 296º.

¹²⁸ Cfr. CRP, artigos 91º a 93º e 164º, alínea h).

¹²⁹ Cfr. CRP, artigo 168º, nº 1, alíneas b), e), j), l), m), n), o), p), x), aa).

enquanto afloramento do regime geral resultante do artigo 18º, nºs 2 e 3, determina os cinco seguintes limites:

- (i) As restrições a direitos, liberdades e garantias por efeito de qualquer modo ou forma de intervenção económica pública têm sempre de estar expressamente previstas na Constituição;
 - (ii) Toda e qualquer restrição a posições jurídicas subjectivas decorrente da intervenção está subordinada ao princípio da proporcionalidade, em especial à proibição do excesso;
 - (iii) As leis definidoras de tais meios ou formas de intervenção têm de revestir carácter geral e abstracto, sendo inválida, por princípio, qualquer lei-medida ou lei individual de intervenção económica restritiva de direitos, liberdades e garantias;
 - (iv) As leis de intervenção económica restritivas de posições jurídicas subjectivas tuteladas pela Constituição não podem ter eficácia retroactiva;
 - (v) A intervenção económica pública através de tais leis restritivas nunca pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos respectivos direitos, liberdades e garantias, designadamente dos direitos de propriedade privada e de iniciativa económica privada e cooperativa;
- 3) Em terceiro lugar, o princípio da legalidade da intervenção económica pública deve ter em conta, enquanto corolário das ideias de justiça e de imparcialidade inerentes a um Estado de Direito democrático, o princípio da igualdade:
- a) Os meios e as formas de intervenção pública - sejam eles ou não restritivos de direitos, liberdade e garantias - nunca se podem traduzir na criação de privilégios, imunidades ou de qualquer outro tipo de discriminações infundadas, envolvendo a derrogação singular de disposições gerais;
 - b) A intervenção pública deve pautar-se pelas mesmas regras a que se encontra subordinada a intervenção económica privada¹³⁰, salvo eventuais excepções justificadas pela concorrência de outros princípios gerais limitativos do princípio da igualdade, falando-se aqui em princípio da paridade de trato ou de estatuto unitário entre os diferentes agentes económicos (v. *infra*, nº 11.10.), traduzindo até, deste modo, um papel homogenizador do mercado;
 - c) O princípio da igualdade em termos da intervenção económica pública tem o seu âmbito de operatividade tanto ao nível das relações entre entidades públicas

¹³⁰ Sobre a subordinação da intervenção económica pública ao princípio da igualdade, cfr. , por todos, ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 136; ENCARNACIÓN MONTAYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 52.

- e entidades privadas ou cooperativas, quanto no âmbito interno de cada uma destas três categorias de agentes económicos;
- 4) Em quarto lugar, a lei ao estabelecer os meios ou as formas de intervenção económica pública encontra-se sempre limitada pelo princípio do respeito pelo interesse geral, colectivo ou público, o qual tem as seguintes principais manifestações e corolários:
- a) A apropriação colectiva dos meios de produção e solos e, em geral, os meios e as formas de intervenção, expropriação e nacionalização estão condicionados a terem sempre como fundamento motivos de interesse público ¹³¹;
 - b) Nos termos do artigo 62º, nº 2, pode extrair-se que, salvo preceito constitucional em sentido contrário, toda e qualquer ablação do direito de propriedade privada por acto público de autoridade não judicial se tem de fundar em razões de “utilidade pública”, envolvendo sempre o direito a uma “justa indemnização”;
 - c) Estando a Administração Pública subordinada pela Constituição à prossecução do interesse público ¹³², decorre daí, igualmente, uma vinculação directa para o próprio legislador ordinário: a lei só pode confiar aos órgãos administrativos o exercício de actividades que visem prosseguir o interesse público, sob pena de inconstitucionalidade;
 - d) Traduzindo-se muitos de tais meios e formas de intervenção económica pública em actividade desenvolvida por órgãos e agentes da Administração, a subordinação da intervenção pública administrativa à lei é sempre, por isso mesmo, uma garantia de criar e assegurar para cada acto de intervenção pública um fim concreto de interesse público, isto sob pena de se deparar com uma actuação administrativa violadora de lei ou ferida de desvio de poder, senão mesmo inconstitucional;
 - e) Numa outra perspectiva, a definição do interesse público (= “colectivo” = “geral”) por lei, enquanto fundamento e critério da actividade de intervenção económica da Administração, não pode deixar de ser entendido em termos de legitimação democrática da decisão política de intervenção:
 - (i) Desde logo, a subordinação da Administração à lei e, conseqüentemente, ao interesse público por ela definido traduz uma

¹³¹ Cfr. CRP, artigos 80º, alínea c), e 168º, nº 1, l).

Aliás, como já tivemos oportunidade de anteriormente referir, a apropriação colectiva dos meios de produção deixou de estar directamente relacionada com a transição para o socialismo, passando a basear-se no interesse público, enquanto seu único fundamento constitucionalmente admissível, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / PAULO OTERO, *Nacionalização, Reprivatização e Direito de Reversão*, in *O Direito*, ano 124º, 1992, p. 308.

¹³² Cfr. CRP, artigo 266º, nº 1.

forma de sujeição da intervenção económica pública ao “indirizzo” político-governativo da maioria e, deste modo, à vontade popular:

- (ii) Por outro lado, bem vistas as coisas, mediante um tal processo assiste-se, segundo determina a Constituição, a uma efectiva subordinação do poder económico público ao poder político democrático¹³³;

5) Em quinto lugar, envolvendo a intervenção económica pública uma actividade desenvolvida pela Administração, isto significa que deve também ser articulada com o princípio constitucional da participação dos particulares:

- a) Num modelo democrático, a participação dos interessados na gestão da estrutura da Administração¹³⁴ pode constituir, segundo a própria Constituição, uma “adequada forma” de descongestionamento da acção administrativa¹³⁵, ai se integrando, por exemplo, o exercício privado de funções públicas¹³⁶;
- b) Precisamente no âmbito do exercício privado de funções públicas no âmbito económico, e enquanto instrumento dos princípios da participação dos particulares e da subsidiariedade do Estado, se integram as funções públicas transferidas por concessão a entidades privadas, sendo de salientar os seguintes exemplos:
- (i) A concessão de serviços públicos¹³⁷, incluindo a concessão de empresas públicas que explorem serviços públicos¹³⁸;
- (ii) A concessão de obras públicas¹³⁹;
- (iii) A concessão de exploração de bens do domínio público¹⁴⁰;

¹³³ Cfr. CRP, artigo 80º, alínea a).

¹³⁴ Cfr. CRP, artigo 267º, nº 1.

¹³⁵ Cfr. CRP, artigo 267º, nº 2.

¹³⁶ Neste sentido, em termos mais desenvolvidos, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 51 seg. Para um relacionamento entre o exercício privado de funções públicas e o princípio democrático, cfr. FRITZ OSSENBUHL, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 29, 1971, p. 159 seg.

¹³⁷ Sobre a concessão de serviços públicos, cfr. JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos - sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914, em especial, p. 70 seg.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9ª ed., Coimbra, 1980, p. 1072 e 1096 seg.; IDEM, *Subsídios para o Estudo da Teoria da Concessão de Serviços Públicos*, in *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974, p. 89 seg.; ARMANDO MARQUES GUEDES, *A Concessão*, I, Coimbra, 1954, em especial, p. 64 seg. e 121 seg.; ANDRÉ DE LAUBADÈRE / JEAN-CLAUDE VENEZIA / YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, I, 11ª ed., Paris, 1990, p. 699 seg.; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, I, 5ª ed., Paris, 1990, p. 434 seg.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, Polycop., Lisboa, 1989, p. 443 e 444.

¹³⁸ Sobre o assunto, cfr., por todos, SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Concessão de Exploração de Empresas Públicas*, AAFDL, Lisboa, 1992.

¹³⁹ Cfr. EUGENIO PICOZZA, *I Lavori Pubblici: l'esecuzione*, in G. SANTANIELLO (org.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, X, Padova, 1990, em especial, p. 340 seg. e 382 e 383.

¹⁴⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, São Paulo, 1972, p. 17 e 18.

- 6) Em sexto lugar, após a revisão constitucional de 1989, a intervenção pública não pode deixar de ser relacionada com o princípio da reprivatização, isto nos seguintes termos:
- a) Desconstitucionalizada a irreversibilidade das nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974, a Constituição, sem impor qualquer dever de reprivatizar ou desnacionalizar, confere agora ao legislador, todavia, a faculdade de reprivatizar a titularidade ou o direito de exploração de meios de produção ou outros bens nacionalizados, segundo os termos definidos por uma lei-quadro da Assembleia da República ¹⁴¹;
 - b) Não obstante a revisão constitucional de 1989 ter dado relevância à circunstância de um “indirizzo” político favorável a um processo de privatizações ou reprivatizações ser passível de se mostrar limitativo da intervenção económica pública, pelo menos segundo formas de direito público, podendo falar-se em reforço do princípio da subsidiariedade do Estado em termos económicos, importa sublinhar, porém, o seguinte:
 - (i) A ausência de um dever constitucional de reprivatizar ou desnacionalizar determina que não exista na Constituição qualquer princípio de irreversibilidade do processo de reprivatizações;
 - (ii) Se é certo que a Constituição permite a reprivatização das nacionalizações, não é menos verdade que continua a proclamar como princípio fundamental da organização económica a apropriação colectiva dos meios de produção (v. *supra*, nº 2.6.), falando ainda em nacionalizações por motivo de interesse público ¹⁴²;
 - (iii) Aliás, enquanto que a reprivatização das nacionalizações anteriormente objecto da cláusula de irreversibilidade está dependente de uma lei-quadro cuja aprovação é feita por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções ¹⁴³, os meios e as formas de nacionalização podem ser fixados através de uma lei aprovada por maioria simples dos deputados ¹⁴⁴ ou mediante decreto-lei autorizado ¹⁴⁵;
- 7) Por último, a interpretação das disposições constitucionais sobre intervenção económica pública estão sujeitas, tal como quaisquer outras normas da Constituição, a

¹⁴¹ Cfr. CRP, artigos 85º, nº 1, e 296º.

¹⁴² Cfr. CRP, artigo 168º, nº 1, alínea l).

¹⁴³ Cfr. CRP, artigo 85º, nº 1.

¹⁴⁴ Cfr. CRP, artigos 168º, nº 1, alínea l), 119º, nº 3.

¹⁴⁵ Cfr. CRP, artigos 168º, nº 1, alínea l), e 201º, nº 1, alínea b).

um processo de desenvolvimento constitucional fundamentador de uma interpretação evolutiva ¹⁴⁶ ou “reorientação do sentido da Constituição vigente” ¹⁴⁷:

- a) Desde muito cedo, a prática constitucional se foi desenvolvendo em termos de gerar um claro desfazamento com o modelo socialista consagrado no texto da Constituição ¹⁴⁸, chegando mesmo a falar-se na criação, entre 1976 e 1982, de um costume “contra legem” em matéria de regime económico ¹⁴⁹;
- b) Hoje, por seu lado, a conjugação entre o princípio da possibilidade de reprivatização das nacionalizações, o regime garantístico da liberdade de iniciativa económica privada e a aplicabilidade nacional das regras comunitárias consagradoras de um mercado comum aberto e concorrencial determinou um processo evolutivo de clara interpretação limitativa das normas constitucionais sobre intervenção económica pública, podendo mesmo falar-se em desenvolvimento constitucional orientado para um papel de subsidiariedade do Estado;
- c) Ilustrando esta última evolução, a lei-quadro do planeamento afirma como princípio de elaboração dos planos a “supletividade de intervenção do Estado face ao livre funcionamento da iniciativa privada e de mercados abertos e concorrenciais” ¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Sobre o conceito de desenvolvimento constitucional, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, p. 141-142; IDEM, *Nota Introdutória*, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, I, Coimbra, 1996, p. 10-11; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 106, 108 e 147-148. Ainda sobre o desenvolvimento constitucional, cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976 - A transição dualista*, Coimbra, 1988, p. 125 seg.

¹⁴⁷ JORGE MIRANDA, *Nota Introdutória*, p. 10.

¹⁴⁸ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação de Sectores na Jurisprudência da Comissão e do Tribunal Constitucional*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1993, p. 270 seg..

¹⁴⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I - Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, em especial, p. 340 seg.; IDEM, *10 Questões sobre a Constituição, o Orçamento e o Plano*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987, p. 118 seg.

¹⁵⁰ Cfr. Lei nº 43/91, de 27 de Julho, artigo 4º, alínea f).

§3º - Síntese do capítulo I

O estudo realizado em torno das incumbências constitucionais do Estado permitiu extrair a seguinte síntese das principais ideias:

- 1) A Constituição de 1976 consagra o princípio do bem-estar, enquanto elemento estrutural integrante do modelo de Estado de Direito democrático, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e envolvendo a realização pelo Estado de “tarefas” ou “incumbências” fundamentais em matéria económica, social e cultural;
- 2) Transformada a prossecução do bem-estar em vinculação constitucional do Estado, expressão de uma designada “cláusula de bem-estar” ou “cláusula de Estado social”, e definido o respectivo grau de implementação como critério aferidor do sucesso ou fracasso da própria Constituição, o intervencionismo público surge como inevitabilidade histórica, política e jurídica;
- 3) Não obstante o Estado social ou Estado de bem-estar envolver intervencionismo público, isto não é em si incompatível com um princípio de subsidiariedade: a Doutrina Social da Igreja, a Constituição de 1933 e a União Europeia comprovam a compatibilidade entre bem-estar e intervencionismo público sujeito ao princípio da subsidiariedade do Estado;
- 4) A Constituição de 1976, sem consagrar expressamente em qualquer norma o princípio da subsidiariedade da intervenção económica pública, e apesar de o seu texto inicial ter adoptado um modelo predominantemente socialista de intervenção do Estado, expressa hoje, segundo decorre implícito de diversas disposições, um princípio de subsidiariedade do Estado nas suas relações com a sociedade civil;
- 5) A consagração constitucional implícita do princípio da subsidiariedade do Estado tem de conviver e se compatibilizar, todavia, com um princípio expresso de intervencionismo público sobre a economia, gerando um modelo de economia social de mercado ou economia mista de bem-estar;
- 6) A existência ainda de um certo acolhimento favorável pelo texto da Constituição por uma intervenção económica directa do Estado, isto em detrimento de um princípio de subsidiariedade, não pode deixar de se entender limitada pela concorrência de diversos princípios constitucionais que a

condicionam e por um processo de desenvolvimento constitucional conducente a uma reorientação do sentido da Constituição mais favorável ao princípio da subsidiariedade do Estado.

CAPÍTULO II

RESERVA CONSTITUCIONAL DE SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO?

§4º - Sector público de propriedade dos meios de produção**A) Sector público e sector privado**

- 1) *Evolução constitucional*
- 2) *Sector privado e intervenção pública directa*
- 3) *Sector público: preliminares*

B) Configuração do sector público

- 1) *Enquadramento*
- 2) *Configuração orgânico-subjectiva*
- 3) *Configuração objectivo-material*

C) Sector público empresarial

- 1) *Evolução*
- 2) *Configuração*
- 3) *Sequência*

§5º - Sector empresarial do Estado e sectores vedados a empresas privadas**A) Sectores vedados e garantia de sector empresarial do Estado**

- 1) *Vinculação constitucional do legislador*
- 2) *Liberdade constitucional do legislador*

B) Sectores vedados: reserva exclusiva do sector empresarial do Estado?**C) Sectores vedados e modelo de organização empresarial****§6º - Sector empresarial do Estado e iniciativa económica pública****A) Iniciativa económica pública e Estado de bem-estar**

- 1) *Iniciativa pública e sectores vedados*
- 2) *Iniciativa pública e sectores não vedados*

B) Iniciativa económica pública e interesse público

- 1) *Natureza da iniciativa económica pública*
- 2) *Prosecução do interesse público*

C) Iniciativa económica pública e vinculação comunitária

- 1) *Fundamento das limitações comunitárias*
- 2) *Objecto das limitações comunitárias*
- 3) *Principais limitações comunitárias*

§7º - Sector empresarial do Estado, apropriação colectiva e privatizações

A) Apropriação colectiva e privatização dos meios de produção

1) Contradição constitucional?

2) Indiferença ou preferência?

B) Quadro constitucional da decisão de privatizar

1) Privatizações e interesse público

2) Privatizações e sectores básicos

§8º - Síntese do capítulo II

§4º - Sector público de propriedade dos meios de produção

A) Sector público e sector privado

1) Evolução constitucional

4.1. Concretizando o princípio da coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção, a Constituição de 1976, desde a sua versão inicial, sempre comportou uma definição dos diferentes sectores de propriedade dos meios de produção ¹⁵¹. Não obstante a respectiva definição partir sempre de uma dicotomia entre a propriedade (ou titularidade) e a gestão (ou modo social de gestão), há, porém, dois principais traços de evolução constitucional que importa salientar:

- a) Em primeiro lugar, segundo o texto inicial da Constituição, os três sectores de propriedade assumiam uma clara natureza provisória ou transitória, enquanto expressão da “fase de transição para o socialismo” ¹⁵², sendo visível, até à revisão constitucional de 1989, que o sector privado era considerado com evidente desfavor em relação aos outros sectores de propriedade dos meios de produção, seja pela sua definição residual ou pela relevância dos princípios da apropriação colectiva dos principais meios de produção (e solos) e do desenvolvimento da propriedade social;
- b) Em segundo lugar, a revisão constitucional de 1989 comportou uma possível configuração reducionista do sector público da propriedade dos meios de produção, sendo isto visível a dois níveis:
 - (i) Por um lado, os meios de produção comunitários, possuídos e geridos pelas comunidades locais, e os meios de produção explorados colectivamente pelos trabalhadores, até então integrados no sector público, transitaram para o sector cooperativo, agora designado de sector cooperativo e social;
 - (ii) Por outro lado, enquanto que a Constituição exige hoje que para integrar o sector público se verifique cumulativa ou simultaneamente uma situação de propriedade e gestão públicas ¹⁵³, só compreendendo os meios de propriedade

¹⁵¹ Cfr. CRP76, artigo 89º; CRP82, artigo 89º; CRP, artigo 82º.

¹⁵² Cfr. CRP76, artigo 89º, nº 1.

¹⁵³ Na sua redacção primitiva, pelo contrário, a Constituição não explicava se os critérios da titularidade da propriedade e do modo social de gestão na definição do sector público “(...) têm de funcionar sempre simultaneamente, ou se se podem dissociar quanto aos sujeitos da propriedade e da gestão”. Neste sentido, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 15/77 (nº 5), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p.

cuja propriedade e gestão pertençam a entidades públicas, o sector privado continua a ser definido em termos alternativos, bastando que a propriedade ou a gestão seja privada para - sem prejuízo das situações integráveis no sector cooperativo e social - o meio de produção se situar no sector privado.

Vejamos um pouco melhor este último aspecto respeitante à definição do sector público da propriedade dos meios de produção e suas relações com o sector privado.

2) Sector privado e intervenção pública directa

4.2. Colocando o texto constitucional no sector público apenas os meios de produção em que se verifique cumulativamente uma propriedade titulada por entidades públicas e uma gestão igualmente prosseguida por essas mesmas entidades, significa isto que, segundo a Constituição, integram hoje o sector privado, além das típicas situações de propriedade e gestão pertencentes a pessoas (singulares ou colectivas) privadas, os seguintes meios de produção:

- (i) Meios de produção de propriedade pública e gestão privada;
- (ii) Meios de produção de propriedade privada e gestão pública.

Concededores que o sector privado é susceptível de integrar meios de produção cuja propriedade ou gestão seja pública, pode bem dizer-se que a mencionada configuração reducionista do sector público traçada pela revisão constitucional de 1989 (v. *supra*, nº 4.1.) é susceptível de esconder formas *sui generis* de intervenção pública que, por isso mesmo, não comportam formalmente um alargamento do sector público da propriedade dos meios de produção: (i) a criação de novas entidades públicas, desde que a respectiva gestão seja conferida a entidades privadas - por exemplo, através de concessão - , faz o meio de produção integrar-se no sector privado, ainda que se assista a uma forma de intervenção pública; (ii) a intervenção directa do Estado na gestão de empresas privadas, sem provocar qualquer transferência do meio de produção do sector privado para o sector público, não deixa de se traduzir numa severa forma de intervenção pública limitativa do direito de propriedade e da liberdade económica privadas.

Tudo isto permite concluir, em síntese, que a definição constitucional do sector público, sem prejuízo da sua evolução histórica traduzir uma evidente redução do respectivo peso em relação ao sector privado, mostra-se ainda hoje passível de encobrir fenómenos de intervenção pública que, sem comportarem formalmente pela Constituição um alargamento dos meios de produção integrantes do sector público ou sem transferirem os meios de produção privados para o sector público, envolvem sempre formas diversificadas de limitação ou descaracterização daquilo que se pode considerar o sector privado típico ou normal.

11; Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº 9), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 113.

Com efeito, a definição constitucional do sector privado dos meios de produção permite recortar, atendendo ao exposto, duas diferentes componentes ou, em bom rigor, dois verdadeiros subsectores privados:

- 1) Temos, em primeiro lugar, um subsector constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem a entidades privadas, podendo aqui falar-se em *sector privado típico ou normal*;
- 2) Existe, por outro lado, ainda dentro do sector privado, um subsector que compreende os meios de produção de propriedade pública e gestão privada ou de propriedade privada e gestão pública, podendo agora falar-se em *sector privado sui generis* ou *sector privado publicizado*.

Ora, como se mostra evidente, este último subsector de meios de produção integrantes do sector privado comporta uma incógnita projecção de intervenção pública directa. Aliás, seria completamente frustrada a garantia constitucional da coexistência de três sectores de propriedade, gerando, por isso mesmo, uma situação de inconstitucionalidade, se o sector privado dos meios de produção ficasse reduzido a uma tal componente ou se a mesma traduzisse a principal expressão do sector privado.

É legítimo concluir, por conseguinte, que a garantia de existência de um sector privado dos meios de produção passa, principalmente, por aqueles cuja propriedade e gestão pertencem a entidades privadas, não tendo o legislador liberdade para transformar o sector privado num mero conjunto de bens de produção que sejam o prolongamento do sector público, isto em termos de propriedade ou de gestão. Se tal sucedesse, além de se violar materialmente o cerne do princípio da coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção, assistir-se-ia a uma violação da liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada. Há aqui, em consequência, uma garantia constitucional de existência de um sector privado típico ou normal, isto é, de meios de produção titulados e geridos por pessoas privadas. O que equivale a dizer, em boa verdade, que o sector privado publicizado tem de assumir uma natureza excepcional no contexto do sector privado dos meios de produção.

Não serve o exposto, todavia, para limitar toda e qualquer forma de intervenção pública directa: se é certo que a Constituição não permite que o sector privado seja integral ou predominantemente constituído pelos meios de produção de propriedade pública e gestão privada ou de propriedade privada e gestão pública, a verdade é que isto não deve ser interpretado no sentido de excluir totalmente uma certa preferência constitucional pela intervenção económica pública directa que origine a criação de meios de produção integrados no sector privado, isto em relação à intervenção pública que dê origem a simples meios de produção integrados no sector público. Quer isto dizer o seguinte: o princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado sobre a sociedade civil tem uma melhor concretização ou efectividade quando o Estado cria

entidades cuja gestão confia a pessoas privadas, fazendo que o respectivo meio de produção passe a integrar o sector privado, do que em casos de mera criação de entidades integradas no sector público, isto na sequência da respectiva gestão ser também ela pública.

Neste sentido, e sem tomar em consideração o reforço argumentativo de todos os aspectos decorrentes da integração interpretativa da Constituição num modelo de economia de mercado, pode dizer-se que a forma constitucional de definição alternativa dos meios de produção integrantes do sector privado, aliada ao princípio da subsidiariedade da intervenção pública, comporta implícita uma regra de preferência pela intervenção económica pública directa traduzida na criação de estruturas empresariais cuja gestão seja confiada a entidades privadas sobre um modelo de intervenção económica conduzindo a entidades empresariais dotadas de gestão pública. Exemplificando: resulta da Constituição uma regra de preferência pela utilização da concessão a entidades privadas da exploração de meios de produção públicos relativamente à sua exploração directa por entidades públicas.

Porém, pode bem perguntar-se o seguinte: não será que uma tal regra de preferência se mostra, por sua vez, violadora do princípio da existência de um sector público? Em que medida a preferência pela criação pelo Estado de entidades dotadas de gestão privada sobre a criação de entidades públicas com gestão pública em matéria económica não se mostrará agora debilitadora do sector público dos meios de produção?

Eis o que importa averiguar.

3) Sector público: preliminares

4.3. Sabendo-se que, segundo a definição constitucional, o sector público compreende os “meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas”¹⁵⁴, facilmente se entende que nem todos os meios de produção titulados por entidades públicas se integram necessariamente no sector público. À luz da Constituição, como se viu (v. *supra*, nº 4.2.), o sector privado é passível de integrar meios de produção cuja propriedade pertença a entidades públicas, bastando para o efeito que a respectiva gestão esteja confiada a entidades privadas.

Deste modo, a Constituição confere ao legislador e, conseqüentemente, à própria Administração uma considerável liberdade configuradora dos exactos limites entre o sector público e o sector privado:

- a) Dentro do enquadramento constitucional resultante da conjugação dos princípios da subsidiariedade da intervenção pública e da prossecução do interesse público, o

¹⁵⁴ Cfr. CRP, artigo 82º, nº 2.

legislador tem a liberdade de definir se determinado meio de produção de propriedade pública poderá ter uma gestão por entidades públicas ou por entidades privadas e, deste modo, se integrar, respectivamente, no sector público ou no sector privado dos meios de produção;

- b) Porém, fora da área económica de intervenção pública, a preferência constitucional pela atribuição da gestão de meios de produção públicos a entidades privadas (v. *supra*, nº 4.2.) não se pode traduzir numa imposição para o legislador, isto sob pena da sua utilização excessiva inutilizar a garantia constitucional de existência de um sector público dos meios de produção. É que, importa sublinhar, pelo menos fora da pura área de intervenção económica, a Constituição cria, enquanto garantia de existência de um sector público, uma reserva de meios de produção cuja propriedade é pública e são obrigatoriamente objecto de gestão também por entidades públicas;
- c) No âmbito da intervenção económica, urge adiantar, o grau de liberdade do legislador na definição do modo de gestão do meio de produção de propriedade pública nem sequer se encontra limitado pela existência obrigatória de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas: a titularidade da actividade desenvolvida sobre tal meio de produção continua a ser pública, verificando-se que somente a sua gestão poderá estar confiada a uma entidade privada;
- d) Por outro lado, no caso de a lei admitir que a gestão do meio de produção público seja feita por entidades privadas, a Administração adquire sempre a faculdade de escolher o momento e a pessoa que o vai gerir, além da possibilidade de fazer cessar uma tal gestão privada (v.g., rescindindo ou resgatando a concessão), determinando, por consequência, segundo as concretas exigências do interesse público, a integração do bem de produção no sector público.

Afinal, bem vistas as coisas, a Constituição acaba por confiar ao direito ordinário, senão mesmo à própria Administração Pública - isto sempre mediante prévia habilitação legal e através de uma decisão teleologicamente orientada pela prossecução do interesse público -, a integração em concreto de um meio de produção cuja propriedade seja pública no sector público ou no sector privado.

Sem embargo de todos os aspectos resultantes do modo de gestão dos meios de produção cuja propriedade pertence a entidades públicas e da sua inerente integração ou exclusão do sector público, sucede que a própria propriedade pública dos meios de produção não é uniforme ou homogénea.

Na realidade, segundo o direito português, é possível encontrar no sector público meios de produção cuja propriedade pertence directa e imediatamente a entidades de direito público, enquanto tais, e, por outro lado, meios de produção cuja titularidade, apesar de estar confiada a

entidades dotadas de personalidade jurídica privada, se verifica pertencer mediamente a entidades públicas, isto porque foram estas que criaram as referidas entidades privadas e/ou são as detentoras da totalidade ou da maioria do capital destas últimas. Há, deste modo, dois diferentes componentes ou subsectores no âmbito do sector público:

- 1) Existe, deste logo, um subsector público constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem directa e imediatamente a entidades públicas, podendo falar-se em *sector público imediato ou sector público sob forma pública*, o qual, por sua vez, compreende em termos de património dominal duas distintas sub-hipóteses¹⁵⁵:
 - (i) Os casos em que os meios de produção se regem pelo Direito Público, encontrando-se subtraídos ao comércio jurídico-privado, sendo, por isso mesmo, inalienáveis atendendo à sua essencialidade para o interesse público, falando-se aqui em meios de produção públicos integrantes do *domínio público*;
 - (ii) Os casos em que os meios de produção se encontram submetidos ao Direito Privado, expressando o facto de não terem uma essencialidade marcante para a actividade desenvolvida por tais entidades públicas, sendo, por isso mesmo, alienáveis, penhoráveis, expropriáveis e prescritíveis, falando-se agora em meios de produção públicos integrantes do *domínio privado*;
- 2) Além dos meios de produção directa e imediatamente titulados e geridos por entidades públicas, deve reconhecer-se, por outro lado, a existência de um subsector público constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão está imediatamente confiada a entidades privadas, observando-se que estas, por sua vez, pertencem na sua totalidade ou são controladas por entidades públicas, devendo aqui falar-se em *sector público mediato ou sector público sob forma privada*¹⁵⁶.

Independentemente do fundamento constitucional de um tal sector público sob forma privada, a verdade é que a sua existência permite concluir que a criação de entidades públicas com gestão privada não debilita a existência de um sector público (v. *supra*, n.º 4.2.): a utilização pelo legislador deste último processo concorre com a possibilidade de serem criadas entidades privadas cuja propriedade e gestão pertencem (total ou parcialmente) a entidades públicas. O problema principal reside, em boa verdade, na determinação dos critérios e dos eventuais limites constitucionais do legislador na feitura de uma tal escolha.

¹⁵⁵ Sobre o património dominal, enquanto categoria do património público contraposta ao património obrigacional ou creditício, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, I, 4.ª ed., 4.ª Reimp., Coimbra, 1996, p. 309 seg.

¹⁵⁶ Em termos estritamente patrimoniais, as participações sociais das entidades públicas sobre os meios de produção integrantes do sector público sob forma privada inserem-se no âmbito do património (público) creditício, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas*, I, p. 312.

Ao assunto voltaremos mais adiante.

B) Configuração do sector público

1) Enquadramento

4.4. Mesmo sem tomar em consideração as incumbências constitucionais do moderno Estado decorrentes da prossecução de um modelo de bem-estar, a verdade é que não se pode imaginar - tanto a nível histórico quanto em termos comparativos - a existência de um Estado, enquanto colectividade politicamente organizada, sem um sector público: qualquer Estado, pelo simples facto de existir, envolve sempre um conjunto (maior ou menor) de órgãos e serviços que desenvolvem certas actividades geradoras de utilidades.

A Constituição de 1976, porém, definindo expressamente o conteúdo dos meios de produção integrantes do sector público e do sector privado, tendo como pano de fundo um modelo intervencionista de Estado em termos económicos, determinou a existência de verdadeiras zonas híbridas entre os sectores em causa:

- a) Desde logo, nem o sector privado é constituído exclusivamente por meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem a entidades privadas, nem o sector público integra todos os meios de produção cuja propriedade ou gestão pertencem a entidades públicas;
- b) No contexto do sector privado, a Constituição criou um subsector publicizado, compreendendo os meios de produção de propriedade pública e gestão privada e os de propriedade privada e gestão pública (v. *supra*, nº 4.2.);
- c) Por seu lado, o sector público mostra-se passível de compreender no seu seio um subsector sob forma privada, integrado pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem a entidades privadas criadas ou controladas por entidades públicas (v. *supra*, nº 4.3.);

Verifica-se, deste modo, que a análise da intervenção económica directa do Estado não pode ser feita no simples quadro do sector público dos meios de produção ou segundo o estudo das formas jurídicas tradicionais de actuação das entidades públicas: a intervenção pública directa pode enquadrar-se no sector privado, apesar de utilizar meios de direito público, tal como se pode integrar no sector público dos meios de produção, isto não obstante recorrer a formas jurídico-privadas.

4.5. Circunscrevendo a análise subsequente ao sector público dos meios de produção, a respectiva configuração jurídica pode tomar como ponto de referência duas distintas perspectivas:

- (i) Há, por um lado, um sentido orgânico-subjectivo de sector público, o qual se ocupa do enquadramento sistemático das respectivas entidades integrantes;
- (ii) Existe, por outro lado, um sentido objectivo-material de sector público, incidindo este sobre o conteúdo ou tipo de actividade desenvolvida.

Observemos, por conseguinte, cada um destes dois aspectos configuradores do sector público.

2) Configuração orgânico-subjectiva

4.6. Começando pela sua composição orgânico-subjectiva, importa começar por sublinhar que o sector público não se esgota no Estado: se é certo que a actividade desenvolvida pelo Estado se integra no sector público, não é menos verdade que nem toda a acção do sector público tem como protagonista o Estado, enquanto pessoa colectiva de direito público. Em consequência, atendendo à diversidade de titularidades e de fins que prosseguem, é possível recortar no âmbito do sector público o seguinte conjunto de entidades:

- 1) Desde logo, sem prejuízo do princípio da descentralização, assumindo o estatuto de principal elemento integrante do sector público, temos o Estado, podendo falar-se aqui em *sector público estadual*. Neste âmbito, em bom rigor, haverá ainda que distinguir três diferentes situações ou subsectores:
 - a) Por um lado, temos o subsector público estadual *directo* ou *stricto sensu*, compreendendo este o conjunto de órgãos e serviços públicos integrados na pessoa colectiva Estado e directamente dependentes em termos hierárquicos do Governo;
 - b) Por outro lado, pode falar-se na existência de um subsector estadual *indirecto*, compreendendo este todos os órgãos e serviços de pessoas colectivas de direito público que, sem serem já o Estado, prosseguem, todavia, ainda que de forma indirecta, os fins ou atribuições do Estado, encontrando-se sujeitos ao poder de superintendência do Governo;
 - c) Por último, deve referir-se ainda na existência de um verdadeiro subsector estadual *privado*, compreendendo este o conjunto de entidades de personalidade jurídica de direito privado criadas ou controladas directamente pelo Estado (= subsector estadual privado *directo*) ou por outras pessoas

- colectivas públicas da Administração indirecta do Estado (= subsector estadual privado *indirecto*);
- 2) Ao lado do sector público estadual, pode recortar-se a existência de um *sector público regional*, pertencendo às regiões autónomas a respectiva titularidade de fins, sendo aqui de admitir que, tal como se acabou de observar em relação ao Estado, existam três subsectores regionais:
- a) O subsector regional *directo* ou *stricto sensu*;
 - b) O subsector regional *indirecto*;
 - c) O subsector regional *privado*;
- 3) Paralelamente aos sectores estadual e regional, o sector público integra ainda um sector que compreende os órgãos, serviços e outras estruturas pertencentes (directa ou indirectamente) à titularidade de autarquias locais, falando-se, por isso mesmo, em *sector público autárquico*. Também aqui, em bom rigor, há que proceder a duas distinções:
- a) Por um lado, seguindo o critério da titularidade e dos fins subjacentes, podem distinguir-se três subsectores autárquicos:
 - (i) O subsector *paroquial*, pertencendo a respectiva titularidade às freguesias, isto em termos individuais ou em associação com outras entidades de igual natureza;
 - (ii) O subsector *municipal*, integrando todas as realidades cuja titularidade seja dos municípios, em termos individuais ou resultante de um agrupamento (ou associação) de municípios;
 - (iii) O subsector *regional* (autárquico), o qual virá a ser formado pelas futuras regiões administrativas;
 - b) Por outro lado, segundo uma postura teórica, igualmente ao nível do sector público autárquico - em especial do subsector municipal - é possível recortar-se três diferentes subsectores:
 - (i) O subsector autárquico *directo* ou *stricto sensu*;
 - (ii) O subsector autárquico *indirecto*, sendo este susceptível de compreender duas distintas situações ¹⁵⁷:
 - 1ª) - As entidades públicas criadas pela intervenção de uma única autarquia local ¹⁵⁸;

¹⁵⁷ Nos termos do artigo 6º da Carta Europeia de Autonomia Local, estabelece-se o princípio da adequação das estruturas administrativas internas das autarquias locais às respectivas funções, podendo, por isso mesmo, extrair-se a admissibilidade de um sector público autárquico indirecto. Neste sentido, ainda antes da vigência em Portugal da Carta Europeia de Autarquia Local, cfr. Lei das Autarquias Locais, aprovada pelo Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março, artigo 39º, nº 2, alínea g).

- 2ª) - As entidades públicas criadas pela conjugação de esforços de várias autarquias locais ¹⁵⁹ ;
- (iii) O subsector autárquico *privado* ¹⁶⁰, o qual também é passível de compreender a intervenção individual ou conjugada de várias autarquias locais;
- 4) Além dos sectores públicos estadual, regional e autárquico, e sem tomar em consideração o sector público do Território de Macau ¹⁶¹, pode ainda falar-se num *sector público autónomo sem base territorial*, compreendendo este todas as entidades públicas de base institucional ou associativa que prosseguem fins próprios, isto é, não identificáveis com os fins do Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais e que, integrando a Administração autónoma, apenas podem ser objecto de intervenção intra-administrativa de controlo por via da tutela. Neste contexto se podem recortar dois grandes grupos de subsectores autónomos sem base territorial:
- a) Um primeiro grupo distingue duas categorias integrantes do sector autónomo:
- (i) O subsector autónomo *universitário*, sendo este composto pelas universidades públicas e institutos politécnicos públicos;
- (ii) O subsector autónomo *associativo*, o qual corresponde ao sector público constituído pelas associações públicas (sem base territorial);
- b) Um segundo grupo de subsectores autónomos sem base territorial - isto independentemente da respectiva possibilidade legal concreta de configuração - mostra-se teoricamente susceptível de se estruturar da seguinte maneira:
- (i) Subsector autónomo *directo* ou *stricto sensu*;
- (ii) Subsector autónomo *indirecto*;

¹⁵⁸ Neste sentido, reconhecendo a possibilidade de os municípios criarem empresas públicas municipais, cfr. Lei das Autarquias Locais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, artigo 39.º, n.º 2, alínea g).

¹⁵⁹ Neste sentido, além de outros possíveis exemplos, a Lei das Autarquias Locais fala em empresas públicas intermunicipais (artigo 39.º, n.º 2, alínea g)) e as áreas metropolitanas de Lisboa e Porto têm prevista pela lei a possibilidade de participarem em empresas (cfr. Lei n.º 44/91, de 2 de Agosto, artigo 22.º).

¹⁶⁰ Neste sentido, podendo extrair-se a possibilidade de os municípios participarem na criação de entidades privadas de natureza empresarial, desde que "prossigam fins de reconhecido interesse público local e se contenham dentro das atribuições definidas para o município", cfr. Lei das Autarquias Locais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, artigo 39.º, n.º 2, alínea h).

¹⁶¹ Nos termos do Estatuto Orgânico de Macau, aprovado pela Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro (e objecto de diversas alterações, sendo a última operada pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio), aí se reconhece também no sector público de Macau três subsectores:

- a) Em primeiro lugar, existe, naturalmente, um subsector público *directo*, constituído pelos serviços públicos do Território sem personalidade jurídica, integrados organicamente na pessoa colectiva Macau e sob a acção intra-administrativa hierárquica do Governador do Território;
- b) Existe, por outro lado, um subsector público *indirecto*, constituído pelos serviços públicos do território que, dotados de personalidade jurídica, constituem entidades colectivas de direito público (artigo 67.º);
- c) Por último, o Estatuto prevê a existência de um subsector público *privado*, integrando as entidades de direito privado constituídas ou em cujo capital participe o território de Macau (artigo 71.º).

(iii) Subsector autónomo *privado* ¹⁶².

3) Configuração objectivo-material

4.7. Adoptando agora um sentido ou perspectiva objectivo-material de análise do sector público dos meios de produção, verifica-se que o conteúdo da actividade desenvolvida pelo sector público se reparte em dois grandes grupos ¹⁶³:

- 1) Pode recortar-se, por um lado, uma actividade prosseguida por entidades públicas que assume uma natureza tipicamente administrativa, isto é, sem carácter empresarial ou lucrativo - não obstante, note-se, compreender também entidades que exercem funções de intervenção e regulação económica ¹⁶⁴ -, sendo legítimo dizer-se que deparamos aqui com o *sector público administrativo*;
- 2) Paralelamente, pode suceder que certas entidades (públicas ou privadas) integrantes do sector público desenvolvam uma actividade de tipo empresarial, utilizando critérios económicos de decisão e visando o lucro, devendo agora falar-se em *sector público empresarial*.

Na prossecução de tais actividades, além o sector público (administrativo ou empresarial) pode recorrer a formas jurídicas de organização e de actuação próprias do Direito Público ou do Direito Privado.

Com efeito, observando o sector público, verifica-se que a sua natureza pública não significa a exclusão de adoptar formas jurídicas de configuração tradicionais do Direito Privado, especialmente do Direito Comercial, nem impossibilita que a sua actividade se pautem também por regras e institutos jurídicos típicos do Direito Privado, seja ele o Direito Civil ou o Comercial, assistindo-se, por isso mesmo, a um fenómeno genericamente designado, segundo uma expressão de FRITZ FLEINER ¹⁶⁵, de “fuga para o Direito Privado” da Administração Pública ¹⁶⁶.

¹⁶² Sem prejuízo de outras situações, diversos estatutos de universidades públicas reconhecem a possibilidade de tais entidades da Administração autónoma constituírem ou participarem na constituição de pessoas colectivas de direito privado, tenham elas ou não fins lucrativos. Neste sentido, a título exemplificativo, cfr. Estatutos da Universidade de Aveiro, artigo 2º, nº 2; Estatutos da Universidade Nova de Lisboa, artigo 1º, nº 5; Estatutos da Universidade Técnica de Lisboa, artigo 3º, nº 2, alínea c); Estatutos da Universidade do Porto, artigo 3º, nº 3; Estatutos da Universidade de Lisboa, artigo 1º, nºs 1 e 2; Estatutos da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, artigo 1º, nº 2.

¹⁶³ Cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas...*, I, p. 143 seg.

¹⁶⁴ Neste sentido, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes - Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Lisboa, 1993, p. 51.

¹⁶⁵ In *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8ª ed. Tübingen, 1928, p. 326.

¹⁶⁶ Sobre o assunto, cfr., entre muitos outros autores, os seguintes recentes títulos, SILVIA DEL SAL, *Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su Reserva Constitucional*, in *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*.

Sem prejuízo de posteriores desenvolvimentos (*v. infra*, §10º e §11º), pode dizer-se que no actual direito português as relações entre o Direito Privado e as formas jurídicas de organização e de actuação do sector público se podem resumir em duas regras:

- a) O sector público administrativo adopta sempre formas jurídicas públicas de organização, sendo passível, todavia, de pautar uma certa parte da sua actuação mediante a aplicação do Direito Privado ¹⁶⁷, ainda que, reconheça-se, a maior e a mais significativa parte da sua actividade se desenvolva sob a égide do Direito Público;
- b) O sector público empresarial, por seu lado, adopta hoje predominantemente formas jurídicas de organização de natureza privada ¹⁶⁸, encontrando-se a sua actividade quase sempre pautada pelo Direito Privado, isto não obstante poderem existir, a título excepcional, certas actividades sujeitas (parcial ou transitoriamente) ao Direito Público ¹⁶⁹.

Atendendo à respectiva relevância no contexto do objecto da presente investigação, importa ainda precisar alguns aspectos complementares sobre a configuração do sector público empresarial no contexto da propriedade dos meios de produção.

Tres Estudios, Madrid, 1992, p. 139 seg.; E. HEUER, *Privatwirtschaftliche Wege und Modelle zu einem modernen (anderen?) Staat*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1995, nº 3, p.85 seg.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado - Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996; SANTIAGO GANZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, 1996.

Em Portugal, o tema da fuga da Administração para o Direito Privado foi primeiramente referido por ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições proferidas ao Curso de Direito da Universidade Católica do Porto, s.d., hoje objecto de publicação em livro pela Associação Académica da Universidade Lusíada, Porto, 1992, p. 57-58. A temática seria depois objecto de referência por SÉRVULO CORREIA, *Os Contratos Económicos Perante a Constituição*, in *Nos Dez da Constituição*, Lisboa, 1987, p. 103-104.

¹⁶⁷ Sobre o assunto, falando em autonomia privada da Administração, *cfr.*, por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, em especial, p. 500 seg.

¹⁶⁸ O carácter hoje predominante das formas jurídicas privadas de organização do sector empresarial público decorre do processo de desnacionalização/reprivatização e privatização de múltiplas empresas públicas, transformadas em sociedades anónimas, o qual não pode fazer esquecer, todavia, daí também o seu sentido "predominante", a circunstância de ainda existirem empresas públicas, enquanto entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito público, e, por outro lado, o Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, continuar em vigor e, por isso mesmo, permitir a criação de novas empresas públicas.

¹⁶⁹ Na realidade, segundo resulta do artigo 3º, nº 2, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, "os estatutos das empresas que explorem serviços públicos, assegurem actividades que interessem fundamentalmente à defesa nacional ou exerçam a sua actividade em situação de monopólio podem submeter determinados aspectos do seu funcionamento a um regime de direito público (...)".

De igual modo, por outro lado, em situações de requisição civil é também possível sujeitar as empresas públicas, incluindo as de economia mista, a um regime de Direito Público de natureza transitório, incluindo a regras de natureza militar (*cfr.* Decreto-Lei nº 637/74, de 20 de Novembro, artigo 1º, nº 3, e, em especial, o artigo 5º).

C) Sector público empresarial

1) Evolução

4.8. Numa perspectiva histórica de análise da evolução do sector público empresarial ¹⁷⁰, é possível recortar as seguintes cinco principais ideias:

- 1) Até à Primeira Guerra Mundial, enquanto expressão de um modelo económico defensor da não intervenção pública em matéria económica, existia um pequeno número de empresas públicas, designadas “serviços autónomos”, as quais resultaram de uma de três causas:
 - (i) A concretização de um objectivo público de defesa de funções consideradas essenciais para a economia nacional e que até aí estavam a ser desenvolvidas por empresas privadas em dificuldades (v.g., Caminhos-de-Ferro do Estado) ;
 - (ii) A adopção de novos mecanismos de gestão de antigos serviços públicos burocratizados (v.g., Caixa Geral de Depósitos);
 - (iii) A sujeição a um regime de Administração directa de monopólios fiscais (v.g., Administração dos Tabacos).
- 2) Depois da Grande Guerra, ainda durante a Primeira República, expressando uma política de progressiva intervenção económica pública, foram sendo criados novos serviços autónomos de natureza empresarial, assistindo-se, todavia, após a instauração da Ditadura Militar de 1926, a uma redução do sector público empresarial;
- 3) Durante a vigência da Constituição de 1933, sem prejuízo da afirmação do princípio da subsidiariedade da intervenção económica directa do Estado (v. *supra*, nº 2.1.), a verdade é que se assistiu a um aumento do sector público empresarial, isto através de dois processos ¹⁷¹:
 - (i) A criação de novas empresas públicas ¹⁷²;
 - (ii) A participação do Estado em empresas mistas ¹⁷³;

¹⁷⁰ Sobre a evolução histórica do sector empresarial do Estado, cfr. *Privatizações em Portugal - Uma reforma estrutural*, publicação do Gabinete para a Análise do Financiamento do Estado e das Empresas Públicas, Ministério das Finanças, 1995, p. 19 seg.

¹⁷¹ Cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Elementos...*, em especial, p. 160 seg. e 183 seg.

¹⁷² Sobre as empresas públicas criadas nos finais dos anos sessenta em Portugal, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *As Modernas Empresas Públicas Portuguesas*, Lisboa, 1971, em especial, p. 14 seg.; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 234-235.

Em geral sobre as empresas durante a vigência da Constituição de 1933, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Reimp., Coimbra, 1980, p. 377 seg.

¹⁷³ Em especial sobre as empresas mistas ou sociedades de economia mista durante o período do Estado corporativo, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 413 seg.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito*

- 4) Na sequência do 25 de Abril de 1974, mais propriamente da radicalização marxista do processo revolucionário que se seguiu a 11 de Março de 1975, foi desencadeado um amplo movimento de apropriação colectiva dos meios de produção através de nacionalizações, objecto de posterior garantia constitucional através de um princípio da sua irreversibilidade, daí tendo resultado a maior ampliação, desde sempre, da figura das empresas públicas e, conseqüentemente, do sector público empresarial;
- 5) Sem embargo de em 1988 se ter iniciado um processo de alienação de determinadas participações sociais públicas, transformando certas empresas públicas em sociedades anónimas de capitais maioritariamente públicos¹⁷⁴, seria com a revisão constitucional de 1989 que se eliminaria o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, abrindo-se a porta para a privatização ou reprivatização dos meios de produção integrados no sector público empresarial¹⁷⁵.

Pela sua importância na sequência da investigação, analisemos com mais algum detalhe as duas últimas ideias apresentadas no contexto da evolução do sector público empresarial.

4.9. O alargamento do sector público empresarial na sequência das nacionalizações do período revolucionário e a conseqüente consagração constitucional do princípio da sua irreversibilidade assume uma dupla relevância jurídica:

- a) Por um lado, as nacionalizações foram feitas por governos provisórios, sem legitimidade democrática, fundando-se todas elas na dinâmica de um processo revolucionário de colectivização marxista¹⁷⁶, tudo isto sem qualquer enquadramento ou habilitação constitucional¹⁷⁷;
- b) Por outro lado, a Constituição de 1976 ao consagrar no seu texto o princípio da irreversibilidade das nacionalizações posteriores a 25 de Abril de 1974 desempenhou uma dupla função¹⁷⁸:
- (i) Ratificou todo o processo pré-constitucional de nacionalizações inconstitucionais e ilegais, conferindo-lhes *a posterior* um fundamento e uma legitimidade jurídico-política¹⁷⁹;

Económico, I, Policop., AAFDL, Lisboa, 1979, p. 197 seg.; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 235-236.

¹⁷⁴ Cfr. Lei nº 71/88, de 24 de Maio; Lei nº 84/88, de 20 de Julho.

Numa perspectiva doutrinária, cfr. JORGE MIRANDA / VASCO PEREIRA DA SILVA, *Problemas Constitucionais da Transformação de Empresas Públicas*, in *O Direito*, ano 120º, 1988, p. 45 seg.

¹⁷⁵ Neste âmbito surge, por conseguinte, e segundo os princípios fixados pelo artigo 296º da Constituição, a Lei-Quadro das Reprivatizações, aprovada pela Lei nº 11/90, de 5 de Abril.

¹⁷⁶ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / PAULO OTERO, *Nacionalização...*, p. 307-308.

¹⁷⁷ Cfr. *Privatizações em Portugal*, cit., p. 43.

¹⁷⁸ Neste sentido, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / PAULO OTERO, *Nacionalização...*, p. 307.

(ii) Congelou todas as nacionalizações então efectuadas, criando uma regra de não retorno ao sector privado de tais empresas ¹⁸⁰, limitando, deste modo, a liberdade conformadora do legislador ordinário.

Todavia, com a revisão constitucional de 1989, deixou a Constituição de exigir a obrigatoriedade de existência de empresas nacionalizadas - isto sem prejuízo, note-se, de continuar a reconhecer o princípio da apropriação colectiva dos meios de produção e de falar expressamente em nacionalização por motivo de interesse público (v. *supra*, nº 2.6.) - abrindo as portas à reprivatização das nacionalizações efectuadas durante o período revolucionário ¹⁸¹.

Será que isto significa, pode bem perguntar-se, o fim do sector público empresarial?

Importa começar por esclarecer que a reprivatização das empresas nacionalizadas não traduz por si uma diminuição automática do sector público empresarial. Mais: nos termos da lei, o processo de reprivatização de tais entidades públicas empresariais não determina a passagem automática das mesmas entidades para o sector privado dos meios de produção.

Com efeito, segundo a lei-quadro das privatizações, as empresas públicas a privatizar são primeiro transformadas em sociedades anónimas ¹⁸², isto é, em entidades colectivas de direito privado. Porém, a circunstância de nesse momento todo o seu capital social ser titulado por uma entidade pública faz com que a mesma continue a integrar o sector público empresarial, ainda que agora tenha passado a assumir uma forma jurídico-privada. Há aqui um simples fenómeno de privatização formal ¹⁸³.

Além disso, se, no exercício da liberdade conformadora do decisor político, for determinado que a reprivatização é meramente parcial, a sociedade mista daí resultante continuará a integrar uma participação social pública, a qual poderá corresponder ou não à maioria do capital social da empresa a privatizar. Haverá aqui apenas uma abertura da empresa de capitais públicos à participação financeira de capitais privados ¹⁸⁴, exprimindo um movimento

¹⁷⁹ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Do Mito do Sector Empresarial do Estado ao Mito das Privatizações*, in *Revista da Banca*, nº 9, 1989, p. 26.

¹⁸⁰ Neste último sentido, cfr. o voto de vencida da Prof^a Isabel de Magalhães Collaço no Parecer da Comissão Constitucional nº 15/77, in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 33.

¹⁸¹ Para uma referência de Direito comparado às diversas experiências de privatizações, cfr. M. JACINTO NUNES, *As Privatizações*, in *Revista da Banca*, nº 4, 1987, p. 19 seg.; NUNO SÁ GOMES, *Nacionalizações e Privatizações*, Lisboa, 1988, p. 428 seg.; CHARLES DEBBASCH (org.), *Les Privatisations en Europe*, Paris, 1989; JESÚS RUZA, *La Privatización y la Reforma del Sector Público*, p. Madrid, 1994, p. 117 seg.; JAIME RODRIGUEZ-ARANA, *La Privatización...*, p. 125 seg.; R. ANDERSON / D. PHILIPPE, *Les Privatisations*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 1994, nº especial, p. 31 seg.

¹⁸² Cfr. Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo 4º, nº 1.

¹⁸³ Cfr. NUNO SÁ GOMES, *Nacionalizações...*, p. 349-350; FRANCO BONELLI, *La Privatizzazione delle Imprese Pubbliche*, Milano, 1996, p. 3-4.

¹⁸⁴ Para uma análise desta abertura dos capitais públicos aos capitais privados, cfr. LYSIANE CARTEIÉ, *Privatisations et Construction Européenne*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p. 166 seg.; PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, Berne, 1992, p. 142-143.

de “respiração” do sector público ¹⁸⁵. Numa tal hipótese, a privatização conduz mais a uma extensão do sector misto da economia do que a uma verdadeira redução da intervenção económica do Estado ¹⁸⁶.

Por outras palavras, a privatização de entidades públicas empresariais não significa necessariamente o desaparecimento da intervenção pública directa na economia, nem sequer comporta sempre uma redução do âmbito do sector público empresarial. O que se mostra certo é traduzir um fenómeno de adopção de formas organizativas próprias do Direito Privado, facto este que não impede, como sabemos, que continue a ser uma entidade pública a deter uma participação maioritária ou não - senão mesmo até exclusiva - no capital social.

Está desfeito, deste modo, qualquer eventual equívoco que levasse a identificar a privatização de empresas públicas - incluindo aqui a desnacionalização - com a redução inevitável do sector público empresarial: se é certo que isso pode suceder, pelo menos quando a entidade pública resolve alienar a totalidade ou a maioria do capital social que detinha em tais entidades, a verdade é que não está excluída a possibilidade da privatização ou desnacionalização se traduzir numa simples mudança da forma jurídica de organização de certas entidades que, sem deixarem de integrar o sector público empresarial, passassem agora a estruturar-se como sociedades anónimas de direito privado e não como tradicionais empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito público.

2) Configuração

4.10. Cumpre começar por sublinhar que a dicotomia traçada entre os sectores públicos administrativo e empresarial (v. *supra*, nº 4.7.) não pode deixar de ser articulada com o sentido orgânico-subjectivo de sector público anteriormente exposto (v. *supra*, nº 4.6.). Assim, circunscrevendo as referências ao sector público empresarial ¹⁸⁷, isto sem prejuízo de existirem estruturas públicas integrantes do sector administrativo com relevância económica, pode dizer-se que aquele é susceptível de compreender em termos organizativos a seguinte configuração:

- a) Por um lado, atendendo às entidades públicas titulares dos interesses ou fins a prosseguir pela respectiva actividade empresarial, sem embargo da possibilidade de existirem empreendimentos empresariais comuns a duas ou mais entidades públicas, pode recortar-se no sector público empresarial os seguintes principais componentes:

- (i) Sector empresarial do Estado;

¹⁸⁵ Neste sentido, cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public Économique*. Paris, 1995, p. 151 e 164 seg.

¹⁸⁶ Cfr. JACQUES LERUEZ, *Privatisation et Dénationalisations*, in JACQUES LERUEZ (org.), *Le Thatcherisme - Doctrine et action*, Paris, 1984, p. 48.

¹⁸⁷ Não obstante as referências que se seguem dizerem respeito apenas ao sector público empresarial, a verdade é que as mesmas se podem adoptar integralmente em relação ao sector público administrativo.

- (ii) Sector empresarial das regiões autónomas;
 - (iii) Sector empresarial das autarquias locais;
 - (iv) Sector empresarial das universidades públicas;
 - (v) Sector empresarial das associações públicas;
- b) Por outro lado, tomando como ponto de análise a forma jurídica de organização das entidades integrantes do sector público empresarial ¹⁸⁸, podemos traçar a seguinte dicotomia:
- (i) Entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Público, sendo, por isso mesmo, pessoas colectivas públicas, podendo estas, por sua vez, conduzir a duas diferentes situações quanto ao direito regulador da respectiva actividade:
 - Em termos de regra geral, as pessoas colectivas públicas de natureza empresarial desenvolvem a sua actividade sob a égide predominante do Direito Privado ¹⁸⁹;
 - Em termos excepcionais, é possível que certas entidades públicas empresariais pautem a sua actividade subordinadas ao Direito Público (v. *supra*, nº 4.7.);
 - (ii) Entidades com forma jurídica privada ¹⁹⁰, dotadas, em consequência, de uma personalidade jurídica de Direito Privado, criadas e/ou controladas através da participação no respectivo capital social por entidades de direito público, podendo aqui distinguir-se, porém, duas situações:
 - Temos, por um lado, as sociedades de capitais (integralmente) públicos, sejam estes titulados por uma única entidade pública (= sociedade unipessoal de capitais públicos) ou por duas ou várias entidades públicas (= sociedade pluripessoal de capitais públicos) ¹⁹¹;
 - Por outro lado, existem as sociedades de capitais mistos, agrupando capitais públicos e privados, integrando-se no sector público empresarial todas aquelas cuja propriedade e gestão sejam maioritariamente controladas por entidades públicas.

¹⁸⁸ Sobre a composição do sector empresarial do Estado, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público. Introdução aos Subsectores Institucionais*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 211 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, 2ª ed., Coimbra, 1995, p. 171 seg.

¹⁸⁹ Neste sentido, cfr. Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 3º, nº 1.

¹⁹⁰ Tratam-se, principalmente, de sociedades comerciais, sem que se exclua a possibilidade de serem criadas sociedades civis, cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade - As empresas no Direito*, Coimbra, 1996, p. 135.

¹⁹¹ Especificamente sobre a unipessoalidade ou pluripessoalidade das sociedades de capitais públicos, cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, p. 135 seg.

A situação das sociedades de capitais mistos, envolvendo participações sociais tituladas por entidades públicas e por entidades privadas, determina algumas reflexões suplementares quanto ao seu exacto relacionamento com o sector público empresarial: será que todas as sociedades de capitais mistos se integram no sector público empresarial?

Eis o que se procurará indagar de imediato.

4.11. Olhando a configuração das sociedades de capitais mistos, facilmente se podem resumir a duas hipóteses a distribuição do respectivo capital social:

- a) Ou o capital pertence maioritariamente a uma ou a várias entidades públicas, caso em que estaremos perante uma *sociedade controlada*;
- b) Ou a maioria do capital social pertence a entidades privadas, situação em que se depara com uma sociedade meramente (ou simplesmente) participada. Há aqui, todavia, três sub-hipóteses:
 - (i) Pode suceder que a dispersão do capital social pelas entidades privadas seja de tal modo que permita ainda à entidade pública, apesar de não ter a maioria do capital, controlar *de facto* a sociedade, designando a maioria dos titulares do órgão de administração da sociedade;
 - (ii) No caso de empresas reprivatizadas, pode ainda suceder que, a título excepcional e tendo sempre como fundamento razões de interesse nacional, a entidade pública reprivatizadora tenha a faculdade de nomear um Administrador com poder de veto sobre certas deliberações sociais ou que tal direito de veto seja o resultado de acções públicas privilegiadas (= *golden shares*)¹⁹², podendo aqui falar-se em forma de controlo jurídico-administrativo atípico sobre a sociedade;
 - (iii) Pode suceder, por último, que nenhuma das duas anteriores situações se verifique, aparecendo a entidade pública titular das participações sociais da sociedade mista como qualquer outro sócio minoritário (= *sociedade meramente participada*).

Traçado o presente quadro, e sabendo-se que a intervenção pública directa na actividade económica se pode processar através da participação no capital social de entidades de direito privado, será que as sociedades de capitais mistos integram o sector público empresarial?

Nos termos do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 108/88, de 25 de Junho¹⁹³, considerando que as sociedades de capitais mistos "(...) não se poderão colocar numa espécie de terra de ninguém (...)", havendo que optar entre situá-las no sector público ou no sector privado,

¹⁹² Neste sentido, cfr. Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo 15º, nos 1 e 3.

¹⁹³ In *Diário da República*, I Série, nº 145, de 25 de Junho de 1988.

entendeu que a sua localização se deveria situar “(...) no sector com o qual for mais evidente o seu parentesco”. Nestes contextos, concluiu o Tribunal Constitucional, tal como a doutrina¹⁹⁴, que a detenção maioritária do capital por parte de entidades públicas não integra a respectiva sociedade no sector privado, antes a insere no âmbito do sector público empresarial.

Equacionada neste sentido a questão e tendo em conta a configuração constitucional dos sectores público e privado dos meios de produção, segundo a redacção do texto da Constituição dada pela revisão de 1989 - isto é, ocorrida após a decisão em causa do Tribunal Constitucional - facilmente se pode concluir o seguinte sobre o posicionamento das sociedades de capitais mistos no contexto do sector público empresarial:

- 1) As sociedades de capitais mistos em que a maioria do capital social não pertença a entidades públicas nunca se podem considerar integrantes do sector público empresarial, antes se devem entender integradas no sector privado, enquanto expressão da sua propriedade pertencer a entidades privadas;
- 2) Exigindo a definição constitucional de sector público que se verifique conjuntamente uma situação de propriedade e gestão dos meios de produção por entidades públicas (v. *supra*, nº 4.2.), a circunstância de existir um mero controlo *de facto* da sociedade de capitais mistos por uma entidade pública - tal como a possibilidade de exercício de poderes extraordinários sobre empresas reprivatizadas - não integra a sociedade em causa no sector público: qualquer eventual “parentesco” com as sociedades de capitais maioritariamente públicos deixa de ter relevância perante a exigência constitucional de que a propriedade seja pública. Ora, numa tal situação, ainda que tudo se possa passar como se ela fosse pública, a verdade é que a propriedade pertence juridicamente em termos maioritários a entidades privadas, bastando isso para a integrar, segundo o artigo 82º, nº 3, da Constituição, no sector privado dos meios de produção;
- 3) De igual modo, esclareça-se, uma sociedade de capitais maioritariamente públicos - tal como em casos de capitais integralmente públicos - nem sempre se integra no sector público: nos termos do artigo 82º, nºs 2 e 3, da Constituição, basta que a sua gestão pertença a entidades privadas para que ela se integre automaticamente no sector privado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direito Público da Economia*, p. 117; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Propriedade dos Meios de Produção*, Policop., AAFDL, Lisboa, 1982, p. 27 seg.; JORGE MIRANDA / VASCO PEREIRA DA SILVA, *Problemas...*, p. 73; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 404; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, 3ª ed., Coimbra, 1994, p. 207; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, p. 159 seg.

¹⁹⁵ Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3ª ed., p. 404.

De tudo o que foi exposto, uma conclusão imediata se impõe: a participação de entidades públicas no capital social de sociedades de direito privado nem sempre conduz à integração orgânica das entidades participadas no sector público empresarial.

4.12. Como se acabou de observar, a participação social de entidades públicas no capital de entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado é susceptível de conduzir a duas diferentes situações:

- (i) Em primeiro lugar, temos as entidades privadas cujo capital social pertence total ou maioritariamente a entidades públicas, as quais, desde que a respectiva gestão também pertença a entidades públicas, fazem parte do sector empresarial do Estado;
- (ii) Em segundo lugar, há a referir todas as entidades privadas cuja participação pública no respectivo capital social não é maioritária, encontrando-se integradas no sector privado dos meios de produção, estando excluídas, por definição, do sector público empresarial.

Importa sublinhar, no entanto, o seguinte: não obstante as empresas meramente participadas se encontrarem fora do sector público empresarial, a verdade é que aqui, tal como nas situações subjacentes às empresas mistas controladas, há o exercício por parte das entidades públicas de uma idêntica competência - a *"função accionista"*. Trata-se, em qualquer das situações, do exercício por parte de entidades públicas do poder de, utilizando meios típicos de Direito Privado, participarem no capital social de entidades privadas, intervindo directamente, assim, sobre a economia.

O exercício da *"função accionista"* por entidades públicas coloca, por isso mesmo, idênticos problemas de legitimidade e de limitação da intervenção económica pública, traduza-se ele em participações sociais no capital de entidades privadas integradas ou excluídas do sector público empresarial.

Precisamente porque este último aspecto é irrelevante para a análise da problemática jurídica que está subjacente a esta forma jurídico-privada de intervenção das entidades públicas sobre o sector económico, a circunstância de as sociedades mistas meramente participadas não integrarem o sector público empresarial não exclui que os resultados da investigação a fazer sobre a participação social pública no capital das entidades privadas do sector empresarial lhes sejam aplicáveis.

Quer isto dizer o seguinte: sendo o estudo da *"função accionista"* das entidades públicas independente da integração das respectivas empresas participadas no sector público empresarial, a circunstância de este não compreender as empresas mistas sem controlo maioritário público em

nada afecta a aplicabilidade integral a estas últimas das conclusões obtidas a propósito da participação social pública nas empresas mistas integrantes do sector público empresarial.

Neste preciso sentido se devem tomar em consideração todas as observações subsequentes sobre as participações sociais de entidades públicas em empresas privadas integradas no sector público empresarial.

3) Sequência

4.13. Circunscrevendo a análise ao sector empresarial do Estado, uma primeira questão importa colocar: será que existe uma reserva constitucional de sector empresarial do Estado, enquanto exigência da Constituição a um mínimo de actividades de natureza empresarial desenvolvidas pelo Estado? Ou, por outro lado, será que se pode extrair da Constituição a obrigatoriedade de utilização de determinada forma jurídica de organização ou de actuação das entidades integrantes do sector empresarial do Estado? Haverá uma preferência constitucional pela forma jurídica de empresa pública ou, por outro lado, uma exigência pela actuação das entidades integrantes do sector público empresarial segundo as regras do Direito Público ou do Direito Privado?

Independentemente das diversas referências constitucionais a empresas ¹⁹⁶ e da própria exigência de coexistência entre os diferentes sectores de propriedade dos meios de produção, aqui se podendo incluir a garantia de existência de um sector público empresarial (v. *supra*, nº 2.5.), a verdade é que o artigo 296º, alínea b), da Constituição se refere expressamente ao sector empresarial do Estado, isto a propósito da amortização das suas dívidas por efeito das receitas provenientes das reprivatizações.

Todavia, não se mostra decisivo retirar de uma tal disposição transitória da Constituição um sólido argumento válido sobre uma reserva constitucional de sector empresarial do Estado, nem sequer, enquanto decorrência da possibilidade de reprivatização, uma eventual regra de preferência actual da Constituição por formas de organização ou actuação jurídico-privadas do sector público empresarial.

Por isso mesmo, a resposta ao problema colocado, isto é, saber se existe uma reserva constitucional de sector empresarial do Estado e, em caso afirmativo, a determinação dos contornos internos da liberdade do legislador na sua configuração - seja em termos das respectivas formas jurídicas de organização ou de actuação -, conduz a analisar, num primeiro momento, os três seguintes aspectos:

- Sector empresarial do Estado e sectores vedados a empresas privadas;
- Sector empresarial do Estado e iniciativa económica pública;

¹⁹⁶ Para um elenco das referências constitucionais ao termo “empresas”, cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, p. 1.

- Sector empresarial do Estado, apropriação colectiva e privatização.

Analise os parágrafos seguintes cada um destes tópicos de reflexão constitucional.

§5º - Sector empresarial do Estado e sectores vedados a empresas privadas

A) Sectores vedados e garantia de sector empresarial do Estado

1) Vinculação constitucional do legislador

5.1. Traduzindo o princípio da coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção o primeiro fundamento constitucional da garantia de um sector público (v. *supra*, nº 2.5.), incluindo-se aqui a existência de um sector empresarial do Estado, importa reconhecer, todavia, que o artigo 82º da Constituição não garante por si, tal como a Comissão Constitucional já havia dito à luz da primeira versão da Lei Fundamental, "(...) a existência de cada empresa em cada sector, nem sequer uma particular delimitação de cada sector - garante sim a existência de todos e de cada um dos sectores. O Estado pode fazer variar a dimensão de cada um dos sectores e deslocar as balizas entre eles. Mas não pode eliminar ou aniquilar nenhum deles"^{197 198}.

Precisamente porque a simples garantia constitucional de existência de um sector público não seria suficiente para, segundo o espírito marxista da primitiva versão Constituição, assegurar a existência de um forte sector empresarial do Estado, enquanto expressão de um modelo económico assente no "desenvolvimento das relações de produção socialistas"¹⁹⁹, o legislador constituinte sentiu-se obrigado a introduzir normas na Constituição que garantissem juridicamente a permanência e o reforço dos meios de produção integrados no sector público. Correlativamente, traduzindo a concretização de um tal objectivo uma proporcional desvalorização e debilitação do sector privado dos meios de produção, também por aqui passava a implementação do objectivo constitucional da "transição para o socialismo".

No contexto descrito de garantia pela Constituição de um forte e hegemónico sector empresarial do Estado, isto pelo menos em relação ao sector privado dos meios de produção, o legislador constituinte introduziu os seguintes três princípios:

- (i) - O princípio da irreversibilidade das nacionalizações, impedindo, deste modo, qualquer tentativa do legislador ordinário em transferir para o sector privado empresas já integradas no sector público empresarial por efeito das nacionalizações operadas após 25 de Abril de 1974. A cláusula constitucional da irreversibilidade traduzia, além de outras funções (v. *supra*, nº 4.9.), a garantia de uma reserva de conteúdo do sector

¹⁹⁷ Cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº10), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 118.

¹⁹⁸ Em igual sentido, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3ª ed., p. 402.

¹⁹⁹ Cfr. CRP76, artigo 80º.

empresarial do Estado ²⁰⁰: não podendo as empresas nacionalizadas ser objecto de desnacionalização, estas estariam sempre, salvo verificando-se a sua extinção, “condenadas” a integrar o sector público;

- (ii) - O princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção, isolado ou conjugado com o desenvolvimento da propriedade social, além de envolver uma evidente desvalorização do sector privado e da propriedade privada, especialmente quando a Constituição não o limitava a motivos de interesse público - tal como hoje sucede (v. *supra*, nº 2.6.) -, fazendo-o incidir sobre os *principais* meios de produção, traduzia a vontade constitucional de uma progressiva transformação do sector público no principal sector de propriedade dos meios de produção, existindo aqui, por isso mesmo, uma garantia constitucional de crescente hegemonia do sector empresarial do Estado;
- (iii) - O princípio da existência de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas, por último, limitando a iniciativa económica privada e instituindo uma tendencial zona de actividade económica reservada ao sector público, garantia para as entidades públicas, segundo a vontade do legislador ordinário, um espaço variável de actividade que, fora das situações de apropriação colectiva já realizadas ou a realizar, se encontraria excluído de intervenção privada ²⁰¹. Mediante este processo, pode dizer-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de criar uma reserva legal de sector público empresarial.

Hoje, tendo desaparecido o princípio da irreversibilidade das nacionalizações e estando condicionado o princípio da apropriação colectiva dos meios de produção, pode dizer-se que uma das principais garantias constitucionais de existência de meios de produção obrigatoriamente integrados no sector público empresarial e, deste modo, de uma reserva de sector empresarial do Estado, está ainda actualmente na imperatividade da existência de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas “e a outras entidades da mesma natureza” ²⁰².

É certo, segundo resulta do texto conhecido do acordo de revisão constitucional celebrado entre o Partido Socialista e o Partido Social Democrata, que está prevista a desconstitucionalização da imperatividade de existirem sectores básicos vedados à iniciativa privada. O facto, todavia, não impedirá o legislador ordinário de manter a existência de sectores básicos vedados à iniciativa económica privada: o desaparecimento de tal imposição

²⁰⁰ Cfr. ANTÓNIO JOSÉ DE AVELÁS NUNES, *A Garantia das Nacionalizações e a Delimitação dos Sectores Público e Privado no Contexto da Constituição Económica Portuguesa*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LXI, 1985, p. 26 seg.

²⁰¹ Para um diferente enquadramento da *ratio legis* da existência de sectores vedados à actividade de empresas privadas, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº13), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 122 seg.

²⁰² Cfr. CRP, artigo 87º, nº 3.

constitucional não gerará, por si, uma automática inconstitucionalidade superveniente da lei de delimitação de sectores. É que, urge adiantar, se a futura lei de revisão constitucional retirar da Constituição a obrigatoriedade de existirem sectores básicos vedados à iniciativa privada, isto apenas equivale a uma ampliação da liberdade conformadora do legislador ordinário sobre a matéria.

Aliás, mesmo que se proceda a uma tal desconstitucionalização expressa da exigência de sectores básicos vedados, a verdade é que, segundo decorre do artigo 61º, nº 1, da Constituição, o exercício da iniciativa económica privada pode sempre ser limitado pela lei, inclusive através da criação de sectores vedados, desde que, segundo um princípio de necessidade, tal seja indispensável como forma de garantia em sectores básicos da própria cláusula constitucional de bem-estar (v. *infra*, nºs 6.1. a 6.3.) ou se configure como instrumento adequado de concretização do limite decorrente da tutela do interesse geral (v. *infra*, nº 6.8.)²⁰³. Mais: o suprimir da existência imperativa de tais sectores vedados nunca pode conduzir, segundo decorre da imposição resultante da coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção, ao desaparecimento do sector empresarial do Estado, nem pode, por outro lado, envolver uma habilitação fundamentadora de uma recusa legítima de actuação económica pública tendente a concretizar prestações implementadoras da cláusula constitucional de bem-estar.

Independentemente da solução que vier a ser acolhida pela futura revisão constitucional, importa precisar o alcance material da garantia de existência de um sector público empresarial decorrente da existência de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas “e a outras entidades da mesma natureza”.

5.2. Por paradoxal que pareça, das três anteriores citadas garantias de reserva de um sector empresarial do Estado existentes no texto primitivo da Constituição (v. *supra*, nº 5.1.), o princípio da existência de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas representava a mais democrática, pois, conforme dizia a Comissão Constitucional, “(...) a Constituição chama a lei, votada e decretada democraticamente, à definição dos sectores básicos vedados à iniciativa privada”²⁰⁴.

A existência de sectores básicos vedados à actividade de empresas privadas traduz, antes de tudo, a garantia de um espaço de actividade próprio do sector público empresarial. Trata-se, porém, de uma garantia cuja concretização depende sempre de mediação legislativa, conferindo a Constituição à vontade política do legislador ordinário uma considerável margem de liberdade na

²⁰³ Sobre a relevância da “utilidade social”, expressão do princípio da solidariedade económica estabelecido pelo artigo 3º da Constituição italiana, enquanto limite à iniciativa económica privada, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 50-51.

²⁰⁴ Cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº13), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...* II, p. 124.

determinação do conteúdo e alcance dos sectores vedados ²⁰⁵. Há aqui, por isso mesmo, uma verdadeira remissão constitucional para o “indirizzo” político-governativo subjacente às diferentes maiorias parlamentares existentes em cada momento histórico ²⁰⁶.

No entanto, sem prejuízo do que antes se disse sobre o processo de revisão constitucional em curso (v. *supra* nº 5.2.), configurada a própria existência de sectores vedados às empresas privadas como verdadeira imposição constitucional ²⁰⁷ - e não simples autorização de utilização facultativa pelo legislador ordinário ²⁰⁸ -, urge sublinhar que uma tal obrigação, se é verdade que comporta uma apreciável liberdade de configuração ao legislador na determinação do âmbito e da extensão do conjunto de sectores a vedar, incluindo a concretização do próprio número de sectores vedados ²⁰⁹, não deixa de deparar com os seguintes principais limites:

- a) Em primeiro lugar, as empresas privadas apenas podem ser objecto de interdição de actividade em sectores económicos que sejam considerados *básicos* ²¹⁰, significando isto que não pode existir exclusão de acesso de empresas privadas a sectores que não sejam definidos como básicos ²¹¹;
- b) Em segundo lugar, apenas se podem considerar sectores básicos, segundo critérios definidos pela própria lei, aqueles cuja actividade se integre nos sectores mais importantes da economia ²¹² ou que se envolvam recursos ou serviços essenciais ²¹³,

²⁰⁵ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 168 seg.; ANTÓNIO JOSÉ DE AVELÃS NUNES, *A Garantia...*, p. 53 seg.

²⁰⁶ Sobre a problemática em torno das relações entre o “indirizzo” político governativo resultante de uma maioria parlamentar e o “indirizzo” político constitucional, cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, p. 462 seg., em especial, 466-467.

²⁰⁷ Cfr. ANTÓNIO JOSÉ DE AVELÃS NUNES, *A Garantia...*, p. 37.

²⁰⁸ Neste sentido, dizendo que a disposição constitucional em causa “não permite; manda” o legislador vedar certos sectores ao capital privado, cfr. voto de vencido do juiz-conselheiro Vital Moreira, in Acórdão do Tribunal Constitucional nº 87/83, de 6 de Fevereiro de 1985, in *Diário da República*, II Série, nº 98, de 29 de Abril de 1985, p. 3958.

²⁰⁹ Nas sugestivas palavras do voto de vencido do juiz-conselheiro Vital Moreira, “a obrigação constitucional não é exigente em matéria de *quantidade*: os sectores vedados não têm de ser muitos”, in Acórdão do Tribunal Constitucional nº 87/83, de 6 de Fevereiro de 1985, cit., p. 3958.

²¹⁰ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 168-169; ANTÓNIO JOSÉ DE AVELÃS NUNES, *A Garantia...*, p. 37.

²¹¹ Neste sentido, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº12), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 120.

²¹² Cfr. ANTÓNIO JOSÉ DE AVELÃS NUNES, *A Garantia...*, p. 60 e 61.

Como referia o juiz-conselheiro Vital Moreira, não pode considerar-se integrável nos sectores básicos “por exemplo o fabrico de bolas de berlinde ou de pastilha de mascar...”, in Acórdão do Tribunal Constitucional nº 87/83, de 6 de Fevereiro de 1985, cit., p. 3958.

²¹³ Neste sentido, cfr. Constituição Italiana, artigo 43º; Constituição Espanhola, artigo 128º, nº 2.

Para uma análise do regime resultante do artigo 43º da Constituição italiana, cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, 2ª ed., reimp., Bologna, 1995, p. 134 seg.; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione Economica*, 2ª ed., Roma, 1995, p. 72 seg.; DOMENICO SORACE, *Il Governo dell'Economia*, in GIULIANO AMATO / AUGUSTO BARBERA (org.), *Manual di Diritto Pubblico*, 4ª ed., Bologna, 1994, p. 799 seg.

sem que isto envolva qualquer imposição constitucional de considerar todos estes como sendo sectores básicos para efeitos do artigo 87º, nº 3, da Constituição:

- (i) Por um lado, se é verdade que os sectores mais importantes da economia podem ser sectores básicos, não deixa de ser certo que nem todos os sectores em termos económicos mais importantes são, por esse simples facto, sectores básicos em termos políticos (v. *infra*, nº 6.2.);
 - (ii) Por outro lado, a actividade económica que envolve recursos ou serviços essenciais para a comunidade pode integrar os sectores básicos vedados à iniciativa privada sempre que, implicando uma actividade pela sua natureza imprescindível, tenha uma especial conexão com o exercício de poderes de soberania do Estado, a satisfação de direitos fundamentais ou a tutela de outros bens constitucionalmente protegidos ²¹⁴;
- c) Em terceiro lugar, dentro dos sectores económicos definidos pela lei como sectores básicos, se têm de existir alguns sectores vedados às empresas e outras entidades privadas ²¹⁵, a verdade é que nem todos os sectores básicos podem ser vedados à iniciativa económica privada ²¹⁶; só podem ser vedados os que a lei assim determinar em termos expressos, não podendo o legislador, sob pena de inconstitucionalidade, “(...) velar tão longe a vedação de certas actividades económicas às empresas privadas que desvirtue o próprio sentido do sector privado enquanto elemento essencial do modelo económico misto delineado pela Constituição (e que ao fim e ao cabo subverta (...) o direito constitucionalmente reconhecido à iniciativa económica privada)” ²¹⁷;
- d) Em quarto lugar, a imposição constitucional de nem todos os sectores básicos serem sectores vedados à iniciativa económica privada não pode habilitar uma fraude à obrigação de existirem realmente alguns sectores básicos vedados à iniciativa privada: o legislador encontra-se impedido, sob pena de inconstitucionalidade, de não

Especificamente sobre a problemática interpretativa do conceito de “recursos ou serviços essenciais” na Constituição espanhola, enquanto expressão constitucional de uma reserva pública, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 154 seg.; M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 160-161; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 53 seg.

²¹⁴ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...* p. 57 seg.; JOSÉ BERNEJO VERA (org.), *Derecho Administrativo - Parte Especial*, Madrid, 1996, p. 772 seg.

²¹⁵ Cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº12), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 120.

²¹⁶ Em sentido contrário, falando em equivalência entre sectores básicos e sectores vedados, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Propriedade...*, p. 47 seg. Contestando esta orientação, defendendo, por isso mesmo, a posição acolhida pela Comissão Constitucional, cfr. JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, Policop., Lisboa, 1982-1983, p. 381 seg. Em igual sentido a este último entendimento, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 34.

²¹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 186/88, de 11 de Agosto de 1988, in *Diário da República*, II Série, nº 205, de 5 de Setembro de 1988.

estabelecer quaisquer sectores básicos vedados à iniciativa privada ²¹⁸, tal como de retirar ou esvaziar de um conteúdo útil essa vedação ²¹⁹;

- e) Em quinto lugar, por último, dentro da liberdade conferida pela Constituição ao legislador na determinação dos sectores vedados à iniciativa económica privada, sempre que a lei proceder a um alargamento dos sectores vedados, excluindo para o futuro as entidades privadas de exercerem tal actividade e fazendo cessar de imediato aquelas que aí a estavam a exercer ²²⁰, deverá existir um especial respeito pela garantia dos direitos fundamentais envolvidos - especialmente do direito de propriedade privada -, constituindo-se sempre o legislador no dever de indemnizar as empresas agora excluídas dos novos sectores vedados ²²¹.

Resulta deste entendimento, em síntese, que a Constituição habilita a configuração pelo legislador de dois tipos de sectores básicos ²²²: (i) os sectores básicos vedados à iniciativa económica privada e (ii) os sectores básicos não vedados (= abertos) à iniciativa económica privada ²²³.

2) Liberdade constitucional do legislador

5.3. Recortado o espaço de vinculação constitucional do legislador ordinário na concretização do imperativo de existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada, depois de identificados expressa ou implicitamente pela lei os sectores económicos mais importantes ou os recursos e serviços essenciais à colectividade ²²⁴, enquanto pressuposto concretizador da

²¹⁸ Como refere ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, "(...) a Assembleia deverá definir (...) pelo menos algum «sector» básico", in *Nota...*, p.34.

²¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 186/88, de 11 de Agosto de 1988, cit.

²²⁰ Falando aqui em "nacionalização administrativa", cfr. NUNO SÁ GOMES, *Nacionalizações...*, p. 119.

²²¹ Sobre o assunto, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 159 seg.; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 135; JOSÉ BERNEJO VERA (org.), *Derecho Administrativo...*, p. 780 seg. Em termos de regime indemnizatório, há, porém que distinguir duas diferentes situações decorrentes do alargamento dos sectores básicos vedados à iniciativa privada:

- a) Se a criação de novos sectores vedados envolve o assumir pelo Estado das próprias empresas privadas agora excluídas de tais sectores, há aqui uma verdadeira expropriação, devendo a indemnização cobrir não apenas os danos emergentes e os lucros cessantes da actividade que cessou como também o valor da própria empresa que transitou para a titularidade pública;
- b) Se a criação de novos sectores vedados, pelo contrário, apenas envolve o cessar da actividade de tais empresas privadas, sem que o Estado tenham interesse em assumir essas empresas, a indemnização apenas se mostra susceptível de cobrir os danos emergentes e os lucros cessantes da actividade que passou a ser proibida.

²²² Cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº12), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 120.

²²³ Cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 34.

²²⁴ Sobre a problemática em torno da identificação de "recursos ou serviços essenciais", enquanto conceito jurídico indeterminado, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 54 seg

definição dos sectores básicos, abre-se todo um amplo campo de liberdade ou discricionariedade legislativa, sendo este passível de compreender as três seguintes principais decisões:

- 1) Dentre dos sectores económicos mais importantes, definição dos sectores que politicamente se podem considerar como básicos, tal como dentro das actividades referentes a recursos ou serviços essenciais, aquelas que se devem entender como integrando sectores básicos ;
- 2) No âmbito dos sectores definidos como básicos, determinação daqueles que devem estar vedados à iniciativa económica privada ²²⁵ e, por exclusão de partes, aqueles em que não se verifica tal exclusão;
- 3) No contexto dos sectores básicos vedados à iniciativa privada, determinação se o respectivo regime jurídico é uniforme ou, pelo contrário, admite diversas formas ou graus de vedação ²²⁶.

Nos termos expostos, a Constituição confere ao legislador um papel central de adaptabilidade do quadro legal dos sectores vedados à iniciativa privada às diferentes circunstâncias políticas e económicas, tudo isto em função do juízo que em cada momento uma maioria legitimada democraticamente faça do interesse público. Há aqui, neste preciso sentido, uma expressa manifestação da subordinação do poder económico ao poder político democrático.

Compreende-se, por isso mesmo, que dentro dos limites constitucionais, a margem de liberdade conformadora do legislador na determinação e configuração dos sectores básicos vedados à iniciativa privada imponha contenção à sindicabilidade contenciosa das suas opções ²²⁷. Como refere o Tribunal Constitucional, "(...) só será legítimo «cassar» tais decisões quando as mesmas se revelem - segundo um juízo comum de razoabilidade (ou, para usar o paradigma de certa orientação metodológica, segundo «o consenso de todos os que pensam racionalmente e com rectitude» - como clara e inquestionavelmente «fraudatórias» da Constituição, seja por via de uma desconforme e de todo o ponto incompreensível extensão dos sectores vedados, seja, ao contrário, por via de uma praticamente nula vedação" ²²⁸.

²²⁵ Para elenco exemplificativo de alguns critérios que podem ser tomados em consideração para definir os sectores vedados à iniciativa económica privada, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação...*, p. 312 seg.

²²⁶ Sobre este último aspecto, sublinhando os diversos regimes de vedação existentes na Lei nº 46/77, de 8 de Julho, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Propriedade...*, p. 61 seg.; JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, p. 391 seg.; GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Lições Sobre a Constituição Económica Portuguesa*, I, AAFDL, Lisboa, 1983-84, p. 117 seg.; ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 35-36; SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação...*, p. 282 seg.

²²⁷ Sobre a intervenção do Tribunal Constitucional ao nível do controlo do carácter *básico* de certos sectores de actividade, cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 169-170; ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 34.

²²⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 186/88, de 11 de Agosto de 1988, cit.

Para uma apreciação crítica deste sentido da jurisprudência constitucional, cfr., por todos, SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação...*, p. 311 seg.; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Sumários de Direito da Economia I*, AAFDL, Lisboa, 1995, p. 188.

Uma tal devolução ou delegação constitucional da matéria dos sectores básicos vedados à iniciativa económica privada para a decisão política do legislador ordinário, acompanhada de uma “prudente contenção” do respectivo controlo jurisdicional, poderá não ser isenta de efeitos sobre o real alcance da própria garantia constitucional do sector público empresarial: se a existência de sectores vedados não envolver também uma reserva exclusiva de intervenção do sector público empresarial, bem se poderá dizer que a Constituição confiou totalmente à lei ordinária a definição do âmbito e extensão da intervenção pública sobre tais sectores obrigatoriamente excluídos de actividade por entidades do sector privado. Assim, a verdadeira dimensão e a real importância do sector público empresarial assentará mais na vontade política conjuntural do legislador ordinário do que numa exigência expressa da Constituição, sabendo-se que, dentro dos limites resultantes do quadro de princípios e preceitos constitucionais, “(...) o que é hoje livre ou vedado pode ser amanhã alterado pelo legislador (...)”²²⁹.

Será, porém, que a existência de sectores vedados significa uma reserva exclusiva ou “coto privado” do sector empresarial público?

Analisemos o problema à luz do sector empresarial do Estado.

B) Sectores vedados: reserva exclusiva do sector empresarial do Estado?

5.4. Sabendo-se que a exigência constitucional de sectores vedados à actividade de empresas privadas traduz a garantia (abstracta) de um espaço de actividade próprio do sector público empresarial (v. *supra*, nº 5.1.), limitando, simultaneamente, a iniciativa económica privada, sempre importa indagar se um tal espaço se mostra reservado em termos absolutos ou exclusivos a entidades integrantes do sector público.

Ora, segundo o entendimento expresso pela Comissão Constitucional ainda durante a primeira versão do texto da Constituição, “a vedação da actividade por entidades privadas pode não querer dizer reversão ou reserva do sector público - não fica, porventura, excluída a iniciativa cooperativa ou iniciativa económica em obediência aos princípios cooperativos”²³⁰. Em igual sentido, parte da doutrina se tem inclinado no sentido de reconhecer que a iniciativa cooperativa,

²²⁹ Utilizando esta última expressão, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº12), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 122.

²³⁰ Cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº12), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 121. Igualmente no sentido de reconhecer que as cooperativas podem exercer actividade nos sectores vedados à iniciativa privada, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 32/81, de 17 de Novembro de 1981, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, XVII, Lisboa, 1981, p. 117 seq.

desde que traduzida em entidades que obedecem aos princípios cooperativos ²³¹, pode exercer actividade em sectores vedados à iniciativa privada ^{232 233}.

Com efeito, a Constituição limita-se a criar a obrigação de o legislador fixar certos sectores em relação aos quais deve ser vedada a actividade às empresas privadas, sem que isto, apesar de traduzir uma garantia para o sector público, represente, todavia, uma verdadeira reserva exclusiva de sectores de actividade a favor de entidades integrantes do sector público. Pode bem suceder que o legislador, visando estimular a actuação das cooperativas ²³⁴, permita o exercício a estas entidades da actividade em sectores vedados à iniciativa privada, passando a existir, deste modo, uma área da actividade económica apenas susceptível de intervenção por entidades integrantes dos sectores público e cooperativo-social. Mais: a Constituição não impede que os sectores vedados à iniciativa económica privada sejam objecto de uma reserva exclusiva a favor de entidades cooperativas, excluindo também deles a actividade por parte de entidades do sector público.

Não obstante ser possível, segundo a Constituição, o exercício por cooperativas de actividade nos sectores vedados à iniciativa privada, incluindo a criação de reservas legais de intervenção económica destas últimas, resta saber, acrescente-se, se é possível a situação inversa: será que o legislador ordinário pode criar nos sectores vedados à iniciativa económica privada verdadeiras reservas legais de actividade económica a favor de entidades públicas? Será que a lei ao fixar os sectores vedados à actividade de empresas privadas pode reservar em termos absolutos ou exclusivos o exercício de tais actividades a entidades integrantes do sector público, excluindo qualquer intervenção de entidades do sector cooperativo e social?

Como tivemos oportunidade de observar (v. *supra*, nº 5.2.), é indiscutível que a Constituição ao habilitar o legislador a criar sectores vedados à actividade de empresas privadas “e a outras entidades da mesma natureza” cria uma limitação (obrigatória) à expansibilidade plena da iniciativa privada ²³⁵. Ora, assumindo a iniciativa e a actividade cooperativa, tal como a iniciativa económica privada, uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias previstos no título II da Parte I da Constituição ²³⁶, deve entender-se que a susceptibilidade de legalmente

²³¹ Especificamente sobre os princípios cooperativos, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 25 seg.

²³² Neste sentido, cfr. JOAQUIM DA SILVA LOURENÇO, *O Cooperativismo e a Constituição*, in *Estudos Sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, p. 378-379; JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, p. 378; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Direito Económico - Súmulas*, II. AAFDL, Lisboa, 1983, p. 26; IDEM, *A Revisão...*, p. 50.

²³³ Para uma síntese das orientações jurisprudenciais e doutrinárias sobre a matéria, cfr., por todos, SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação...*, p. 244-245, nota nº 7.

²³⁴ Cfr. CRP, artigo 86º, nº 1.

²³⁵ Neste sentido, cfr. Parecer da Comissão Constitucional nº 8/80 (nº11), in JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional...*, II, p. 119.

²³⁶ Neste sentido, especificamente quanto ao direito de iniciativa cooperativa, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3ª ed., p. 142; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 2ª ed., Coimbra, 1993, p. 141. IDEM, *Iniciativa Económica*, p. 75.

ser vedada às cooperativas a actividade em certos sectores carecerá sempre de expressa habilitação constitucional²³⁷. Tendo a limitação prevista no artigo 87º, nº 3, como destinatárias as empresas privadas, não se mostra a mesma passível de aplicação análogica às cooperativas, tanto mais se trata de uma limitação a liberdades fundamentais, vigorando aqui em casos limites de dúvida interpretativa o princípio *in dubio pro libertate*²³⁸ ou o princípio da máxima efectividade dos direitos fundamentais²³⁹, daí que uma lei que crie sectores de actividade reservados em exclusivo à iniciativa pública, excluindo expressamente as entidades cooperativas, seja materialmente inconstitucional^{240 241}.

Nem se diga, por outro lado, que a referência a “outras entidades da mesma natureza” constante do artigo 87º, nº 3, poderá ser entendida no sentido de compreender as cooperativas²⁴². É que, além de as cooperativas não terem a mesma natureza das entidades privadas, desde logo porque, segundo a própria Constituição, se integram em diferentes sectores de propriedade dos meios de produção e obedecem a princípios de acção diferentes (: os princípios cooperativos), a verdade é que a parte final do artigo 87º, nº 3, visa excluir dos sectores vedados não só as empresas privadas, mas também as entidades privadas sem natureza empresarial como, por exemplo, as associações sem forma societária e as fundações que desenvolvam actividades económicas²⁴³.

É certo, sempre se poderá dizer, que a presente interpretação faz resultar da Constituição em matéria de sectores vedados um tratamento mais favorável às entidades do sector cooperativo

²³⁷ A iniciativa autogestionária, ao contrário das iniciativas privada e cooperativa, segundo o artigo 61º, nº 4, da Constituição, é reconhecida apenas *nos termos da lei*. Em consequência, além de não gozar de uma aplicabilidade directa, a Constituição remete para a lei os exactos termos em que uma tal iniciativa autogestionária deve ser reconhecida. Neste sentido, encontrando-se hoje as empresas em autogestão integradas no sector cooperativo e social, e não no sector público - tal como sucedia até à revisão constitucional de 1989 -, a exclusão do acesso das empresas em autogestão aos sectores vedados à iniciativa privada não carece de expressa habilitação legal, bastando que a lei o consagre.

²³⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 307.

²³⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 227.

²⁴⁰ Em sentido contrário, apesar de manifestar dúvidas, reconhecendo a admissibilidade de a lei excluir as cooperativas de exercerem actividade no âmbito dos sectores vedados à iniciativa privada, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Direito Económico - Súmulas*, p. 26; IDEM, *A Revisão...*, p. 50; IDEM, *Nota...*, p. 35.

²⁴¹ Não será inconstitucional, todavia, como atrás se disse, a lei que, reconhecendo o direito de autogestão nos termos do artigo 61º, nº 4, da Constituição, exclua do seu âmbito o exercício de actividade por tais empresas nos sectores vedados à iniciativa privada, tal como em quaisquer outros sectores de actividade, desde que o conjunto de tais exclusões não se traduza numa verdadeira supressão prática de um espaço de exercício de tal direito fundamental.

²⁴² Neste sentido, fazendo o elenco das posições jurisprudenciais e doutrinárias confirmativas da posição exposta, cfr., por todos, SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação...*, p. 244-245, nota nº 7.

²⁴³ Neste último sentido, interpretando a parte final do artigo 87º, nº 3, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Direito Económico - Súmulas*, p. 26; IDEM, *A Revisão...*, p. 50; IDEM, *Nota...*, p. 35; JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, p. 379; GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *Lições...*, I, p. 116; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3ª ed., p. 422.

Ainda sobre o assunto, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Propriedade...*, p. 52 seg.

do que às entidades do sector privado. E isso é verdade. Porém, uma tal objecção em nada afecta a interpretação defendida, antes comprova a sua validade, ante um texto constitucional que inicialmente consagrava uma situação de claro favorecimento do sector cooperativo, entendido como base de desenvolvimento da propriedade social ²⁴⁴, sobre o sector privado. Por isso mesmo, reconhecer que os sectores vedados à iniciativa privada não se traduzem numa reserva absoluta de actividade económica a favor do sector público, sendo inconstitucional a lei que deles exclua as entidades cooperativas, representa ainda uma interpretação conforme ao legado histórico da Constituição.

5.5. Conhecedores de que a existência de sectores vedados à actividade de empresas privadas garante um espaço de intervenção económica às entidades públicas, isto ainda que, sublinhe-se, não se trate de uma reserva absoluta ou de um espaço de intervenção exclusivo do sector público, existindo a susceptibilidade de acesso das entidades do sector cooperativo e social a tais actividades económicas - inclusive em termos exclusivos (v. *supra*, nº 5.4.) - , uma ilação imediata importa extrair: a Constituição resolveu devolver para a vontade política do legislador ordinário a exacta configuração e dimensão do sector público empresarial, sem que a obrigação constitucional de existência de sectores vedados à iniciativa privada represente por si um “couto privado” do sector público.

Por isso mesmo, conclua-se, salvaguardado o princípio constitucional da coexistência entre os três sectores dos meios de produção, o peso do sector empresarial público no contexto dos restantes sectores económicos deve mais à vontade do legislador ordinário do que à regra constitucional que impõe a existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada (v *supra*, nº 5.3.).

C) Sectores vedados e modelo de organização empresarial

5.6. Uma última pergunta importa colocar quanto à relação entre o sector empresarial público e os sectores vedados: será que a existência de sectores vedados à actividade de empresas privadas impõe a exclusão de formas jurídicas privadas de organização e actuação das entidades públicas?

Será, por outras palavras, que estamos aqui perante uma imposição constitucional de exercício público de tais actividades nos sectores vedados às empresas privadas mediante a

²⁴⁴ Nos termos do artigo 90º, nº 2, da primitiva versão do texto constitucional, aí se considerava o sector cooperativo como uma das bases do desenvolvimento da propriedade social.

adopção de formas de organização típicas do Direito Público? Haverá aqui, afinal, uma reserva de empresa pública, enquanto entidade dotada de uma personalidade jurídica de Direito Público?

Como já anteriormente tivemos oportunidade de observar, o sector público é passível de integrar entidades colectivas dotadas de personalidade de Direito Privado (v. *supra*, nºs 4.3. e 4.10.), tal como o sector privado é susceptível de compreender pessoas colectivas públicas (v. *supra*, nºs 4.2. e 4.4.).

Assim, se o artigo 87º, nº 3, da Constituição fosse interpretado no sentido de excluir apenas do seu âmbito as empresas privadas e as “outras entidades da mesma natureza”, enquanto expressão tendente a cobrir todas as restantes pessoas colectivas de Direito Privado, independentemente do sector dos meios de produção em que se integrassem, isto significaria duas coisas:

- (i) Existiriam entidades integrantes do sector público que ficariam vedadas do acesso a tais sectores de actividade, isto pelo simples facto de adoptarem uma forma jurídico-privada de organização;
- (ii) Pelo contrário, passariam a existir entidades do sector privado que poderiam exercer a actividade em sectores vedados, bastando para o efeito que tivessem uma personalidade jurídica de direito público e a sua gestão fosse entregue a uma entidade privada.

Não se pode concordar, no entanto, com uma tal interpretação: o artigo 87º, nº 3, não tem por objecto vedar certos sectores de actividade a empresas que adoptem uma forma juridico-privada de organização, antes visa vedar essa actividade às entidades que, segundo os critérios do artigo 82º, se integrem do sector privado dos meios de produção. Neste sentido, podem extrair-se as seguintes ilações:

- 1) Por um lado, encontra-se interdita a actividade nos sectores vedados a todas as seguintes entidades:
 - (i) Entidades privadas integradas no sector privado, aqui se podendo recortar as seguintes hipóteses:
 - Pessoas singulares que exerçam a título individual uma actividade económica;
 - Pessoas colectivas cuja gestão pertença a entidades privadas, tenham elas forma jurídica societária ou qualquer outra - incluindo a forma cooperativa sempre que se tenham constituído à margem dos princípios cooperativos²⁴⁵-, integrem exclusivamente participações sociais privadas ou mistas, desde que a participação pública seja minoritária no contexto do respectivo capital social;

²⁴⁵ Neste preciso sentido, cfr. JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, p. 379.

- Pessoas colectivas cuja gestão pertença a entidades públicas;
- (ii) Entidades públicas integradas no sector privado, isto pelo facto da sua gestão pertencer a entidades privadas;
- 2) Por outro lado, encontra-se acessível a actividade dos sectores vedados às seguintes entidades:
- (i) Entidades públicas integradas no sector público;
 - (ii) Entidades privadas integrantes do sector público, isto porque o capital pertence maioritariamente ou na totalidade a entidades públicas e exista também um domínio público na respectiva gestão ²⁴⁶;
 - (iii) Entidades integráveis no sector cooperativo e social (v. *supra*, nº 5.4.).

²⁴⁶ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3ª ed., p. 423.

§6º - Sector empresarial do Estado e iniciativa económica pública

A) Iniciativa económica pública e Estado de bem-estar

1) Iniciativa pública e sectores vedados

6.1. Conhecedores de que, sem prejuízo da relevância do princípio da apropriação colectiva dos meios de produção (v. *supra*, nº 5.1. e *infra*, §7º), a existência de sectores vedados à iniciativa privada traduz a garantia de um determinado espaço próprio de actividade ao sector público empresarial - ainda que o mesmo não se possa considerar exclusivo perante as entidades integrantes do sector cooperativo, e dependendo da vontade do legislador ordinário a própria amplitude do grau de intervenção pública em tais sectores básicos vedados (v. *supra*, §5º) -, há aqui, sem qualquer dúvida, uma área de iniciativa económica pública. Trata-se, aliás, por isso mesmo, de um espaço de iniciativa económica pública expressamente garantido pela Constituição.

Com efeito, a obrigatoriedade de existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada, principalmente quando se tratem de actividades que envolvem recursos ou serviços essenciais à colectividade (v. *supra*, nº 5.2.), traduz o reconhecimento de uma iniciativa económica pública directamente fundada na cláusula do Estado de bem-estar ou Estado social (v. *supra*, nº 1.2.). O que está aqui em causa é legitimar o Estado, senão mesmo de o obrigar, enquanto expressão de tarefas ou incumbências fundamentais que lhe são conferidas pela Constituição (v. *supra*, §1º), a desenvolver uma actividade que, sem deixar de compreender os tradicionais poderes de soberania, seja imprescindível para a concretização do modelo constitucional de Estado de bem-estar.

Ora, é aqui precisamente que se integra a legitimação de uma actuação pública no campo económico e social tendente a satisfazer a garantia efectiva dos direitos fundamentais e a tutela de quaisquer outros bens objecto de protecção constitucional. Neste contexto, pode bem dizer-se que a Constituição cria um implícita iniciativa económica obrigatória para o Estado e, eventualmente, para outras entidades públicas que sejam chamadas a concretizar ou a implementar o modelo de Estado de bem-estar.

6.2. Se é certo que a cláusula constitucional do Estado de bem-estar ou Estado social fundamenta a existência de uma iniciativa económica pública irrenunciável por parte do Estado, compreendendo-se, por isso mesmo, a imperatividade de existência de sectores básicos da

economia, já mais dificilmente se pode entender que uma tal cláusula envolva uma exclusão da iniciativa privada, sem que isto corresponda a uma reserva de tais recursos ou serviços essenciais a favor do sector público. É que, como tivemos oportunidade de observar (v. *supra*, nº 5.4.), segundo a Constituição, a existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada não pode significar proibição de actividade por parte de entidades cooperativas. Continua a existir aqui, por efeito de razões históricas ligadas ao modelo económico inicial da Constituição de desenvolvimento da propriedade social, um regime que visa mais afastar a iniciativa privada de certas actividades do que, em bom rigor, garantir para o sector público uma reserva de actuação económica.

Isto mesmo é confirmado pela possibilidade constitucional de os sectores básicos vedados à iniciativa privada serem, além dos que envolvem recursos ou serviços essenciais a toda a colectividade, aqueles cuja actividade se integre nos sectores mais importantes da economia (v. *supra*, nº 5.2.). Aqui, porém, sempre que não existam razões directamente decorrentes da cláusula constitucional do Estado de bem-estar, são apenas motivos de indole política que podem motivar o legislador, sempre dentro dos limites constitucionais, a vedar tais sectores à iniciativa económica privada. Em tais casos, porém, não se pode dizer que nos encontremos perante uma iniciativa económica pública constitucionalmente obrigatória, enquanto expressão da garantia de implementação do bem-estar, tal como sucede com as actividades referentes a recursos ou serviços essenciais para a colectividade (v. *supra*, nº 6.1.). Há aqui, bem pelo contrário, uma iniciativa económica pública predominantemente política, enquanto expressão da liberdade do legislador permitida pela Constituição.

É precisamente a circunstância de serem razões de natureza política que fundamentam a criação de tais sectores vedados à iniciativa económica privada, algumas delas passíveis de encobrir formas *sui generis* ou encapotadas de apropriação colectiva de meios de produção privados, que envolve uma especial vinculação do legislador aos direitos fundamentais, designadamente ao direito propriedade privada (v. *supra*, nº 5.2.). É que, importa sublinhar, não são os direitos fundamentais que se movem no quadro da vontade política do legislador em criar sectores básicos vedados à iniciativa privada, antes é a definição política dos sectores básicos dentro daqueles que envolvem as actividades mais importantes da economia que tem de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Há aqui, por consequência, um relevante limite à liberdade ou discricionarietà do legislador ordinário na criação deste tipo de sectores básicos vedados à iniciativa privada e, reflexamente, ao alargamento de uma iniciativa económica pública de natureza predominantemente política.

6.3. Em conclusão, pode dizer-se que no âmbito dos sectores básicos vedados à iniciativa privada é possível configurar dois diferentes tipos de iniciativa económica pública:

- 1) Existe, em primeiro lugar, uma iniciativa económica pública directamente decorrente da cláusula constitucional de bem-estar, enquanto expressão da garantia de implementação de tarefas ou incumbências fundamentais do Estado, assumindo, por isso mesmo, uma implícita natureza obrigatória;
- 2) Existe, por outro lado, a possibilidade discricionária conferida pela Constituição ao legislador de criar uma iniciativa económica pública predominantemente política em sectores de actividades de maior importância económica, isto mediante a sua transformação em sectores básicos vedados à iniciativa económica privada.

Atendendo agora à perspectiva do sector empresarial do Estado, dir-se-á que apenas os casos de iniciativa económica pública obrigatória conferem àquele um espaço directamente garantido pela Constituição de intervenção económica. Já no que respeita aos casos de iniciativa económica pública predominantemente política, se é certo que a Constituição permite ao legislador a sua criação, a verdade é que não a impondo expressamente, nem sendo ela deduzível de qualquer outro preceito constitucional, a garantia de uma tal área do sector empresarial público está, também ela, na vontade política subjacente à discricionariedade do legislador.

Este último aspecto não impede, todavia, a relevância constitucional do princípio da apropriação colectiva dos meios de produção, enquanto mecanismo radical de garantia de um espaço reservado de sector empresarial público (v. *supra*, nº 5.1. e *infra*, §7º), comprovando, por isso mesmo, afinal, a insuficiência da criação meramente política de sectores vedados à iniciativa privada para uma garantia fundada na Constituição do sector empresarial do Estado e, deste modo, de um espaço reservado de iniciativa económica pública.

2) Iniciativa pública e sectores não vedados

6.4. Conscientes dos termos constitucionais em que a iniciativa pública económica se pode mover nos sectores vedados à iniciativa privada, importa agora indagar se a Constituição garante ao sector empresarial público qualquer outro espaço de operatividade através do reconhecimento de uma genérica iniciativa económica pública

no âmbito dos sectores económicos básicos que não estão vedados à iniciativa privada e em todos os restantes sectores que não sejam considerados básicos.

Será, pergunta-se, que a Constituição reconhece em tais sectores uma iniciativa económica pública?

Até à revisão constitucional de 1982, pelo menos, constituía entendimento doutrinal dominante a existência de um princípio de livre iniciativa económica pública (v. *supra*, nº 2.3.). Posteriormente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se

pronunciar indirectamente sobre o assunto, permitindo extrair duas orientações algo contraditórias:

- 1) Por um lado, considerando dever rejeitar-se a possibilidade de se extrair da Constituição um princípio de incompressibilidade do sector público, enquanto decorrência de não existir expressa norma a sustentá-lo e de o mesmo se mostrar “pouco harmónico com o princípio democrático”, além de se seria “potencialmente anquilosador da actuação do próprio Estado, retirando-lhe a necessária maleabilidade no campo do direito económico”²⁴⁷, o Tribunal Constituição parecer reconhecer, pelo menos em termos implícitos, a ausência de um princípio constitucional que consagre uma iniciativa económica pública sem limites;
- 2) Por outro lado, aparentemente em sentido contrário, entendendo que a iniciativa económica pública não é “constitucionalmente considerada como de natureza subsidiária”, nem pode ser “objecto de precisas restrições ou condicionalismos”, o Tribunal Constitucional vem a pronunciar-se no sentido de que o artigo 82º da Constituição - actual artigo 83º - revela o princípio de liberdade da iniciativa ou intervenção pública²⁴⁸.

Atendendo ao exposto, importa averiguar qual será a solução mais conforme com a Constituição: haverá ou não uma liberdade de iniciativa económica pública fora dos sectores vedados à iniciativa económica privada?

É que, esclareça-se, uma resposta em sentido afirmativo traduzirá um reforço da garantia constitucional de um sector empresarial público, enquanto que uma resposta em sentido negativo debilitará, senão mesmo inutilizará em tais áreas, a existência de um sector empresarial público.

6.5. A resposta à questão colocada sobre a eventual existência de uma liberdade constitucional de iniciativa económica pública nos sectores não vedados à iniciativa económica privada - sejam eles sectores básicos ou “não básicos” -, deve partir das considerações em torno dos seguintes pontos firmes:

- a) Desde logo, em primeiro lugar, não há na Constituição o reconhecimento expresso de qualquer direito ou liberdade de iniciativa económica pública, tal como não existem sectores de actividade económica expressamente reservados à iniciativa privada²⁴⁹.
Importa sublinhar, porém, o seguinte:

²⁴⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 25/85, de 6 de Fevereiro de 1985, cit.

²⁴⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 186/88, de 11 de Agosto de 1988, cit.

²⁴⁹ Neste último sentido, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Propriedade...*, p. 38.

- (i) Caso se entendesse, por mera hipótese, que a iniciativa económica privada seria um verdadeiro direito (v. *infra*, nº 6.6.), a Constituição sempre consagra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais²⁵⁰;
 - (ii) No entanto, recorde-se, resulta da Constituição uma regra de subsidiariedade implícita do papel do Estado (v. *supra*, nº 2.4.), isto sem prejuízo de diversas manifestações expressas de intervencionismo público directo (v. *supra*, nº 2.6.);
 - (iii) A ausência de sectores reservados à iniciativa privada não pode deixar de ser articulada, por outro lado, com o reconhecimento constitucional do direito/liberdade de iniciativa económica privada e de um sector privado dos meios de produção;
- 2) Em segundo lugar, a cláusula de bem-estar ou do Estado Social, tal como envolve o reconhecimento de uma iniciativa económica pública em sectores vedados à iniciativa privada (v. *supra*, nº 6.1.), mostra-se também passível de possuir eficácia operativa em sectores económicos não vedados à iniciativa privada: as tarefas ou incumbências fundamentais conferidas pela Constituição ao Estado, enquanto expressão concretizadora do modelo de bem-estar, são susceptíveis de gerar a obrigação de o Estado desenvolver uma actividade de intervenção económica, legitimando, por isso mesmo, isto ainda que em termos subsidiários relativamente às restantes iniciativas económicas (: privada, cooperativa e autogestionária), a existência de uma iniciativa económica pública concorrente em tais sectores não vedados. Daqui resultam duas imediatas consequências:
- (i) Por um lado, sem embargo de certa articulação com uma regra implícita de subsidiariedade (v. *supra*, nº 2.4.), a verdade é que a Constituição elimina, deste modo, a existência de actividades económicas subtraídas *a priori* à directa acção ou intervenção empresarial pública ou, pelo menos, estadual²⁵¹;
 - (ii) Por outro lado, o reconhecimento constitucional de uma tão ampla iniciativa económica pública concorrente em sectores não vedados e, paralelamente, a consagração da liberdade de iniciativa económica privada - aliada à já referida regra implícita de subsidiariedade da intervenção do Estado -, conduzem a uma preferência da Constituição por um modelo de economia mista, incluindo-se aqui o fundamento de um apelo a tais formas de organização empresarial (v. *infra*, nº 9.6.);

²⁵⁰ Cfr. CRP, artigo 16º, nº 1.

²⁵¹ Em igual sentido ao nível da Constituição espanhola de 1978, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 134-135;

- (iii) Pode aqui recortar-se, por conseguinte, uma vertente da fundamentação constitucional de um modelo de economia mista de bem-estar (v. *supra*, nº 1.2. e *infra*, nº 9.6.);
- 3) No exacto sentido da legitimação constitucional de uma iniciativa económica pública em sectores não vedados, enquanto expressão decorrente da cláusula de bem-estar ou do Estado social, o artigo 202º, alínea g), da Constituição envolve uma genérica habilitação de intervenção económica do Governo tendente a garantir a concretização do Estado de bem-estar (v. *supra*, nº 2.6.): sempre que se trate da promoção do desenvolvimento económico-social e da satisfação das necessidades colectivas, o Governo goza de uma competência para “praticar *todos os actos* e tomar *todas as providências necessárias*” Importa, todavia, precisar o seguinte:
- (i) Não obstante o seu aparente carácter debilitador da subsidiariedade do Estado em geral (v. *supra*, nº 2.6.), a verdade é que a subordinação destes actos ou providências governamentais a uma regra de *necessidade* determina que o exercício de tais poderes de intervenção económica pública só encontram legitimidade perante acções ou omissões das iniciativas económicas não públicas (: privada, cooperativa e autogestionária) passíveis de colocar em causa a promoção do desenvolvimento económico-social ou a satisfação das necessidades colectivas. Nestes termos interpretada, há aqui, por conseguinte, uma consagração constitucional implícita de uma genérica iniciativa pública económica subsidiária das restantes iniciativas económicas;
- (ii) Certo é, por outro lado, que a genérica iniciativa económica pública consagrada pelo artigo 202º, alínea g), da Constituição, tendo como protagonista o Governo, representa somente uma garantia do sector empresarial do Estado e não de qualquer outra entidade pública, isto sem prejuízo de a lei, desenvolvendo o princípio da descentralização ²⁵² - sempre sem colocar em causa a unidade e a eficácia da acção governamental subjacente a esta “cláusula de garantia” do bem-estar -, permitir a outras entidades públicas o desenvolvimento de uma actividade de intervenção económica;
- (iii) Por último, o exercício da competência prevista no artigo 202º, alínea g), constituindo o principal afloramento de um genérico poder governamental de defesa do Estado de bem-estar ²⁵³, aqui se incluindo a habilitação de intervenção económica pública reveladora de uma genérica iniciativa

²⁵² Para um reenquadramento constitucional do alcance do princípio da descentralização administrativa, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 673 seg.

²⁵³ Para mais desenvolvimentos sobre o assunto, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, em especial, p. 821 seg.

económica pública em todos os sectores de actividade, encontra-se, tal como toda e qualquer competência administrativa, subordinada à prossecução do *interesse público*: não há, por conseguinte, iniciativa económica pública que não vise sempre o interesse público (v. *supra*, nº 2.7. e *infra*, §6º B)).

Em conclusão, pode afirmar-se que a Constituição reconhece ao Estado uma genérica iniciativa económica pública também nos sectores não vedados, subordinada à prossecução do interesse público, enquanto expressão de uma competência concretizadora da cláusula de bem-estar, apesar de o seu exercício se encontrar especialmente limitado pelo princípio da necessidade.

Existe aqui, por tudo isto, um implícito reforço da garantia constitucional de um sector empresarial do Estado.

B) Iniciativa económica pública e interesse público

1) Natureza da iniciativa económica pública

6.6. Como se acabou de reconhecer a propósito do artigo 202º, alínea g), da Constituição, enquanto principal cláusula geral habilitadora do estatuto constitucional do Governo como guardião do Estado de bem-estar, o exercício da iniciativa económica pública em todos os sectores da actividade encontra-se sempre subordinado à prossecução do interesse público (v. *supra*, nº 6.5.). Trata-se, aliás, de uma conclusão concretizadora do que já antes se havia dito sobre os limites ao intervencionismo público (v. *supra*, nº 2.7.): a lei ao estabelecer os meios ou as formas de intervenção económica pública encontra-se sempre limitada pelo princípio do respeito pelo “interesse geral”, “interesse colectivo” ou, simplesmente, pelo “interesse público”

²⁵⁴

Significa isto, por outras palavras, que a Constituição não consagra hoje uma intervenção económica pública incondicionada, sem que tenha o interesse público como critério causal de legitimação, nem se mostra legítimo reconhecer às entidades públicas no exercício da actividade de intervenção económica a possibilidade de beneficiarem de uma regra de liberdade própria da actuação das entidades privadas ²⁵⁵. Fundamenta-se esta última posição em três ordens de razões:

²⁵⁴ Sobre a limitação da intervenção empresarial do Estado à satisfação de um interesse geral, enquanto expressão do princípio da subsidiariedade, cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, p. 333.

²⁵⁵ Para uma discussão do problema no Direito espanhol, cfr. M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 162 seg.

- a) Em primeiro lugar, uma tal liberdade económica pública seria compressora e, por isso mesmo, limitativa ou restritiva da liberdade natural e própria das entidades privadas, sendo insustentável num “Estado de direitos fundamentais” sacrificar liberdades dos cidadãos para garantir “liberdades” do Estado ou de outras entidades públicas;
- b) Em segundo lugar, as entidades públicas não deixam de ser públicas no exercício da iniciativa económica, isto mesmo que usem formas ou instrumentos de Direito Privado, pelo que não podem gozar, por definição, de “liberdades”, antes obedecem a um princípio de legalidade;
- c) Em terceiro lugar, por último, a possibilidade de excluir ou isentar a Administração de prosseguir o interesse público no exercício da iniciativa económica teria sempre de ser objecto de expressa consagração constitucional, derogando-se assim o estatuído no artigo 266º, nº 1, da Lei Fundamental, disposição essa que não existe, nem se mostra passível de deduzir de nenhum outro preceito constitucional.

Com efeito, o Estado, tal como qualquer outra entidade pública, nas suas relações com os particulares não é passível de utilizar as normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias para, desta forma, iludindo o princípio da legalidade e fugindo ao princípio da prossecução do interesse público, desenvolver uma actividade limitativa ou, pelo menos, passível de comprimir pela concorrência que efectua os direitos, liberdades e garantias dos particulares. Ora, este mesmo raciocínio é aplicável na íntegra à iniciativa económica pública: mesmo que desenvolvida por entidades públicas usando vestes privadas, isto é, agindo não como autoridade pública, mas sim como empresário ²⁵⁶, a iniciativa económica das entidades públicas nunca se pode fundar no artigo 61º, nº 1, da Constituição.

Em resultado do exposto, conclui-se, toda a intervenção económica pública deve ter subjacente a existência de uma especial utilidade pública em tal actividade ou envolver a mesma a satisfação de necessidades fundamentais da colectividade que, de outro modo, ficariam por satisfazer total ou parcialmente.

Deste modo, o legislador não pode conferir à Administração o exercício de actividades sem que exista subjacente um interesse público, nem a Administração pode prosseguir as suas tarefas fora do específico interesse público que está definido pela lei ou visando a prossecução de um fim diferente ao que em concreto resulta do interesse público fundamentador da norma de

²⁵⁶ Para a dicotomia entre a actuação das entidades públicas como autoridade pública e a que desenvolvem como empresário, referindo o acolhimento da distinção ao nível da legislação e da jurisprudência comunitárias, cfr. M^ª. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 227 seg.; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 176 seg.

Essa mesma diferenciação está expressamente acolhida no preâmbulo da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas, aí se falando em “clara distinção entre o papel do Estado como poder público e como proprietário”.

competência: o interesse público representa o fundamento, o limite e o critério da actuação económica pública e, consequentemente, da iniciativa económica pública ²⁵⁷.

6.7. Independentemente da discussão em torno das entidades públicas poderem (ou não) ser titulares de “liberdades” idênticas às liberdades garantidas pela Constituição aos privados (v. *supra*, nº 6.6.), a circunstância de o interesse público assumir uma relevância tão decisiva na fundamentação e configuração do exercício da iniciativa económica pública torna claro que a natureza desta não pode ser equiparada à iniciativa económica privada, cooperativa ou autogestionária.

Sem deixar de ser verdade que a iniciativa económica privada deve ser exercida “tendo em conta o interesse geral” ²⁵⁸, estamos aqui, todavia, diante de um mero limite excepcional ao princípio geral da liberdade de iniciativa privada que, bem diferentemente da iniciativa económica pública, nunca encontra o seu fundamento no interesse público, antes decorre da própria dignidade da pessoa humana e da inerente tutela constitucional dos direitos fundamentais (v. *supra*, nº 2.4.). Em consequência, apesar de existir um princípio de não tipicidade dos direitos fundamentais (v. *supra*, nº 6.5.), a iniciativa económica pública não pode ser entendida como direito ou liberdade das entidades públicas ²⁵⁹, antes assume a natureza de verdadeiro poder-funcional ou competência ²⁶⁰.

Atendendo ao facto de a iniciativa económica pública ser uma competência das entidades públicas, e não um direito fundamental destas, não vigora aqui o princípio da liberdade mas sim o princípio da legalidade da competência ²⁶¹, daí decorrendo os três seguintes principais efeitos:

- (i) Sem prejuízo de ser passível de corresponder a uma competência implícita em normas que expressamente conferem tarefas ou incumbências ao Estado ou de se extrair da

²⁵⁷ Neste sentido, isto é, reconhecendo o interesse público ou interesse geral como fundamento legitimador do exercício da iniciativa económica pública, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 138 seg.; PHILIPPE QUERTAINMONT, *Droit Administratif de l'Economie*, 2º ed., Bruxelles, 1996, p. 55 seg.; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, em especial, p. 66 seg.; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 352 seg.

²⁵⁸ Cfr. CRP, artigo 61º, nº 1.

²⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Nota...*, p. 32; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 353.

Falando, no entanto, em direito de iniciativa pública, cfr. NUNO SÁ GOMES, *Notas Sobre a Função e Regime Jurídico das Pessoas Colectivas Públicas de Direito Privado*, Lisboa, 1987, p. 18 e 19.

²⁶⁰ Sobre o assunto, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Direito Económico - Súmulas*, p. 23-24; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO / GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, p. 207; JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, p. 340; SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Delimitação...*, p. 276-277, em especial nota nº 78; ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 138-139; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 52 e 61 seg.

²⁶¹ Trata-se, aliás, de uma realidade proveniente do Estado liberal, daí que não exista uma verdadeira “liberdade de iniciativa pública”, cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 26-27.

cláusula constitucional do bem-estar, a iniciativa económica pública não se deve presumir;

- (ii) Os meios e as formas de exercício da iniciativa económica pública devem obedecer a uma tipicidade legal, enquanto mecanismos de intervenção nos termos do artigo 168º, nº 1, alínea l), da Constituição, servindo a juridicidade de fundamento e limite a uma tal competência de actuação pública;
- (iii) Assumindo a natureza de uma competência, a iniciativa económica pública é um poder irrenunciável e inalienável por parte do seu titular, isto independentemente de o seu exercício em concreto ser configurado pela Constituição ou pela lei em termos mais discricionários ou mais vinculados.

2) *Prossecação do interesse público*

6.8. Definido o interesse público como sendo o fundamento, o limite e o critério da iniciativa económica pública (v. *supra*, nº 6.6.), cumpre sublinhar, desde já, que a legitimação constitucional de uma iniciativa económica pública decorrente da cláusula de bem-estar ou do Estado social, tenha ela como objecto actividades situadas em sectores vedados (v. *supra*, nº 6.1.) ou em sectores não vedados à iniciativa económica privada (v. *supra*, nº 6.5.), revela sempre uma preocupação de interesse público.

Com efeito, é ainda a prossecação do interesse público subjacente à concretização do modelo constitucional de Estado e às suas inerentes (e instrumentais) tarefas ou incumbências fundamentais que fundamenta uma tal iniciativa económica pública. Senão vejamos:

- (i) É a existência de recursos e serviços essenciais à comunidade que justifica a possibilidade de se criarem certos sectores vedados à iniciativa económica privada, podendo mesmo envolver aqui uma iniciativa económica pública obrigatória (v. *supra*, nº 6.1.);
- (ii) É também, por exemplo, a tarefa fundamental do Estado de promover o bem-estar social e económico, efectivando os direitos económicos, sociais e culturais ²⁶², que se mostra susceptível de fundar a iniciativa económica pública;
- (iii) É ainda, por outro lado, sem prejuízo de outras situações, a incumbência de evitar a formação de monopólios privados ²⁶³, assegurando uma equilibrada concorrência entre as empresas ²⁶⁴, e, deste modo, permitindo um melhor funcionamento de um modelo

²⁶² Cfr. CRP, artigos 9º, alínea d), e 81º, alínea a).

²⁶³ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea e).

²⁶⁴ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea f).

económico de mercado, que poderá igualmente justificar a iniciativa económica pública.

Em qualquer das situações, insiste-se, deparamos sempre com uma iniciativa económica pública fundada em motivos de interesse público relativos à concretização do modelo constitucional de Estado.

Aliás, mesmo a iniciativa económica pública predominantemente política em sectores básicos vedados à iniciativa privada (v. *supra*, nº 6.2.) não deixa de expressar a prossecução de um determinado interesse público. Trata-se, agora, porém, de um interesse público definido pelo legislador ordinário no exercício de uma faculdade que lhe é conferida pelo artigo 87º, nº 3, da Constituição, interesse esse que, ao contrário daquele que está subjacente à tutela de direitos ou outros bens directamente fundados na Constituição, está dependente do livre e variável jogo das forças políticas.

É que, como sublinha o artigo 266º da Constituição, a Administração, visando a prossecução do interesse público, está subordinada à Constituição e à lei, daí que esta última, sempre dentro do respeito pelas normas e princípios constitucionais, não esteja impedida de definir o interesse público a prosseguir pelos órgãos e agentes da Administração. Ora, a iniciativa económica pública, enquanto poder ou competência das entidades públicas (v. *supra*, nº 6.7.), não comporta qualquer excepção ao funcionamento deste modelo de vinculação da Administração aos princípios da legalidade e da constitucionalidade.

6.9. Vinculando a Constituição o legislador a pautar toda a iniciativa económica pública à prossecução do interesse público, tal como a Administração se encontra em concreto vinculada directamente Constituição ou pela lei a prosseguir o interesse público em cada intervenção económica, várias ilações se podem extrair:

- a) Desde logo, sendo contrária à Constituição toda a lei que habilite a Administração a exercer um poder ou competência sem que exista um interesse público subjacente, será, por isso mesmo, inconstitucional a lei que permita o exercício da iniciativa económica pública sem um fundamento de interesse público;
- b) Em bom rigor, importa precisar, a vinculação da iniciativa económica pública desenvolvida pela Administração ao interesse público envolve três diferentes níveis:
 - (i) Em primeiro lugar, temos a vinculação ao interesse público que resulta de a lei sujeitar uma determinada actividade económica, em abstracto, à possibilidade de ser sujeita a iniciativa económica pública, definição essa feita pelo legislador tendo por base uma ponderação dos bens constitucionalmente protegidos e susceptíveis de fundamentarem uma iniciativa económica pública (v. *supra*, nº 6.8.);

- (ii) Em segundo lugar, há a vinculação directa e imediata dos órgãos decisores que em concreto vão exercer a competência de iniciativa económica pública ao interesse público que se encontra subjacente aos fins ou atribuições da respectiva entidade pública da Administração em que eles se encontram integrados, isto sob pena de se assistir a uma actuação ferida de incompetência (absoluta);
 - (iii) Em terceiro lugar, por último, existe sempre uma vinculação teleológica ao interesse público que em concreto foi definido pela lei ao conferir cada específica competência de iniciativa económica, isto de tal modo que se o motivo principalmente determinante do exercício em concreto do poder de iniciativa económica não for coincidente com tal fim visado pela lei ao atribuir esse poder existirá uma situação de desvio de poder;
- c) Deste modo, a entrada da Administração em determinado sector económico ou mesmo a ampliação da sua presença em outros sectores, tal como a determinação da respectiva forma jurídica de actuação, tem sempre que se fundamentar no interesse público ²⁶⁵. Podem daqui extrair-se, por conseguinte, as duas seguintes ilações:
- (i) Por um lado, deve ter-se como inválido o exercício da iniciativa económica pública visando a simples obtenção do lucro ²⁶⁶, sem qualquer justificação ou fundamento (nem sequer remoto) na prossecução do interesse público ²⁶⁷;
 - (ii) Por outro lado, deve igualmente considerar-se inválida a criação de um empresa pública sem que a actividade que lhe está subjacente seja nesse preciso momento de interesse público ²⁶⁸ ou sem que tenha em vista prosseguir finalidades públicas ²⁶⁹, nem se integre nos fins ou atribuições da entidade instituidora;
- d) Tal como a Administração está normalmente obrigada a exercer os seus poderes quando o interesse público o exige, salvo os casos excepcionais em que é titular de um poder discricionário quanto à própria decisão de os exercer ou não, de igual modo a iniciativa económica pública, enquanto poder integrante da competência, deve ser

²⁶⁵ Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 141-142.

Para uma discussão do problema à luz de uma ideia de subsidiariedade da intervenção do Estado, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Direito Público da Económico*, Coimbra, 1985, p. 262-263; PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, p. 333; ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit Public Économique*, 2ª ed., Paris, 1996, p. 86-87; PHILIPPE QUERTAINMONT, *Droit Administratif...*, p. 56-57.

²⁶⁶ Em sentido contrário, cfr. FRANCO BONELLI, *La Privatizzazione...*, p. 4-5.

²⁶⁷ Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 345.

²⁶⁸ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 69; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 353.

²⁶⁹ Cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, p. 127-128.

exercida - pelo legislador ou pela Administração - sempre que o interesse público o exigir²⁷⁰. Neste âmbito se podem recortar duas hipóteses:

- (i) Existem, por um lado, casos de exercício obrigatório da iniciativa económica pública, designadamente sempre que esteja em causa a implementação de tarefas ou incumbências fundamentais do Estado decorrentes da cláusula constitucional de bem-estar (v. *supra*, nºs 6.1. e 6.3.);
 - (ii) - Por outro lado, sempre que cesse a existência do interesse público justificativo de determinada intervenção económica pública desaparece a causa legitimadora da mesma, pelo que deverá ocorrer uma “desintervenção” pública sobre tal área da actividade económica ou uma “privatização”²⁷¹, salvo se entretanto ocorrer a superveniência de um outro interesse público justificativo da intervenção;
- e) Em qualquer das situações expostas, refira-se, aos tribunais está confiada pela Constituição a importante função de controlar a conformidade da iniciativa económica pública com a prossecução do interesse público e, simultaneamente, garantir o respeito pelos direitos fundamentais dos restantes titulares não públicos da liberdade de iniciativa económica, isto nos seguintes termos:
- (i) Controlando a constitucionalidade e a legalidade das normas definidoras do interesse público - enquanto conceito jurídico indeterminado - subjacente a determinada forma ou meio de iniciativa económica pública;
 - (ii) Fiscalizando a legalidade orgânica, material, formal e teleológica dos diversos actos concretos de exercício da iniciativa económica pública;
- f) Por último, conclua-se, traduzindo a prossecução do interesse público o fundamento, o limite e o critério de toda a iniciativa económica pública, vinculando a actividade legislativa e administrativa, além de habilitar a intervenção judicial de controlo, pode dizer-se que o interesse público constitui um elemento estruturante da configuração do sector empresarial público:
- (i) Por um lado, segundo a relevância conferida pela Constituição à tutela de certos bens e ao estatuto do Governo como guardião da cláusula de bem-estar, a prossecução de interesses públicos essenciais à colectividade envolve sempre a existência de um (maior ou menor) sector empresarial do Estado;
 - (ii) Por outro lado, tal como não pode existir sector empresarial do Estado sem um interesse público justificativo, também só deve existir juridicamente sector

²⁷⁰ Neste último sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 138.

²⁷¹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / PAULO OTERO, *Nacionalização...*, p. 305.

empresarial do Estado *se e na medida* em que esse interesse público exista e o legitime.

C) Iniciativa económica pública e vinculação comunitária

1) *Fundamento das limitações comunitárias*

6.10. Definido o espaço constitucional de vinculação da iniciativa económica pública, enquanto expressão de uma competência concretizadora da cláusula de bem-estar, sempre limitada pelo princípio da prossecução do interesse público, importa agora saber se no âmbito da ampla margem de liberdade reconhecida pela Constituição ao legislador na configuração da iniciativa económica pública é possível a existência de limitações de natureza supralegal, passíveis, por isso mesmo, de se projectarem, nem que seja em termos reflexos, sobre o modelo de sector empresarial do Estado.

O problema colocado centra-se, em bom rigor, na possível interferência do Direito Comunitário sobre a configuração da genérica iniciativa económica pública conferida pela Constituição²⁷²; será que a margem de discricionariedade decisória dos órgãos internos quanto à intervenção económica pública sofre limitações decorrentes do ordenamento comunitário?

Se descontarmos os aspectos referentes ao reconhecimento e protecção dos direitos fundamentais, as maiores dificuldades no relacionamento entre a ordem jurídica comunitária e os direitos nacionais centram-se nas “limitações que os tratados e a normativa comunitária em geral podem envolver para os poderes públicos de intervenção económica reconhecidos pelas Constituições nacionais”²⁷³. É que, desde logo, e a título exemplificativo, segundo o disposto pelos artigos 5º e 90º, nº 1, do Tratado da Comunidade Europeia, os Estados-membros estão proibidos de tomar ou manter em vigor quaisquer medidas contrárias ao Tratado, incluindo, obviamente, as que no âmbito da sua liberdade conformadora tenham emanado em matéria de iniciativa económica pública.

Estabelecendo a Constituição Portuguesa o empenhamento na construção europeia, admitindo, neste preciso sentido, o exercício em comum de poderes tendentes à realização da coesão económica e social²⁷⁴ e a própria aplicabilidade directa interna de normas emanadas dos

²⁷² Como já tem sido sublinhado, a ideia de Constituição económica envolve hoje a análise das relações entre a “Constituição económica nacional” e a “Constituição económica europeia”, cfr. DOMENICO SORACE, *Il Governo...*, p. 810.

²⁷³ Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *El Marco Constitucional Económico Español y la Adhesión a las Comunidades Europeas*, in *Tratado de Derecho Comunitario Europeu*, I, Madrid, 1986, p. 255.

²⁷⁴ Cfr. CRP, artigo 7º, nº 6.

órgãos comunitários ²⁷⁵, significa isto que confere ao Direito Comunitário a susceptibilidade de limitar o espaço de liberdade conferido pelo próprio texto constitucional ao legislador ordinário em matérias referentes à intervenção económica. Por isso mesmo, excluindo as vinculações directa e imediatamente resultantes da Constituição, a verdade é que a margem de discricionariedade decisória em termos de iniciativa económica pública está ainda limitada, segundo uma imposição também ela proveniente da Constituição de 1976, pelo Direito Comunitário Constitucional e também pela normatividade comunitária que - respeitando o princípio geral da constitucionalidade (comunitária e nacional) e, em especial, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (v. *supra*, nº 2.2.) -, for emanada dos órgãos da União Europeia.

No entanto, cumpre começar por referir que o Direito Constitucional da União Europeia, reflectindo razões históricas de divergência entre os Estados sobre a admissibilidade e a dimensão de um sector empresarial público e que estiveram subjacentes à feitura dos tratados institutivos das Comunidades Europeias ²⁷⁶, não contém qualquer disposição proibindo a iniciativa económica pública, enquanto tal: o sistema de propriedade surge como matéria reservada ao espaço decisório exclusivo de cada Estado ²⁷⁷, uma vez que o disposto nos tratados “em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-membros” ²⁷⁸. Nisto consiste o cerne do princípio da neutralidade comunitária quanto ao regime da propriedade nos diversos Estados integrantes da União Europeia ²⁷⁹.

O mencionado princípio da neutralidade, conferindo aos Estados-membros uma considerável margem de liberdade na decisão de intervenção económica pública, não proíbe, em princípio, formas de apropriação colectiva de meios de produção ²⁸⁰, nem a existência de uma

²⁷⁵ Cfr. CRP, artigo 8º, nº 3.

²⁷⁶ Sobre o assunto, cfr. L. SOLARI, *L'Impresa Pubblica nel Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea*, Milano, 1965, p. 119 seg.; P. VAN GEHUCHTEN, *La Notion d'Entreprise Publique selon la Doctrine et la Jurisprudence de Cour et la Fonction de l'Article 90 du Traité CEE*, in DUTHEIL DE LA ROCHERE / J. Y VANDAME (org.), *Interventions Publiques et Droit Communautaire*, Paris, 1988, p. 112 seg.

²⁷⁷ Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 199.

²⁷⁸ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 222º.

²⁷⁹ Sobre o princípio da neutralidade, cfr. JOËL RIDEAU, *Aperçus du Point de Vu Communautaire sur les Privatisations dans les Etats Membres*, in CHARLES DEBBASCH (org.), *Les Privatisations en Europe*, Paris, 1989, p. 223 seg.; MUÑOZ MACHADO, *Público y Privado en el Mercado Europeo de la Televisión*, Madrid, 1993, p. 82 seg.; JACQUES VANDAMME *Concurrence, Marché Commun et Entreprises Publiques*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p. 28 seg.; M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 234, 238 e 248 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 33 seg.

²⁸⁰ Cfr. L. SOLARI, *L'Impresa...*, p. 121 seg.; H.P. IPSEN, *Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, p. 2336 seg.; ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 199.

iniciativa pública empresarial, isto segundo um modelo de economia mista em que coexistam empresas de titularidade pública e privada ²⁸¹.

Não há, por outro lado, uma regulamentação comunitária especificamente aplicável à iniciativa económica pública ou ao sector público empresarial. As entidades integrantes do sector público empresarial estão sim submetidas ao regime geral das empresas, aplicável independentemente da natureza pública ou privada destas, enquanto expressão do princípio da igualdade ou da paridade de tratamento entre empresas públicas e empresas privadas ²⁸². Assim, as empresas públicas devem reger-se pelos mesmos princípios e critérios a que estão sujeitas as empresas privadas, sendo proibida qualquer forma de discriminação, incluindo a outorga pelos poderes públicos às empresas públicas de um tratamento preferência decorrente da sua natureza, salvas as situações previstas nos Tratados.

Traduzindo a ideia de que o estabelecimento do mercado comum e da união económica e monetária envolve o reconhecimento das quatro liberdades fundamentais e de uma economia de mercado competitiva que se impõe não só ao sector privado mas também ao sector público, as disposições comunitárias tendentes a assegurar tais objectivos têm, necessária e forçosamente, que compreender no seu âmbito de aplicação as entidades integrantes do sector público empresarial. Neste sentido, a subordinação das iniciativas económicas pública e privada às mesmas disposições comunitárias, além de reflectir o princípio da igualdade, constitui expressão garantística da concretização dos objectivos últimos da União Europeia. Numa outra perspectiva, pode afirmar-se que o princípio comunitário da paridade de tratamento entre empresas públicas e empresas privadas não traduz um fim em si, antes expressa um instrumento tendente a garantir os fins da União Europeia.

O certo é, todavia, que a submissão das empresas integrantes do sector público empresarial ao regime comunitário definido para todas as empresas mostra-se susceptível de comportar limitações funcionais ao exercício do poder de iniciativa económica pública: a margem de liberdade conferida pela Constituição ao decisor nacional sobre a configuração da iniciativa económica pública tem hoje de tomar em consideração as vinculações decorrentes da ordem jurídica comunitária. Compreende-se, por isso mesmo, que se diga que o Direito

²⁸¹ Cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 35; M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 249-250.

²⁸² Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 201 seg.; M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 251.

Para uma relação entre o princípio da neutralidade e o princípio da igualdade a nível comunitário, cfr. JOSE BAREA / TERESA BAREA, *Contrôle des Entreprises Publiques et Relations Financières avec les Pouvoirs Publics*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p. 77 seg.; ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions des Entreprises Publiques et l'Ordre Juridique Communautaire*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p. 93-94.

Comunitário, apesar de não interferir directamente sobre as empresas públicas, não assuma sobre elas uma absoluta indiferença, podendo falar-se, inclusive, na existência de uma postura de "neutralidade relativa"²⁸³.

Importa, por conseguinte, averiguar as principais limitações ou vinculações funcionais provenientes do Direito Comunitário à liberdade do decisor nacional no exercício da iniciativa económica pública.

Eis o que se procurará fazer de imediato.

2) Objecto das limitações comunitárias

6.11. A concretização comunitária do princípio da igualdade ou da paridade de tratamento entre empresas privadas e empresas públicas, o mesmo é dizer entre a expressão empresarial da iniciativa económica privada e a iniciativa económica pública não pode fazer esquecer, todavia, uma profunda diferença entre ambas as situações: uma vez que entidades públicas podem agir como poder público, isto é, exercendo prerrogativas de autoridade típicas de soberania, e também como empresárias (v. *supra*, nº 6.2.), importa ter presente que as vinculações comunitárias apenas são susceptíveis de incidir sobre as actividades empresariais por essas entidades desenvolvidas²⁸⁴.

E aqui começam os problemas.

Desde logo, porque deixar na discricionariedade do Estado ou em simples critérios formais por ele instrumentalizáveis - v.g., expressa qualificação da personalidade da entidade como sendo pública ou adopção de formas de organização tipicamente públicas - a qualificação das actividades como integrando o conceito de poder público, isto por oposição às actividades pelo Estado qualificadas como assumindo natureza empresarial, seria, em bom rigor, colocar nas próprias mãos dos Estados-membros a sua submissão ao Direito Comunitário²⁸⁵.

Compreende-se, por isso mesmo, que a primeira questão se centre, desde logo, em saber quando é que uma entidade pública desenvolve uma actividade de natureza empresarial ou se encontra a exercer um poder público, tanto mais que pode através desta última função gerar uma influência dominante no comportamento das empresas públicas²⁸⁶. O mesmo é saber, por outras

²⁸³ Neste sentido, cfr. J.C. LAGUNA DE PAZ, *Las Empresas Públicas de Promoción Económico-Regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Madrid, 1991, p. 374.

²⁸⁴ Neste sentido, referenciando a jurisprudência comunitária, cfr. M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 227 seg.

²⁸⁵ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 179.

²⁸⁶ Neste último sentido, cfr. preâmbulo da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas.

palavras, quando é que a actividade desenvolvida pelas entidades públicas se encontra subordinada ou não ao regime comunitário aplicável às empresas (privadas e públicas).

Sem prejuízo de todo o labor da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades²⁸⁷, procurando ultrapassar a ausência de uma definição de empresa pública no Direito Constitucional Comunitário e a diversidade de concepções em cada Estado-membro sobre quais sejam as empresas integrantes no sector público²⁸⁸, a Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas, veio precisar o conceito de empresa pública²⁸⁹. Nos termos do seu artigo 2º, a existência de “uma influência dominante”, directa ou indirecta, dos poderes públicos sobre uma empresa, seja em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam, traduz o núcleo principal da noção de empresa pública.

Sem prejuízo do entendimento jurisprudencial meramente exemplificativo dos critérios de “influência dominante”²⁹⁰, a Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, considera que é de presumir a existência de uma influência dominante sempre que numa empresa se verifique que os poderes públicos, directa ou indirectamente, (i) detêm a maioria do capital subscrito da empresa, (iii) dispõem da maioria dos votos às partes sociais emitidas pela empresa ou (iii) podem designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa.

Nestes termos, conclui-se, perante uma actividade empresarial de natureza económica, seja de carácter industrial ou comercial, envolvendo a oferta em mercado de bens e de serviços, sempre que se demonstre que os poderes públicos exercem sobre ela uma influência dominante, isto independentemente da sua forma jurídica de organização ou do direito regulador da mesma, pode dizer-se que estamos perante uma actividade enquadrável no conceito de empresa pública e, por conseguinte, submetida às regras comunitárias como se de uma empresa privada se tratasse²⁹¹.

²⁸⁷ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 176 seg.

²⁸⁸ Só para se ter uma ideia da pluralidade de noções em torno do conceito de empresa pública na doutrina portuguesa, cfr., por todos, SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 106 seg.. De igual modo, traçando o conceito de empresa pública em diversos Estados da actual União Europeia e a respectiva integração no sector empresarial do Estado, cfr. *ibidem*, p. 179 seg., 192 seg., 206 seg., 226 seg., 259 seg., 291 seg., 302 seg., 319 seg., 326 seg., 333 seg., 341 seg., 352 seg.

²⁸⁹ Sobre o conceito comunitário de empresa pública, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 301-302; JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, Lisboa, 1991, p. 498 seg.; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Sumários...*, p. 203; M^ª. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 238 seg.; JOSE BAREA / TERESA BAREA, *Contrôle...*, p. 69 seg.; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 161 seg., em especial, p. 168 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 35-36 e 241-242; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 300 seg.

²⁹⁰ Cfr. M^ª. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 244.

²⁹¹ Neste sentido, cfr. M^ª. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 247.

Habilitados com as considerações efectuadas, vejamos agora, por conseguinte, quais são as principais regras comunitárias limitativas da liberdade do decisor nacional na configuração do sector empresarial público.

3) Principais limitações comunitárias

6.12. Expressando um sentido reforçado pelo Tratado de União Europeia ²⁹², as políticas económicas de cada Estado-membro, entendidas como uma questão de interesse comum, devem ser conduzidas em termos de contribuir para a realização dos objectivos da Comunidade previstos no artigo 2º do Tratado da Comunidade Europeia, isto mediante a sua coordenação em Conselho com as políticas económicas dos restantes Estados-membros ²⁹³, segundo os dois seguintes princípios gerais:

- (i) Princípio de uma economia de mercado aberto;
- (ii) Princípio da livre concorrência.

Neste preciso contexto, o exercício da iniciativa económica pública no espaço de liberdade conferida pela Constituição de cada Estado ao respectivo decisor nacional encontra-se limitado, desde logo, a respeitar o princípio de uma economia de mercado aberta e o princípio da livre concorrência, sob pena da validade das medidas públicas de intervenção económica ser judicialmente impugnada por desconformidade com princípios gerais de Direito Comunitário. Aliás, a própria exigência de coordenação comunitária das políticas económicas dos Estados-membros e a sua adequação teleológica à concretização dos objectivos da Comunidade não será isenta de efeitos limitativos sobre a margem de discricionariedade do decisor nacional na própria configuração do sector público empresarial e na definição dos pressupostos ou condições de exercício da iniciativa económica pública.

No entanto, se é certo que o respeito pelo princípio de uma economia de mercado aberta é susceptível de condicionar ou limitar o sentido e a extensão configurativas da iniciativa económica pública interna dos Estados-membros, senão mesmo modular a orientação interpretativa de certos conceitos indeterminados integrados em preceitos das respectivas Constituições económicas e cuja margem de concretização foi devolvida para o legislador ordinário, importa não esquecer que as regras concretizadoras da livre concorrência encerram uma das principais limitações comunitárias imediatas à iniciativa económica pública ²⁹⁴.

²⁹² Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 3º- A, 102º- A e 103.

²⁹³ Cfr. JACQUES VANDAMME *Concurrence...*, p. 21 seg.

²⁹⁴ Em Portugal, sujeitando ao regime das regras sobre concorrência todas as actividades exercidas nos diversos sectores de propriedade dos meios de produção, incluindo o sector público, isto sem prejuízo de se admitirem certas restrições à concorrência decorrentes de lei especial, cfr. Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro, artigo 1º, nºs 1 e

Vejamo-las, por isso mesmo, mais de perto.

6.13. Exceptuando o caso especial de uma certa subordinação debilitada às regras comunitárias das empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ²⁹⁵, isto apenas na medida em que o cumprimento da missão particular que lhes está confiada seja passível (de direito ou de facto) por isso de ser afectado - sem prejuízo, note-se, de não contrariar o desenvolvimento das trocas comerciais os interesses da Comunidade ²⁹⁶, a iniciativa económica pública deve ter em conta, desde logo, as seguintes limitações decorrentes do regime de concorrência ²⁹⁷:

- 1) Em primeiro lugar, visando evitar e combater qualquer tipo de distorção às regras da concorrência através das empresas públicas e das empresas que têm direitos especiais ou exclusivos, o Estado está impedido de emitir ou manter em vigor medidas contrárias ao Tratado da Comunidade Europeia, designadamente se violadoras dos seus artigos 7º e 85º a 94º, tal como deve adoptar todas as acções necessárias para impedir que as empresas (privadas ou públicas) violem pela sua actuação o disposto no Tratado em matéria de concorrência ²⁹⁸;
- 2) Em segundo lugar, especificamente ao nível da proibição do abuso da posição dominante ²⁹⁹, verdadeira “categoria central” do direito da concorrência ³⁰⁰, aplicando o

²⁹⁵ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 90º, nº 2.

Ainda sobre o assunto, em termos doutrinários, cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 337 seg.; JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, p. 505 seg.; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 310 seg.; JACQUES VANDAMME *Concurrence...*, p. 30 seg.; ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 94 seg.; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 160-161 e 185 seg.; ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 204-205; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 74-75; M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 264 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 37 seg. e 379 seg.; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 397 seg., em especial, p. 497 seg.

²⁹⁶ Sublinhando a amplitude dos poderes de apreciação por parte da Comissão de tais possíveis derrogações ao regime geral da concorrência por parte das empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal, cfr. ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 94-95.

²⁹⁷ Em geral sobre as regras comunitárias referentes à concorrência, cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 335 seg.; JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, p. 427 seg., em especial, p. 497 seg.; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 262 seg., em especial, p. 307 seg.; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 40 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 359 seg.; JACQUES VANDAMME *Concurrence...*, p. 22 seg.

²⁹⁸ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 90º, nº 1, e, em termos doutrinários, JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, p. 497 seg., em especial, p. 504 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 36-37.

²⁹⁹ Sobre o abuso da posição dominante, cfr. JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, p. 470 seg.; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 294 seg.; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 42 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 395 seg.;

entendimento de que o abuso da posição dominante não se realiza apenas através de comportamentos das empresas, podendo também ser produzido por medidas do Estado³⁰¹, devem extrair-se duas limitações à iniciativa económica pública:

- a) Por um lado, os Estados não podem colocar as empresas públicas ou as empresas que têm direitos exclusivos em situação que as leva a violar o artigo 86º do Tratado da Comunidade Europeia, e, em qualquer caso, ao Estado está vedado emanar normas que visem subtrair as empresas públicas ao cumprimento das regras sobre concorrência³⁰²;
- b) Implicitamente, por outro lado, a impossibilidade de o Estado colocar as empresas em posições de domínio contrárias ao Tratado, levando a um entendimento jurisprudencial do artigo 90º, nº 1, do Tratado da Comunidade Europeia em termos limitativos da liberdade de organização dos serviços públicos³⁰³, conduz a três principais efeitos:
 - (i) Passa-se a exigir um fundamento justificativo para a concessão ou a extensão de direitos exclusivos ou especiais geradores de monopólios às empresas, invertendo-se o tradicional princípio da licitude dos monopólios, hoje transformado em princípio da presunção de ilegalidade, salvo se se justificarem³⁰⁴;
 - (ii) Abre-se, deste modo, a possibilidade de controlo da extensão dos monopólios existentes, podendo o aumento da posição de domínio na sequência, por exemplo, de uma reforma legal ou de um indeferimento administrativo de acesso ao mercado ser configurado como causa de abuso³⁰⁵;
 - (iii) Encontra-se, por último, um meio susceptível de realizar a liberalização económica comunitária, desmantelando certos monopólios nacionais, e criando para o Estado a vinculação de não poder criar

³⁰⁰ Cfr. N. REICH, *Binnenmarkt und «service public», einige Überlegungen zu einer aktuellen Kontroverse*, in G. WINTER (org.), *Die Europäischen Gemeinschaften und das öffentliche*, Bremen, 1991, p. 19.

³⁰¹ Cfr. A. GARDNER, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors*, in *European Competition Law Review*, 1995, 16º vol. p. 79 seg.

³⁰² Neste sentido, referindo a jurisprudência comunitária fundamentadora desta afirmação, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 518 seg.

³⁰³ Neste sentido, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 525-526.

³⁰⁴ Cfr. A. GARDNER, *The Velvet Revolution...*, p. 85; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 305-306 e 526 seg.

³⁰⁵ Neste sentido, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 530-531.

empresas, gerar ou ampliar monopólios se com isso incorrer em abuso da posição dominante³⁰⁶;

- 3) Em terceiro lugar, a defesa da concorrência passa também pelo controlo da concentração de empresas³⁰⁷, hoje disciplinado pelo Regulamento nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, aplicável tanto ao nível das empresas privadas quanto das empresas públicas³⁰⁸, independentemente da forma jurídica de actuação destas últimas, sendo passível, por conseguinte, de limitar em termos funcionais a expansão da iniciativa económica pública³⁰⁹, incluindo casos de expropriação ou nacionalização de acções, reserva de sectores vedados à iniciativa económica privada acompanhada de expropriação, isto sempre que tais medidas traduzam uma concentração ou monopolização passível de afectar a concorrência;
- 4) Em quarto lugar, concretizando ainda a garantia de uma concorrência não falseada, visando evitar distorções ao mercado e, assim, fortalecer a unidade do Mercado Comum num contexto de igualdade entre todos os agentes económicos, deve fazer-se referência ao regime comunitário dos auxílios concedidos pelo Estado às empresas³¹⁰:
 - a) Salvos os casos expressos de auxílios compatíveis com o mercado comum³¹¹ ou aqueles que - segundo um juízo da Comissão - são passíveis de como tal serem considerados³¹², o Direito Comunitário entende incompatíveis com o

³⁰⁶ Neste preciso sentido, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 538 e 552.

³⁰⁷ Sobre o regime do controlo das concentrações de empresas, cfr. JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, 486 seg.; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 303 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...* p. 406 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 403 seg.

³⁰⁸ Neste sentido, utilizando o princípio da igualdade entre os sectores privado e público, cfr. nº 12 do preâmbulo do Regulamento nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989.

³⁰⁹ Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 212 seg.

³¹⁰ Em geral sobre o regime comunitário dos auxílios do Estado, cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 340 seg.; MARIA MARGARIDA CORDEIRO MESQUITA, *O Regime Comunitário dos Auxílios de Estado e as suas Implicações em Sede de Benefícios Fiscais*, Lisboa, 1989, p. 12 seg.; JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, p. 512 seg.; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, p. 313-314; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 45 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, em especial, p. 355 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 412 seg.; MARIANNE DONY, *Les Aides Publiques et la Transparence des Relations Financières avec l'État*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.) , *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p.59 seg.; PHILIPPE QUERTAINMONT, *Droit Administratif...*, p. 258 seg.

³¹¹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 92º, nº 2.

³¹² Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 92º, nº 3.

Considerando que se situa aqui uma das mais severas limitações à liberdade de iniciativa económica pública, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 210 Seg.

mercado comum todos os auxílios que cumulativamente reunam as seguintes características ³¹³:

- (i) Tratem-se de auxílios conferidos pelo Estado - ou quaisquer outras entidades públicas, além das entidades privadas por aquelas criadas ou controladas ³¹⁴ -, incluindo os provenientes de recursos estatais, independentemente da forma através da qual são concedidos;
 - (ii) Os auxílios se destinem a favorecer determinadas empresas ou certas produções;
 - (iii) E, por último, que tais auxílios falseiem ou ameacem falsear a concorrência, afectando as trocas comerciais de bens e serviços entre os Estados-membros;
- b) Entendido o auxílio como qualquer vantagem económico-financeira, seja ela qual for ou a forma que revista ³¹⁵, passível de determinar um benefício para o seu destinatário, sem que a mesma envolva a obrigação de restituição ou seja a contrapartida de uma prestação ³¹⁶, o problema da proibição de tais auxílios pelo Estado não se coloca apenas em relação às empresas privadas, sendo também susceptível de respeitar às empresas integrantes do sector público empresarial e, neste exacto sentido, comportar uma limitação à iniciativa económica pública ³¹⁷;
- c) Neste preciso contexto se podem indicar, desde logo, todos os efeitos limitativos decorrentes da disciplina constante da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, sobre as relações financeiras entre o Estado e as empresas integrantes do sector público:
- (i) Estabelece um elenco de relações financeiras entre os poderes públicos e as empresas públicas cuja transparência visa garantir (artigo 3º), conferindo à Comissão um poder de vigilância ou controlo (artigo 5º) ;
 - (ii) Para o efeito, cria a obrigação de os Estados-membros darem a conhecer à Comissão os recursos públicos que tenham sido atribuídos

³¹³ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 92º, nº 1.

³¹⁴ Neste sentido, referindo a jurisprudência comunitária confirmativa desta interpretação, cfr. M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 284, nota nº 612.

³¹⁵ V.g., subvenções, isenções de impostos e de taxas, isenções de taxas parafiscais, bonificações de juros, garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, favorecimento de bens em condições preferenciais, cobertura de perdas e exploração, cfr. *Journal Officiel des Communautés Européennes*, nº 125, de 17 de Agosto de 1963, p. 2235.

³¹⁶ Cfr. MARIA MARGARIDA CORDEIRO MESQUITA, *O Regime...*, p. 14-15; JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, III, p. 513-514; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 342 seg.

³¹⁷ Neste último sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 206 seg.

- às empresas públicas, bem como da respectiva utilização efectiva (artigo 5º);
- (iii) Deste último aspecto resulta, por conseguinte, que os auxílios conferidos pelo Estado às empresas públicas estão sempre condicionados durante o período da sua utilização pela finalidade para a qual foram conferidos ³¹⁸, sob pena da sua invalidade;
- d) No entanto, a circunstância de o Estado - tal como as restantes entidades públicas - poder agir como poder público e como empresário (v. *supra*, nºs 6.2. e 6.11.), suscita quanto a esta última função junto das respectivas empresas o problema de saber quando é que estamos perante um auxílio proibido ou um financiamento decorrente de um normal comportamento empresarial ³¹⁹. Tudo se resume a saber, afinal, se a acção em concreto do Estado se realizou adoptando critérios extra-económicos ou extracomerciais geradores de uma discriminação perante as empresas privadas. Neste âmbito, cumpre ter presente o seguinte:
- (i) O critério determinante da licitude ou ilicitude da colocação de recursos financeiros do Estado à disposição de uma empresa pública encontra-se no designado princípio do investidor numa economia de mercado ³²⁰: a operação financeira será lícita - ou estaremos, ao invés, perante um auxílio proibido - se se comparar essa acção do Estado com o comportamento que adoptaria razoavelmente um proprietário (= empresário = investidor) privado numa economia de mercado em situação semelhante ³²¹;
- (ii) Deste modo, entre outros exemplos (v.g., a renúncia à remuneração normal do capital investido), a possibilidade de ser instrumentalizada uma participação do Estado no capital de uma empresa integrante do sector público como forma encoberta de auxílio estatal encontra-se condenada ³²²:

³¹⁸ Neste sentido, cfr. M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 287.

³¹⁹ Sobre o assunto, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 208.

³²⁰ Sobre este princípio, sua formação e relevância jurisprudencial e doutrinária na determinação da validade dos casos em que o Estado concede recursos financeiros às empresas públicas, cfr. MUÑOZ MACHADO, *Público y Privado...*, p. 101 seg., em especial, p. 108; M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 252, 278 e 288 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 281 e 356-357; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 174; MARIANNE DONY, *Les Aides...*, p. 61 seg.

³²¹ Para um elenco de algumas situações de licitude das ajudas, cfr. MARIANNE DONY, *Les Aides...*, p. 65 seg.

³²² Sobre o assunto, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 208; M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 290.

- Sempre que uma tal participação - ou aumento de participação já existente - no capital de uma empresa do sector público se realize em circunstâncias aceitáveis para um investidor privado que operasse numa economia de mercado, não pode a mesma considerar-se um auxílio estatal, antes se trata de um comportamento típico do Estado como empresário;
- Se, pelo contrário, a participação ou o reforço da participação do Estado (ou outra entidade pública) no capital de uma empresa do sector público se realiza em condições tais que nenhum investidor privado em igualdade de circunstâncias o faria, estamos diante de um verdadeiro auxílio (ilícito) do Estado, enquanto forma encoberta de salvamento ou conservação de empresas sem viabilidade de mercado.

Por último, importa traçar algumas breves considerações sobre o eventual alcance limitativo da figura da concorrência desleal sobre a iniciativa económica pública. Ainda por alguns autores relacionada com a temática da concorrência ³²³ ou, segundo outra perspectiva, com a ideia de que a livre concorrência que está assegurada pelo Direito Comunitário é necessariamente uma concorrência que seja leal, isto não obstante, note-se, a ordem jurídica comunitária não dedicar qualquer referência expressa à temática da concorrência desleal ³²⁴.

Neste contexto de enquadramento, e bem na sequência da doutrina e da jurisprudência alemãs ³²⁵, se se entender que a proibição da concorrência desleal como princípio implícito de Direito Comunitário, a mesma mostra-se susceptível de limitar a iniciativa económica pública nos seguintes termos ³²⁶: sempre que uma actuação administrativa no mercado, violando os bons costumes ou as exigências da boa fé ³²⁷, seja passível de provocar efeitos desleais na

³²³ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, AAFDL, Lisboa, 1994, p. 51 seg.

Considerando, no entanto, que a disciplina da concorrência desleal não se confunde com o moderno direito da concorrência, uma vez que a primeira visa protecção dos agentes económicos contra actuações dos seus concorrentes, isto em termos de violação de princípios de deontologia profissional, não tendo em si própria o objectivo de protecção do sistema de mercado, cfr. ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 356.

³²⁴ Sobre as relações entre a concorrência desleal e o Direito Comunitário, cfr., por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, p. 467 seg.

³²⁵ Neste sentido, cfr., as referências feitas por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, p. 468-469.

³²⁶ Referenciando a jurisprudência alemão ilustrativa da relevância das regras sobre concorrência desleal na limitação da iniciativa económica pública, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 356 seg.

³²⁷ Nos termos do direito interno português, fala-se antes em "normas e usos honestos", cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, p. 67 seg. e 471; JORGE PATRÍCIO PAUL, *Concorrência Desleal - notas de actualização*, AAFDL, Lisboa, 1995, p. 4.

concorrência, pode a mesma ser controlada judicialmente ³²⁸, impedindo-se, deste modo, que a Administração tenha acesso ao mercado e aí desenvolva uma concreta actividade económica.

Há aqui, por tudo isto, afinal, uma relevância directa de um possível efeito desleal das decisões administrativas de intervenção económica sobre as relações de concorrência, sendo possível dele extrair um efeito limitativo sobre a iniciativa económica pública e, deste modo, sobre a própria configuração operativa e funcional do sector público empresarial.

6.14. Além de todos os citados aspectos, directa ou indirectamente relacionados com o regime da concorrência, importa esclarecer que podem existir - e existem, realmente, - outras vinculações comunitárias limitativas da liberdade do decisor interno na configuração e exercício da iniciativa económica pública.

Neste âmbito, sem embargo de outras, se integram as seguintes limitações resultantes do Direito Comunitário:

- a) Nos termos do artigo 37º do Tratado da Comunidade Europeia, os Estados devem adaptar progressivamente os monopólios nacionais de carácter comercial, isto de modo a excluir qualquer discriminação entre nacionais dos Estados-membros no que respeita às condições de abastecimento e de comercialização ³²⁹. Mais: os Estados devem abster-se de tomar quaisquer novas medidas contrárias a tais objectivos ou que envolvam restrição ao âmbito de aplicação das disposições comunitárias relativas à eliminação dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas entre os Estados. Sem prejuízo de certas limitações aplicativas deste regime geral ³³⁰, importa deixar claro que tais disposições se aplicam também, até por expressa referência do próprio Tratado ³³¹ - isto se não fosse já suficiente o principio da igualdade ou da paridade de tratamento entre empresas privadas e empresas públicas (v. *supra*, nº 6.10.) - , aos monopólios comerciais públicos (próprios ou delegados), incluindo a qualquer organismo público que, directa ou indirectamente, “de jure” ou “de facto”, controle, dirija ou influencie as importações ou exportações entre os Estados-membros. Neste preciso sentido, pode afirmar-se que deparamos aqui com uma limitação funcional à própria expansão da iniciativa económica pública ³³².

³²⁸ Sobre os problemas que suscita em termos de jurisdição competente para se efectuar um tal controlo, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 359 seg., em especial, p. 361.

³²⁹ Cfr. MICHEL BAZEX, *La Problématique des Monopoles et Droits Exclusifs et Spéciaux au Regard des Traités Communautaires*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*. Paris, 1995, p. 38 seg.

³³⁰ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 37º, nº 3.

³³¹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 37º, nº 1, 2ª parte.

³³² Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 218-219.

- b) Outra possível limitação à iniciativa económica pública pode decorrer da harmonização ou aproximação das legislações entre os Estados-membros³³³, isto nos seguintes termos:
- (i) O Conselho tem competência para adoptar as directivas necessárias tendo em vista a aproximação das disposições jurídicas dos Estados que tenham incidência directa ou indirecta no estabelecimento ou funcionamento do mercado comum³³⁴ e do mercado interno³³⁵;
 - (ii) Sempre que se verificar uma disparidade entre as disposições jurídicas internas dos Estados-membros susceptível de falsear as condições de concorrência no mercado comum, provocando uma distorção que deva ser eliminada, a Comissão e/ou o Conselho têm poderes de intervenção no sentido de tomar as medidas adequadas previstas no Tratado³³⁶;
 - (iii) Sempre que um Estado-membro pretenda adoptar ou alterar disposições internas e com isso existir motivo para recear que possa provocar uma distorção às condições de concorrência no mercado comum, deverá consultar a Comissão, podendo esta dirigir-lhe recomendações no sentido de evitar tal efeito³³⁷, sendo o respectivo incumprimento passível de gerar a intervenção da Comissão e/ou do Conselho visando tomar as medidas adequadas³³⁸;
- c) E, por último, será ainda passível encontrar uma indirecta função limitativa da iniciativa económica pública na progressiva consolidação de um verdadeiro sector comunitário de intervenção económica em diversos domínios, expressão também ele de uma preocupação comunitária de bem-estar (v. *supra*, nº 2.2.), visível, por exemplo, nas políticas comunitárias regional, social, agrícola, siderúrgica e energética³³⁹. Observando-se uma evolução que partiu da mera promoção comunitária do financiamento de programas de integração regional, passando-se, depois, para o financiamento de projectos individuais e para programas globais envolvendo diversos sectores de actividade, a iniciativa económica comunitária encontra hoje privilegiada expressão na concretização dos objectivos subjacentes à coesão económica e social, isto através dos apoios que confere através de fundos estruturais de outros

³³³ Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 219-220.

³³⁴ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 100º.

³³⁵ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 100º-A.

³³⁶ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 101º.

³³⁷ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 102º.

³³⁸ Trata-se de uma interpretação que se pode extrair *a contrario* da remissão que o artigo 102º, nº 2, faz para o artigo 101º. Neste preciso sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 220.

³³⁹ Neste último sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *El Marco Constitucional...*, p. 272 seg.; IDEM, *La Empresa...*, p. 220-221.

instrumentos financeiros ³⁴⁰. Há aqui, por tudo isto, e em boa verdade, um conjunto de limitações à iniciativa económica interna dos Estados-membros, sejam estas (i) o resultado da necessidade de conformidade com o sentido e a expressão das actuações comunitárias ou (ii) a consequência de uma certa perda de protagonismo estadual decorrente de um fenómeno de intervenção económica paralela por parte da União Europeia.

³⁴⁰ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigos 130º-A a 130º-E.

§7º - Sector empresarial do Estado, apropriação colectiva e privatizações

A) Apropriação colectiva e privatização dos meios de produção

1) *Contração constitucional?*

7.1. Não obstante as vinculações do decisor nacional em matéria de iniciativa económica pública aos princípios de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência provenientes do Direito Comunitário, a sua subordinação imediata ao princípio da constitucionalidade, senão mesmo a concretização do princípio da neutralidade comunitária em matéria de regime da propriedade nos Estados-membros (v. *supra*, nº 6.10.), não impede a operatividade vinculativa da regra constitucional de apropriação colectiva dos meios de produção, enquanto princípio fundamental expresso da organização económica³⁴¹.

Neste sentido, pode afirmar-se que a Constituição remeteu para a margem de liberdade política do legislador ordinário a determinação do momento, dos meios, das formas e das condições de exercício da apropriação colectiva dos meios de produção e solos, seja esta feita através de expropriação, nacionalização ou quaisquer outras formas, tenha ela por objecto unidades produtivas (v.g., empresas), bens produtivos, recursos naturais ou simples participações sociais. Em todos os casos, porém, a Constituição impõe ao legislador ordinário um fundamento, um limite e um critério de decisão da apropriação colectiva: a prossecução de motivos de interesse público (v. *supra*, §6º, B)).

Verifica-se, por outro lado, que hoje, sem qualquer margem para dúvidas, a Constituição reconhece a possibilidade de privatização ou reprivatização dos meios de produção e solos, incluindo os bens que foram objecto de nacionalização revolucionária na sequência do 25 de Abril de 1974³⁴². E aqui, tal como sucede com a apropriação colectiva, isto sem prejuízo das limitações decorrentes do artigo 296º quanto à reprivatização das nacionalizações revolucionárias, a Constituição remete para o espaço de discricionariedade política do legislador ordinário a determinação do momento, dos meios, das formas e das condições de exercício da iniciativa de privatização. E, também aqui, uma vez mais, a prossecução de motivos de interesse público constitui o fundamento, o limite e o critério da decisão de privatização ou reprivatização.

No entanto, a consagração constitucional de uma regra de apropriação colectiva dos meios de produção e, em sentido diferente, da possibilidade de privatização ou reprivatização de

³⁴¹ Cfr. CRP, artigo 80º, alínea c).

³⁴² Cfr. CRP, artigo 85º.

meios de produção integrados no sector público, devolvendo para a margem de liberdade decisória do legislador ordinário a sua configuração e concretização, não será, pode bem perguntar-se, uma manifestação de uma certa contradição ou equívoco constitucional: como pode uma mesma lei considerar a apropriação colectiva dos meios de produção como princípio fundamental da organização económica e, simultaneamente, permitir a privatização de tais meios, incluindo a reprivatização das nacionalizações revolucionárias?

Não será, por outras palavras, que a Constituição permite dizer ao mesmo tempo que o sector empresarial do Estado está e não é garantido em termos constitucionais? Ou, segundo outro entendimento, não será que, atendendo à ampla margem de liberdade conferida pela Constituição ao legislador quanto à decisão de apropriação colectiva ou de privatização dos meios de produção, a verdadeira garantia do sector empresarial do Estado está mais nas mãos da lei ordinária do que em qualquer cláusula constitucional de garantia?

Vamos por partes na resolução das interrogações colocadas.

- a) Em primeiro lugar, não existe dúvida de que a apropriação colectiva dos meios de produção é uma reminiscência do modelo económico marxista resultante do texto primitivo da Constituição (*vide supra*, nº 5.1.), o qual havia mesmo elevado tal princípio à categoria de limite material de revisão constitucional³⁴¹, expressando assim a ideia de que se tratava de um elemento estruturante do sentido material da Constituição. Mais, também, não suscita grande controvérsia afirmar que na primeira versão do texto constitucional, salvo quanto às pequenas e médias empresas indirectamente nacionalizadas - e, mesmo aqui, note-se, a título excepcional -, a privatização de meios de produção era proscrita;
- b) Hoje, porém, a apropriação colectiva dos meios de produção, sem ser já limite material de revisão constitucional, nem instrumento de desenvolvimento da propriedade social, está enquadrada num modelo de economia mista, convertida que se encontra em instrumento de prossecução do interesse público, precisamente tal como as privatizações o são. Há aqui, pode bem dizer-se, um imperativo constitucional de coexistência pacífica entre os dois processos de intervenção económica pública, reflexo, afinal, da própria coexistência entre o sector público e o sector privado dos meios de produção;
- c) Numa outra perspectiva, a devolução constitucional para o legislador ordinário da decisão sobre uma intervenção económica positiva (ou por acção) subjacente à apropriação colectiva ou de uma intervenção económica negativa (ou por omissão) resultante da privatização, isto sem que resulte da Constituição um imperativo de qualquer uma das alternativas, antes a sua concretização é deixada à margem de

³⁴¹ Cfr. CRP76, artigo 290º, alínea f).

- liberdade da lei na prossecução do interesse público, traduz, afinal, uma manifestação da subordinação do próprio poder económico público ao poder político democrático;
- d) Exactamente porque a Constituição, expressando a subordinação do poder económico ao poder político, defere para o legislador ordinário as relações concretas de prevalência momentânea entre a apropriação colectiva e a privatização dos meios de produção, enquanto duas expressões diferentes constitucionalmente legítimas de prossecução do interesse público, pode dizer-se que, em boa verdade e em grande medida, a exacta configuração do âmbito do sector empresarial do Estado repousa na vontade do legislador;
- e) Todavia, importa sublinhar, a circunstância de estar nas mãos do legislador ordinário a configuração exacta do âmbito do sector empresarial do Estado não pode fazer esquecer que o exercício de uma tal liberdade decisória encontra na Constituição limites. Neste sentido, como é óbvio, a subordinação do poder económico público ao poder político democrático pressupõe sempre o respeito pela constitucionalidade e só dentro deste último aquele primeiro princípio goza de operatividade: poder económico e poder político são sempre, antes de qualquer relação de dependência entre si, poderes subordinados à Constituição;
- f) O respeito pela Constituição na configuração do âmbito do sector empresarial do Estado conduz a que o legislador ordinário na decisão de apropriação colectiva ou de privatização tenha de respeitar sempre os seguintes limites:
- (i) Nenhuma de qualquer das duas decisões pode pela sua extensão colocar em causa o princípio da coexistência entre os diversos sectores de propriedade dos meios de produção, isto de tal forma que nem a apropriação colectiva pode fazer desaparecer um núcleo essencial do sector privado (ou do sector cooperativo e social), nem a privatização poderá conduzir à extinção do sector público;
 - (ii) Por outro lado, como já antes se disse, qualquer dos casos tem sempre de encontrar em motivos de interesse público o fundamento da respectiva decisão: sob pena de inconstitucionalidade material da própria decisão, a apropriação colectiva e a privatização dos meios de produção nunca podem deixar de se fundar em razões de interesse público;
 - (iii) No que respeita especificamente à decisão de privatização, esta nunca poderá colocar em causa a garantia constitucional da cláusula de bem-estar (*v. supra*, §6º A)), pelo que, pelo menos aqui, isto sem falar já na temática dos sectores vedados à iniciativa privada (*v. supra*, §5º e nºs 6.2. e 6.3.), a prossecução de

- interesses públicos essenciais à colectividade envolve sempre a existência de um (maior ou menor) sector empresarial do Estado (v. *supra*, nºs 6.3. e 6.9.);
- (iv) Quanto à decisão de apropriação colectiva, por seu lado, a sua configuração como mecanismo radical de garantia de um espaço reservado de actuação e de uma inerente existência de sector empresarial do Estado, além de nunca poder desvirtuar ou destruir o núcleo essencial do sector privado típico, isto é, aquele que é composto pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem a entidades privadas (v. *supra*, nº 4.2.), tendo de respeitar a existência de uma economia mista, aspecto este último hoje elevado ao nível de limite material de revisão constitucional³⁴⁴, nunca pode inutilizar a liberdade de iniciativa económica privada e o próprio direito de propriedade privada.

Pode concluir-se, em síntese, o seguinte: não obstante a origem histórica do princípio da apropriação colectiva dos meios de produção nada ter a ver com o princípio das privatizações introduzido pela revisão constitucional de 1989, a verdade é que a actual convivência de ambos no texto da Constituição, reforçada até pela “suavização” e integração interpretativa do primeiro no contexto de uma economia mista, impõe uma regra de coexistência ou compatibilidade, devolvendo para o legislador ordinário, no entanto - e sempre no respeito pela Lei Fundamental - a ponderação da sua oportunidade e grau de concretização.

Num outro sentido, pode dizer-se que a Constituição ao consagrar no seu actual texto os princípios da apropriação colectiva e da privatização dos meios de produção não caiu em nenhuma contradição, antes criou uma mútua convivência entre os dois princípios, enquanto instrumento de uma certa flexibilização configuradora das fronteiras entre o sector público e o sector privado da propriedade dos meios de produção e simultânea expressão da subordinação do próprio poder económico público à vontade democrática do poder político-legislativo.

2) Indiferença ou preferência?

7.2. A existência dentro dos limites constitucionais de uma ampla margem de liberdade do legislador, enquanto protagonista privilegiado do poder político democrático na exacta configuração das fronteiras dos sectores público e privado, isto através do exercício da competência de apropriação colectiva dos meios de produção ou da respectiva privatização, não pode fazer esquecer a influência directa das vinculações comunitárias assumidas pelo Estado.

Neste sentido, a apropriação colectiva dos meios de produção nunca se poderá fazer, desde logo, se violar ou, através de qualquer modo, afectar o regime comunitário da concorrência

³⁴⁴ Sobre a existência de uma economia mista como limite material de revisão constitucional, cfr. CRP, artigo 288º, alínea g).

(v. *supra*, nº 6.13.) ou as regras respeitantes aos monopólios de natureza comercial (v. *supra*, nº 6.14.).

Ora, esta última observação sobre o efeito limitativo da liberdade do legislador nacional pela influência das vinculações decorrentes do Direito Comunitário suscita, no entanto, isto ainda sobre a relação entre a decisão de apropriação colectiva dos meios de produção e a decisão de privatização, uma dupla interrogação:

- Será, por um lado, que resulta do Direito Comunitário uma preferência pela privatização em detrimento da apropriação colectiva?
- Será, por outro lado, que a Constituição Portuguesa, apesar de consagrar a coexistência entre as duas figuras, mostra uma certa preferência, senão mesmo prevalência, da apropriação colectiva sobre a privatização?

Conscientes da relevância da resposta a estas interrogações sobre o exacto grau de liberdade do legislador na configuração do sector empresarial do Estado, vamos de imediato proceder à sua análise.

7.3. Procurando responder às duas questões colocadas sobre as relações preferenciais ao nível do Direito Comunitário e da Constituição de 1976 entre a decisão de apropriação colectiva dos meios de produção e a decisão de privatização, isto em termos de determinar o alcance da garantia de um sector empresarial do Estado, começaremos por examinar o problema à luz do texto constitucional.

Observando a Constituição, verifica-se, em primeiro lugar, que a apropriação colectiva dos meios de produção, bem ao contrário das privatizações, surge como princípio fundamental da organização económica. Exactamente por isso, sempre se poderia ser tentado a dizer que a não referência à privatização dos meios de produção como princípio fundamental seria interpretável no sentido de uma preferência constitucional pela apropriação colectiva. Não se pode concordar, todavia, com uma tal interpretação, isto por três ordens de razões:

a) Em primeiro lugar, a simples referência ou ausência de referência no artigo 80º da Constituição a determinados princípios não lhes confere ou nega, respectivamente, isto de uma forma automática, a natureza de princípios fundamentais da organização económica-social:

- (i) Por um lado, o intérprete não está impedido de encontrar ao longo do texto constitucional - em termos expressos, implícitos ou mediante a dedução de um conjunto das suas normas -, outros princípios fundamentais sobre a organização económica. Neste sentido, desde logo, e a título meramente exemplificativo, o princípio do aumento do bem-estar económico e social consagrado pelo artigo 81º, alínea a);

- (ii) Por outro lado, pode bem discutir-se se todos os princípios aí referidos são hoje verdadeiros princípios fundamentais: em que medida, por exemplo, o princípio da planificação democrática da economia é hoje um princípio fundamental, isto em termos comparativos com uma eventual natureza “não fundamental” do citado princípio do aumento do bem-estar?
- b) Em segundo lugar, independentemente da fragilidade do argumento de natureza literal decorrente da ausência de referência expressa no artigo 8º, a verdade é que desaparecido o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, substituído este hoje por um princípio de sentido inverso, tal como o primeiro era então entendido como garantia de prossecução dos princípios fundamentais da Constituição Económica ¹⁴⁵, também este agora deve expressar igual sentido: a privatização dos meios de produção, garantindo a coexistência entre um sector privado reforçado e o sector público no âmbito de uma economia mista, expressa e concretiza uma verdadeira subordinação do poder económico do Estado à vontade do poder político legitimado democraticamente;
- c) Em terceiro lugar, a relevância constitucional da privatização dos meios de produção, além do argumento histórico decorrente da revisão de 1989 ter comportado um reforço da subsidiariedade do Estado (v. *supra*, nº 2.7.), encontra-se colocada pela Constituição em paralelo com a apropriação colectiva dos meios de produção, isto, pelo menos, a três níveis:
- (i) Ambas se encontram subordinadas a um fundamento decorrente da prossecução de motivos de interesse público;
 - (ii) Ambas estão sujeitas a reserva de lei, expressando a sua subordinação do poder político democrático;
 - (iii) Ambas têm de respeitar o princípio da coexistência dos sectores de propriedade dos meios de produção.

A mencionada paridade de regimes entre a apropriação colectiva e a privatização dos meios de produção, enquanto expressão de uma certa indiferença constitucional entre as duas figuras, não pode fazer esquecer, porém, uma importante diferença já anteriormente apontada (v. *supra*, nº 2.7.): a reprivatização está dependente de uma lei-quadro cuja aprovação é feita por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, a apropriação colectiva, por seu lado, carece apenas de uma lei aprovada por maioria simples ou de decreto-lei autorizado.

Será, pode perguntar-se, que uma tal diferenciação de regime traduz uma preferência constitucional pela apropriação colectiva em detrimento da privatização?

Também aqui importa desmistificar equívocos: uma coisa é o regime especial da reprivatização das nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 - anda

¹⁴⁵ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO JOSÉ DE AVELÁS NUNES, *A Garantia...*, p. 28 e 66.

caracterizado por uma certa dificuldade no seu efectivo “descongelamento” legislativo, expressão de uma possível tentativa de manter na lei o que a Constituição deixou de garantir -, outra bem diferente é o regime a que estão sujeitas todas as restantes situações (presentes e futuras) de privatização ³⁴⁶. É que estas últimas, sublinhe-se, estão subordinadas ao regime orgânico, formal e material da apropriação colectiva dos meios de produção.

Aliás, a própria decisão legislativa de reprivatização das nacionalizações a que se refere o artigo 85º, nº 1, da Constituição não se pode dizer que seja preterida por uma eventual preferência constitucional pela apropriação colectiva: o desaparecimento do princípio da irreversibilidade das nacionalizações e do desenvolvimento da propriedade social, este último baseado na apropriação colectiva através das nacionalizações, são disso mesmo a prova. Através da reversibilidade das nacionalizações, a revisão da Constituição efectuada em 1989 veio reconhecer, afinal, ter deixado de existir aqui um interesse público digno de tutela constitucional, remetendo-se para o legislador a última palavra sobre a decisão de reprivatizar ou não tais bens de produção (*v. infra*, nº 7.7.). Neste sentido, em bom rigor, pode mesmo afirmar-se que a Constituição procedeu a uma desvalorização do princípio da apropriação colectiva relativamente ao princípio da privatização: a apropriação colectiva deixou de estar garantida pela Constituição mediante a citada cláusula da irreversibilidade das nacionalizações, encontrando-se, por isso mesmo, em condições de igualdade com a privatização.

O facto não impede, todavia, que a liberdade do legislador ordinário seja menor em situações de reprivatização do que perante casos de apropriação colectiva: o artigo 296º constitui, nesse sentido, uma limitação à margem de discricionariedade legislativa. Porém, tal como não é pelo facto de o legislador ao determinar a apropriação colectiva ter de fixar os critérios das respectivas indemnizações que se extrai uma preferência constitucional pelas privatizações em detrimento da apropriação colectiva, também não será pelo menor grau de liberdade do legislador na determinação das condições da reprivatização das nacionalizações a que se refere o artigo 85º, nº 1, que se poderá retirar qualquer preferência constitucional pela apropriação colectiva.

Por tudo isto, não se pode dizer que da Constituição resulte uma preferência vinculativa da apropriação colectiva sobre a privatização ou desta sobre aquela: nenhuma lei poderá ser considerada inconstitucional pelo simples facto de ao adoptar uma destas orientações - e desde que, obviamente, respeite os limites constitucionais - não conferir qualquer relevância ponderativa à outra orientação. Traduzindo coerentemente uma expressão da prevalência do poder político democrático sobre o poder económico, a Constituição remete para o espaço de liberdade decisória do legislador ordinário, sempre dotado de legitimidade político-democrática,

³⁴⁶ Traçando a dicotomia entre estes dois tipos de privatizações, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *As Privatizações e o Estado Empresarial*, Ed. Alameda, Lda, 1991, pp. 26-27. LONGE ABRANCA, *As*

a possibilidade de definição das fronteiras entre os sectores público e privado e, deste modo, o exacto alcance configurativo do sector empresarial público.

Há aqui, em síntese, uma Constituição económica aberta à vontade popular em cada momento expressa pelos seus órgãos democraticamente legitimados.

7.4. Se é certo que da Constituição não resulta qualquer preferência imperativa entre os princípios da apropriação colectiva e da privatização dos meios de produção, gozando o legislador ordinário, por isso mesmo, de amplo espaço de discricionariedade criativa, sempre importa saber, atendendo ao que anteriormente se disse (v. *supra*, nº 7.2.), se o Direito Comunitário mostra algum tipo de preferência e, deste modo, limita a liberdade da lei ordinária³⁴⁷.

Como se sabe, o Direito Comunitário, afirmando o princípio da neutralidade em matéria de regime da propriedade (v. *supra*, nº 6.10.), remete o assunto para o espaço decisório exclusivo de cada Estado, sendo, por isso mesmo, compatível com decisões internas de apropriação colectiva ou de privatização dos meios de produção. Neste preciso sentido, poder-se-ia dizer que o Direito Comunitário releva, à semelhança da Constituição de 1976, uma certa indiferença preferencial por qualquer uma destas soluções, deixando ao espaço de liberdade do legislador interno a decisão política sobre a matéria.

Uma tal conclusão, à primeira vista tirada, é passível de revelar-se, todavia, precipitada. Senão vejamos:

- 1) Desde logo, como já tivemos oportunidade de referir (v. *supra*, nº 7.2.), a apropriação colectiva dos meios de produção nunca poderá ser feita sem respeito pelas regras comunitárias referentes ao regime da concorrência ou aos monopólios de natureza comercial, resultando daqui uma limitação funcional ao exercício de uma tal competência de iniciativa económica pública e, reflexamente, uma certa garantia do sector privado;
- 2) Por outro lado, a sujeição das empresas públicas ao princípio da igualdade de tratamento perante as empresas privadas, proibindo-se qualquer forma de discriminação, incluindo a atribuição pelos poderes públicos de certo tipo de auxílios financeiros, aplicando-se aqui como critério aferidor da respectiva validade a decisão que teria um investidor privado em igualdade de circunstâncias (v. *supra*, nº 6.13.), determina que se fale na existência de uma “neutralidade relativa” do Direito Comunitário perante a figura das empresas públicas (v. *supra*, nº. 6.10.).

³⁴⁷ Sobre o Direito Comunitário e as privatizações em alguns Estados-Membros, cfr. JOËL RIDEAU. *Aperçus...*, p. 223 seg.

Com efeito, pode bem afirmar-se que o ordenamento comunitário, visando sempre a defesa do mercado comum, confere uma clara prevalência aplicativa ao princípio da igualdade entre as empresas públicas e as empresas privadas em relação ao princípio da neutralidade³⁴⁸.

Ora, é precisamente esta prevalência do princípio da igualdade, debilitando o estatuto privilegiado que as empresas públicas tinham no direito interno de muitos Estados-membros, que permite dizer que não há na ordem jurídica comunitária uma verdadeira neutralidade perante as formas de apropriação colectiva dos meios de produção: sujeitando todas as empresas (públicas e privadas) ao mesmo regime jurídico, insiste-se, o Direito Comunitário acaba, ainda que indirectamente, por favorecer uma tendência privatizadora da economia³⁴⁹.

Na realidade, a submissão das empresas públicas às mesmas normas de actuação das empresas privadas determinou que o poder público de diversos Estados-membros tivesse que proceder a profundas reestruturações dos respectivos sectores empresariais, levando à adopção de critérios de gestão privada, principalmente quando tais empresas estavam situadas em sectores económicos dotados de grande concorrência, acabando a abertura do mercado nacional por conduzir ao desenvolvimento de processos de privatização³⁵⁰. É que, desde logo, excluída a possibilidade das empresas públicas receberem auxílios públicos, tal como antes sucedia, os Estados viram-se obrigados a racionalizar e a reestruturar o sector empresarial público, melhorando a sua capacidade operacional e de concorrência, levando isto ao encerramento das empresas inviáveis ou, em outros casos, à privatização. No entanto, cumpre referir, verificados os respectivos requisitos legais³⁵¹, o próprio Tratado da Comunidade Europeia não exclui que o processo de privatização seja facilitado mediante a possibilidade de serem conferidos auxílios públicos com essa mesma finalidade³⁵².

Este último aspecto permite concluir, sempre dentro dos limites impostos pelo quadro comunitário resultante do princípio da neutralidade e das regras tendentes a garantir o mercado comum, por uma certa simpatia do Direito Comunitário pela privatização dos meios de produção, isto em detrimento da respectiva apropriação colectiva pelos Estados-membros.

Sem que tal objectivo de privatização assuma a natureza de uma expressa preferência ao nível do Direito Constitucional Comunitário, a verdade é que o reconhecimento pela Comissão da compatibilidade com o mercado comum de auxílios tendentes a facilitar os processos internos de privatização traduz uma ausência de indiferença comunitária perante o problema: um processo de privatização do sector empresarial público dos Estados membros é bem mais compatível com

³⁴⁸ Neste sentido, cfr. MUÑOZ MACHADO, *Público y Privado...*, p. 112 seg.; M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 252 seg.

³⁴⁹ Neste sentido, cfr. MUÑOZ MACHADO, *Público y Privado...*, p. 118; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 118.

³⁵⁰ Cfr. M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 299 seg.

³⁵¹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 92^o, n^o 3.

³⁵² Neste sentido, cfr. M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 307 seg.

os princípios de uma economia de mercado aberto e da livre concorrência do que qualquer processo de apropriação colectiva dos meios de produção. Aqui se situa, precisamente, e sempre enquanto instrumento garantístico da concretização dos objectivos da União Europeia, o grau de preferência comunitária pela privatização dos meios de produção.

7.5. A preferência comunitária pela privatização dos meios de produção, nos termos analisados (v. *supra*, nº 7.4.), não é isenta de reflexos ao nível da liberdade do legislador interno na configuração do sector empresarial do Estado e da própria interpretação da amplitude do espaço constitucional de discricionariedade da lei.

Com efeito, a vinculatividade do Direito Comunitário para o legislador ordinário é também, neste preciso contexto, preferência pela privatização em detrimento da apropriação colectiva dos meios de produção. Por isso mesmo, o carácter aberto da Constituição económica decorrente da ausência de uma expressa preferência por qualquer uma destas soluções (v. *supra*, nº 7.3) é integrado pela preferência comunitária no sentido das privatizações.

Existe aqui, em bom rigor, uma orientação interpretativa do espaço constitucional de liberdade do legislador por uma solução proveniente do Direito Comunitário, sendo esta passível de gerar, por sua vez, uma verdadeira interpretação evolutiva da Constituição económica em termos de se poder falar de um desenvolvimento constitucional consagrador de uma preferência do princípio da privatização sobre o princípio da apropriação colectiva (v. *supra*, nº 2.7.). Em última análise, aliás, a força vinculativa do Direito Comunitário poderá gerar um fenómeno de irreversibilidade das privatizações, encontrando-se o exercício da uma política de apropriação colectiva dos meios de produção “congelado” pela proibição de retrocesso na concretização do grau obtido das condições de concorrência no contexto do mercado comum.

Importa deixar claro, todavia, que uma tal preferência pelas privatizações, se é certo que pode conduzir a uma possível tendência reducionista do sector empresarial do Estado, não deixa de estar sujeita a dois tipos de limites:

- 1) Por um lado, tem sempre de salvaguardar o papel confiado pela Constituição ao Estado na prossecução dos interesses públicos essenciais da colectividade, designadamente todos aqueles subiacentes a imperatividade de concretização da cláusula de bem-estar (v. *supra*, nº 7.1.);
- 2) Por outro lado, não existindo qualquer princípio comunitário de natureza constitucional consagrando uma preferência expressa pelas privatizações, a sua instrumentalidade relativamente aos objectivos da União Europeia constitui também o

seu próprio limite: as privatizações não podem comprometer as condições de concorrência no mercado comum ³⁵³.

B) Quadro constitucional da decisão de privatizar

1) Privatizações e interesse público

7.6. Recortado o espaço de operatividade do legislador ordinário na articulação constitucional e comunitária entre os princípios da apropriação colectiva e da privatização dos meios de produção, tendo-se concluído pela existência de uma preferência - condicionada e limitada, sublinhe-se, - pela regra da privatização, sempre importa agora averiguar o exacto quadro constitucional do princípio das privatizações. Dele dependerá, em última análise, a determinação dos termos da amplitude da margem de liberdade do legislador ordinário na configuração do sector empresarial do Estado.

Em primeiro lugar, como já tivemos oportunidade de referir (v. *supra*, nº 7.3.), importa recordar que o actual quadro constitucional das privatizações assenta numa diferenciação básica entre dois regimes:

- (i) O regime da privatização - ou, melhor, da reprivatização - dos bens de produção objecto de nacionalização revolucionária, anteriormente salvaguardados pela cláusula de irreversibilidade, e hoje disciplinado pelos artigos 85º, nº 1, e 296º da Constituição;
- (ii) O regime da privatização de todos os restantes bens de produção, incluindo aqui as pequenas e médias empresas indirectamente nacionalizadas situadas fora dos sectores básicos da economia e a que se refere o artigo 85º, nº 2, disciplinado pela referência feita pelo artigo 168º, nº 1, alínea 1), da Constituição.

Em qualquer das situações de privatização, porém, o interesse público, enquanto fundamento, limite e critério constitucional de toda a actuação económica pública (v. *supra*, nº 6.6.), se projecta em termos imediatos: não há decisão válida de privatizar sem a prossecução directa e imediata de um interesse público.

Desde logo, observando a Constituição, pode dizer-se que o princípio da privatização tem subjacente o entendimento de que o interesse público na concretização do Estado de bem-estar não envolve sempre ou, pelo menos, necessariamente, uma intervenção directa pública em termos económicos, sendo passível de obter satisfação através da iniciativa económica privada.

³⁵³ Como refere NUNO SÁ GOMES, "há que assegurar que as privatizações não se limitem a substituir os monopólios públicos pelos monopólios privados", in *Nacionalizações...*, p. 415.

Neste contexto, como já antes se disse (v. *supra*, nº 2.7.), as privatizações ou reprivatizações são passíveis de comportar uma limitação à intervenção pública económica, isto pelo menos segundo formas de direito público, sendo legítimo falar em reforço do princípio da subsidiariedade do Estado.

Num outro sentido, a já mencionada vinculação justificativa ao interesse público de toda e qualquer intervenção económica pública determina que cessado aquele numa determinada situação concreta, sem que se verifique a existência de um outro interesse público digno de tutela, desaparece a causa justificativa da específica intervenção pública, gerando-se agora um movimento em sentido inverso (v. *supra*, nº 6.9.): a “desintervenção” económica pública ou, pura e simplesmente, a privatização dos respectivos meios de produção. Também por aqui passará, afinal, uma postura de reforço da subsidiariedade do papel económico do Estado.

As próprias reprivatizações dos meios de produção objecto de nacionalização, nos termos do disposto no artigo 85º, nº 1, da Constituição, traduzem a ideia de que deixou de existir, segundo o entendimento da revisão constitucional de 1989, qualquer interesse público digno de tutela pela Constituição que justificasse a irreversibilidade ou irrevogabilidade da integração de tais meios de produção nacionalizados no sector público³⁵⁴. A permissão constitucional de desnacionalização conferida ao legislador ordinário traduz, afinal, a ideia de que desapareceu o interesse ou a utilidade pública concreta de natureza fundamental que legitimou as nacionalizações anteriormente objecto de uma cláusula de irreversibilidade, deixando de existir fundamento constitucional bastante para a imperatividade da manutenção de tais empresas no sector público dos meios de produção³⁵⁵. Tratou-se aqui, porém, atendendo à especialidade da matéria, de uma desconstitucionalização da presunção - até então inilidível - de interesse público de tais nacionalizações, mediatizada pela necessidade de intervenção do legislador ordinário: a revisão constitucional de 1989 permitiu ao legislador a decisão de reprivatizar, não efectuou ela própria, no entanto, e em concreto, qualquer reprivatização. Neste sentido, pode bem afirmar-se que a Constituição “descongelou” a existência de um interesse público justificativo da apropriação colectiva de tais bens (v. *supra*, nº 7.3.), remetendo para o legislador ordinário a determinação se existe ou não e, em caso afirmativo, em que termos, um concreto interesse público em privatizar certo e determinado bem de produção.

A projecção imediata do princípio da prossecução do interesse público determina que toda e qualquer devolução constitucional para a liberdade conformadora do legislador da decisão sobre privatizar os meios de produção - tenham eles sido ou não anteriormente nacionalizados³⁵⁶ - não seja, por isso mesmo, uma remissão para a arbitrariedade do decisor, antes a mesma, tal

³⁵⁴ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / PAULO OTERO, *Nacionalização...*, p. 305.

³⁵⁵ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Privatizações e Constituição*, Lisboa, 1991, p. 96 e 97.

³⁵⁶ E o mesmo sucedendo, acrescente-se, com a apropriação colectiva dos meios de produção.

como a sua exacta configuração jurídica, deverá estar sempre pautada por critérios decorrentes da prossecução do interesse público:

- a) Em primeiro lugar, são razões de interesse público que podem justificar a escolha da amplitude quantitativa e qualitativa da decisão de privatizar determinado bem de produção:
 - (i) Saber se a privatização será total - seja ela feita em termos graduais ou globais - ou meramente parcial e, nesta última hipótese, se se traduzirá numa privatização maioritária ou minoritária do capital social, gerando, respectivamente, uma empresa mista meramente participada ou uma empresa mista controlada;
 - (ii) Saber se a privatização incide sobre o controlo da propriedade do bem de produção - isto mediante a alienação da respectiva titularidade - ou sobre a sua gestão - isto através da respectiva concessão -, sabendo-se, todavia, que a primeira hipótese compreende sempre a segunda;
- b) Em segundo lugar, é ainda o interesse público que, respeitadas os limites resultantes do artigo 296º da Constituição quanto às reprivatizações dos bens de produção referidos no artigo 85º, nº 1. determina as diversas opções do legislador ao nível das técnicas de privatização ³⁵⁷;
- c) Em terceiro lugar, inexistindo qualquer garantia constitucional de irreversibilidade das privatizações (v. *supra*, nº 2.7.), não está excluída a possibilidade de superveniência de um interesse público justificativo de uma nova apropriação colectiva de determinado ou determinados meios de produção, pondo termo, deste modo, à sua privatização, assistindo-se a um movimento de sucessivas e intercaladas nacionalizações e desnacionalizações ³⁵⁸, isto sempre no respeito pelos limites impostos pela Constituição e pelo Direito Comunitário;
- d) Em quarto lugar, não obstante uma eventual "prudente contenção" do poder judicial (v. *supra*, nº 5.3.), limitando-se a "cassar" as decisões "clara e inequivocamente «fraudatórias» da Constituição" ³⁵⁹, afastando qualquer tipo de controlo sobre a oportunidade da decisão ³⁶⁰, a verdade é que a vinculação jurídica do decisor ao princípio da prossecução do interesse público habilita o respectivo controlo

³⁵⁷ Para um elenco das diversas técnicas de privatização, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *As Privatizações...*, p. 14 seg.

³⁵⁸ O exemplo comparado é disso mesmo ilustrativo, seja no caso do Reino Unido, através da sucessão entre governos conservadores e trabalhistas, ou em França, entre socialistas e conservadores.

³⁵⁹ Expressões utilizadas pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 186/88, de 11 de Agosto de 1988, cit.

³⁶⁰ Sobre os limites ao controlo das privatizações em França pelo Conselho Constitucional e pelo Conselho de Estado, cfr. JACQUES BOURDON / JEAN-MARIE PONTIER / JEAN-CLAUDE RICCI, *Les Privatisations en France*, in CHARLES DEBBASCH, *Les Privatisations en Europe*, Paris, 1989, p. 136 e 137.

jurisdicional (v. *supra*, nº 6.9.), sendo certo que mesmo os casos de ausência ou impossibilidade de tal controlo não podem significar desvinculação à juridicidade ³⁶¹.

2) Privatizações e sectores básicos

7.7. No contexto da vinculação da decisão de privatizar por parte do legislador ordinário assume especial relevo a existência, por imperativo constitucional, de sectores básicos vedados à iniciativa económica privada: como será que os dois princípios da Constituição económica se podem harmonizar?

Tomando como ponto de partida a solução acolhida pela lei-quadro das privatizações, o artigo 2º da Lei nº 11/90, de 5 de Abril, estabelece que o capital das empresas situadas nos sectores básicos vedados à iniciativa privada apenas poderá ser privatizado até 49%. Trata-se de uma solução que acolhe, em bom rigor, a orientação do Tribunal Constitucional sobre a matéria, expressa no seu Acórdão nº 108/88, de 31 de Maio de 1988, referente à fiscalização preventiva da constitucionalidade do diploma de transformação das empresas públicas em sociedades anónimas e respectiva possibilidade de privatização de parte do capital social: as empresas mistas cujo capital e gestão são maioritariamente públicos integram o sector público dos meios de produção, inexistindo, por isso mesmo, qualquer fenómeno de violação da existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada.

Não obstante o entendimento divergente de uma tal construção por alguns sustentado ³⁶², a verdade é que a exclusão da iniciativa privada de certos sectores básicos determina, antes de mais nada, a sua exclusão do sector privado, sem impor expressamente, todavia, a interdição de sobre esses mesmos sectores existirem empresas de economia mista controladas por entidades públicas. As “outras entidades da mesma natureza” a que se refere o artigo 87º, nº 3, da Constituição, são entidades privadas sem natureza empresarial (v. *supra*, nº 5.4.) e, por outro lado, as entidades privadas que associando capital público (= empresas mistas) tenham, porém, uma maioria de participação social privada.

Nada autoriza na Constituição uma interpretação que reconduza as sociedades mistas controladas maioritariamente por entidades públicas às “outras entidades da mesma natureza”, segundo a aceção da citada disposição constitucional. É que, em bom rigor, se assim fosse, então também as sociedades de capitais integralmente públicos aí deveriam ser integradas, pois, afinal, estas possuem uma personalidade jurídica de direito privado, e seriam, por isso mesmo,

³⁶¹ Especificamente sobre o entendimento de que a vinculação à juridicidade nem sempre comporta a existência de mecanismos de controlo e declaração da invalidade dos actos violadores de tal vinculação, cfr. PAULO OTERO, *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa, 1993, p. 26 e 28-29.

³⁶² Neste sentido, cfr., por todos, o voto de vencido do juiz-conselheiro Vital Moreira no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 108/88, de 31 de Maio de 1988, cit.

“outras entidades da mesma natureza” das empresas constituídas integralmente por capitais privados. Em síntese, uma tal posição conduziria ao entendimento que a Constituição impunha que a actividade económica pública a desenvolver nos sectores básicos vedados à iniciativa privada fosse sempre feita directamente por pessoas colectivas de direito público, sem forma societária, segundo o figurino organizativo das puras empresas públicas.

Trata-se, todavia, de um entendimento errado. É que, independentemente de toda a concepção em causa partir de o pressuposto (falso) de que o artigo 87º, nº 3, da Constituição cria numa reserva absoluta de actividade económica a favor do sector público, esquecendo as entidades integrantes do sector cooperativo e social (v. *supra*, nº 5.4.), ela impediria em tais sectores básicos vedados o exercício por entidades públicas de uma actividade sob formas organizativas mais conformes com uma economia de mercado e as exigências comunitárias, mutilando-se, afinal, o princípio constitucional que impõe ao Estado como incumbência prioritária zelar pela eficiência do sector público³⁶³.

Ora, tudo isto permite, em última análise, chegar a uma conclusão: existem no limite fortes dúvidas, senão mesmo uma séria certeza, de que se possa interpretar a referência do artigo 87º, nº 3, da Constituição a “outras entidades da mesma natureza” no sentido de excluir o acesso das empresas mistas maioritariamente controladas por entidades públicas às actividades económicas em sectores básicos vedados a entidades integrantes do sector privado. Uma tal dúvida séria ou dúvida razoável encontra aqui um imediato critério de resolução: estando em causa, afinal, uma limitação do direito ou liberdade de iniciativa económica privada, além se não se demonstrar a necessidade de uma interpretação que conduza à amputação total da mesma nos sectores básicos vedados - podendo, inclusive, justificar-se à luz do interesse público uma participação (ainda que minoritária) de capitais privados -, a verdade é que, como já antes se referiu (v. *supra*, nº 5.4.), em matéria de liberdades fundamentais qualquer dúvida interpretativa deve ser resolvida segundo o princípio *in dubio pro libertate* ou o princípio da máxima efectividade dos direitos fundamentais. Por outras palavras, o reconhecimento da iniciativa económica privada, ainda que limitada ao quadro de uma participação minoritária em empresas mistas, prevalece sobre a interpretação que a exclua em absoluto dos sectores básicos vedados à actividade das empresas privadas e “outras entidades da mesma natureza”.

Conclui-se do exposto o seguinte: a Constituição não impede a existência de empresas mistas controladas exercendo actividade em sectores básicos vedados à iniciativa privada. Em consequência, a possibilidade conferida pela lei-quadro das privatizações de o capital das empresas situadas nos sectores básicos vedados às entidades privadas poder ser objecto de uma

³⁶³ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea c).

privatização a 49% não se mostra inconstitucional ³⁶⁴, antes constitui uma forma perfeitamente equilibrada de harmonizar os princípios em causa da Constituição económica.

7.8. O reconhecimento da possibilidade de as empresas públicas integradas nos sectores básicos vedados poderem ser objecto de uma privatização a 49% suscita, no entanto, uma inerte questão em termos de configuração do sector empresarial do Estado: será que a Constituição admite a possibilidade extrema de o sector empresarial do Estado ser apenas composto por sociedades mistas controladas?

Por outras palavras, pode perguntar-se o seguinte: será que esta é, afinal, a garantia constitucional mínima de que o sector empresarial do Estado goza perante o princípio da privatização? Não será que a Constituição, bem pelo contrário, cria zonas insusceptíveis de privatizar?

Excluindo do campo de reflexão o problema da eventual susceptibilidade de privatização do sector público administrativo ³⁶⁵, o qual envolve o exercício (entre outras) de funções típicas de soberania, a temática da existência de limites materiais à decisão de privatizar foi objecto de reflexão pelo Conselho Constitucional francês ³⁶⁶.

Em 1986, o Conselho Constitucional francês considerou que não seriam reprivatizáveis, além das empresas públicas que assumissem a natureza de monopólios de facto e, por isso mesmo, objecto de garantia de integração no sector público à luz do preâmbulo da Constituição de 1946, as empresas cuja actividade envolvesse serviços públicos nacionais decorrentes “de princípios ou regras de valor constitucional” ou em que a sua existência e funcionamento fossem impostos pela Constituição.

Será que o problema é passível de um tratamento igual à luz do direito português?

- a) Em primeiro lugar, cumpre recordar que a privatização do sector público empresarial nunca pode conduzir, segundo impõe o princípio da coexistência entre os diversos sectores de propriedade, a uma eliminação total ou real do sector público da propriedade dos meios de produção;
- b) Em segundo lugar, segundo decorre da tarefa fundamental do Estado em assegurar a implementação efectiva da cláusula constitucional de bem-estar ³⁶⁷, a privatização

³⁶⁴ No mesmo sentido, defendendo a constitucionalidade do citado preceito da lei-quadro das privatizações, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *As Privatizações...*, p. 29 seg.

³⁶⁵ Para breves considerações sobre a problemática da privatização do sector público administrativo, cfr. NUNO SÁ GOMES, *Nacionalizações...*, p. 349 seg.; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 91-92.

³⁶⁶ Sobre o assunto, cfr. JACQUES BOURDON / JEAN-MARIE PONTIER / JEAN-CLAUDE RICCI, *Les Privatisations...*, p. 129 e 136.

³⁶⁷ Para um relacionamento entre a privatização e o Estado de bem-estar no Reino Unido, cfr. PETER TAYLOR-GOORY, *La Privatización y el Futuro del Estado de Bienestar Británico*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 131 seg.

nunca pode significar renúncia ao exercício - ainda que subsidiário - da iniciativa económica pública visando a tutela de certos bens ou interesses essenciais à colectividade objecto de consagração Constitucional ³⁶⁸; sendo a iniciativa económica pública uma competência das entidades públicas, ela é, por definição, irrenunciável (v. *supra*, nº 6.7.), excluindo a garantia constitucional de um sistema de bem-estar formas "selvagens" de privatização ³⁶⁹;

- c) Em terceiro lugar, se o exercício da iniciativa económica pública tendo em vista a tutela de bens e interesses à colectividade e decorrente do próprio estatuto do Governo como guardião da cláusula de bem-estar envolve sempre a existência de um sector empresarial do Estado (v. *supra*, nº 6.9.), isto não significa uma exclusão da participação do capital privado numa posição de colaboração com o capital público;
- d) Em quarto lugar, exactamente porque a prossecução do interesse público, incluindo em actividades integradas nos sectores básicos vedados a entidades privadas (v. *supra*, nº 7.7), não exclui formas de participação minoritária de capitais privados em quaisquer projectos empresariais públicos, não se pode dizer que da Constituição portuguesa resulte limite a uma privatização parcial, enquanto minoritária, de tais bens de produção públicos.

Atendendo ao exposto, pode concluir-se o seguinte: a Constituição portuguesa permite, no extremo, que todo o sector empresarial público "funcione" a 51%, isto é, que seja objecto de um fenómeno de privatização de 49% do respectivo capital social. Neste sentido, sublinhe-se, existirá apenas garantida pela Constituição uma reserva parcial de conteúdo do sector empresarial público, cobrindo a mesma somente a imperatividade de em certos sectores de actividade económica existirem empresas mistas controladas por entidades públicas. Esse seria, em síntese, o núcleo firme da reserva constitucional das entidades integrante do sector empresarial do Estado.

A validade de uma tal afirmação pressupõe, no entanto, que inexistam qualquer garantia constitucional da forma tradicional ou típica de empresa pública, enquanto entidade dotada de uma personalidade de direito público (v. *infra*, nº 10.7.).

Será, porém, que isso assim sucede?

Ora, esse é, precisamente, o objecto central de reflexão no capítulo seguinte da presente investigação.

³⁶⁸ Considerando que a Constituição expressa a preocupação de as nacionalizações preservarem o Estado social, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO / GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição...*, p. 275.

³⁶⁹ Cfr. UGO ASCOLI, *Lo Público y lo Privado en el Sistema de Bienestar: el caso italiano*, in GREGORIO RODRIGUEZ CABRERO (org.), *Estado, Privatización y Bienestar - un debate de la Europa actual*, Barcelona e Madrid, 1991, p. 238 e 239.

§8º - Síntese do capítulo II

A investigação efectuada ao longo do presente capítulo referente à temática da admissibilidade de uma reserva constitucional de sector empresarial do Estado permite extrair a seguinte síntese das principais ideias:

- 1) A actual definição constitucional do sector público, apesar de traduzir em termos evolutivos uma redução do respectivo peso em relação ao sector privado, mostra-se ainda hoje passível de encobrir fenómenos de intervenção pública que, sem comportarem formalmente um alargamento dos meios de produção integrantes do sector público ou sem transferirem os meios de produção privados para o sector público, envolvem sempre formas diversificadas de limitação ou descaracterização do sector privado típico ou normal, ampliando o espaço do sector privado *sui generis* ou sector privado publicizado;
- 2) No entanto, dentro da amplitude de liberdade constitucional de configuração dos exactos limites entre o sector público e o sector privado, incluindo a margem de discricionariedade na integração em concreto de um meio de produção cuja propriedade seja pública no sector público ou no sector privado, o legislador não pode, sob pena de inconstitucionalidade, reduzir o sector privado dos meios de produção ao sector privado publicizado ou conferir a este a natureza de expressão predominante daquele;
- 3) Independentemente dos critérios e limites constitucionais que motivam as opções concretas de decisão, a verdade é que no âmbito do sector público pode distinguir-se um subsector público sob forma pública (= sector público imediato) e um subsector público sob forma privada (= sector público mediato);
- 4) Tendo a Constituição consagrado a existência de verdadeiras zonas híbridas entre o sector privado e o sector público, observa-se que a intervenção económica pública directa tanto pode enquadrar-se no sector privado, apesar de utilizar meios de direito público, quanto pode inscrever-se no sector público, ainda que envolvendo o recurso a formas jurídicas-privadas;
- 5) A privatização de empresas públicas não traduz uma redução inevitável do sector público empresarial, podendo envolver somente uma simples mudança da forma jurídica de organização de certas entidades que, por esse facto,

- substituem uma personalidade jurídica de direito público por uma personalidade de direito privado, agora sob a forma de sociedades anónimas;
- 6) A participação de entidades públicas no capital social de sociedades de direito privado, por seu lado, nem sempre conduz à integração orgânica das entidades participadas no sector público empresarial: uma tal integração pressupõe que o capital seja maioritariamente público e a gestão pertença a entidades públicas;
 - 7) O princípio da apropriação colectiva dos meios de produção e o princípio da existência de sectores básicos vedados à actividade de entidades privadas constituem as principais garantias constitucionais de existência de meios de produção obrigatoriamente integrados no sector público empresarial;
 - 8) A Constituição confere ao legislador um papel central de adaptabilidade do quadro legal dos sectores básicos vedados à iniciativa privada às diferentes circunstâncias políticas e económicas, segundo um juízo que, envolvendo uma inevitável limitação da amplitude do controlo judicial da decisão, em cada momento uma maioria legitimada democraticamente faça do interesse público;
 - 9) Os sectores vedados à iniciativa privada não se traduzem, no entanto, numa reserva absoluta ou exclusiva de actividade económica a favor do sector público, sendo inconstitucional a lei que deles exclua as entidades cooperativas;
 - 10) Por isso mesmo, salvaguardando o princípio da coexistência entre os três sectores dos meios de produção, a verdadeira dimensão e a real importância do sector público empresarial deve mais à vontade do legislador ordinário do que à regra constitucional que impõe a existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada;
 - 11) A obrigatoriedade de existência de sectores básicos vedados a iniciativa económica privada traduz o reconhecimento constitucional de um espaço de iniciativa económica pública directamente fundada na cláusula de bem-estar ou do Estado social, criando-se aí uma implícita iniciativa económica obrigatória ou irrenunciável para o Estado e, simultaneamente, a Constituição garante um espaço de sector empresarial do Estado;
 - 12) Paralelamente, a Constituição permite ao legislador a criação de uma iniciativa económica pública predominantemente política em sectores referentes a actividades económicas de maior importância, isto mediante a sua transformação em sectores básicos vedados à iniciativa económica privada. Aqui, porém, não há uma directa garantia constitucional de sector empresarial

- público, antes a sua existência repousa na vontade política subjacente à discricionariedade do legislador;
- 13) Em sectores não vedados à iniciativa económica privada, por outro lado, a Constituição reconhece ainda ao Estado uma genérica iniciativa económica pública, expressão de uma competência concretizadora da cláusula de bem-estar, apesar de subordinada à prossecução do interesse público e cujo exercício se encontra limitado pelo princípio da necessidade;
 - 14) O interesse público representa sempre, aliás, o fundamento, o limite e o critério de qualquer manifestação (legislativa ou administrativa) da iniciativa económica pública, assumindo esta a natureza de um poder-funcional ou competência das entidades públicas;
 - 15) A margem de liberdade reconhecida pela Constituição ao legislador na configuração da iniciativa económica pública é limitada pelo Direito Comunitário, designadamente pelos princípios de uma economia de mercado aberto e da livre concorrência, assumindo especial relevo, por um lado, o regime da concorrência - sendo aqui de salientar as normas sobre proibição do abuso da posição dominante, controlo da concentração de empresas e a genérica proibição de auxílios do Estado - e, por outro lado, as regras sobre harmonização ou aproximação de legislações entre os Estados-membros;
 - 16) A actual consagração constitucional dos princípios da apropriação colectiva e da privatização dos meios de produção não envolve qualquer contradição do texto da Lei Fundamental, antes expressa uma imperatividade de coexistência ou de compatibilidade entre os dois citados princípios cuja ponderação configuradora é devolvida para o legislador ordinário, enquanto expressão subordinante do próprio poder económico público ao poder político democrático;
 - 17) Não resultando da Constituição qualquer preferência vinculativa do princípio da apropriação colectiva dos meios de produção sobre o princípio da respectiva privatização, ou deste último sobre o primeiro, verifica-se que, segundo decorre da prevalência do poder político democrático sobre o poder económico, a Lei Fundamental remete para o espaço de liberdade do legislador ordinário a definição das fronteiras entre os sectores público e privado e, conseqüentemente, o exacto alcance configurativo do sector empresarial público;
 - 18) A nível comunitário, a prevalência applicativa do princípio da igualdade entre as empresas públicas e as empresas privadas sobre o princípio da neutralidade

permite concluir que o Direito Comunitário acaba por favorecer, ainda que indirectamente, uma tendência privatizadora da economia ou uma preferência pela privatização;

- 19) O Direito Comunitário limita, por isso mesmo, a margem de liberdade conferida pela Constituição ao legislador na configuração do sector empresarial do Estado, isto sem prejuízo da imperatividade concretizadora de interesses públicos essenciais à colectividade, em especial os que decorrem da cláusula constitucional de bem-estar;
- 20) Não impedido a Constituição a existência de empresas mistas controladas em sectores básicos vedados à iniciativa privada, a implementação do princípio da privatização pode, segundo exija o interesse público, conduzir a uma situação extrema em que todo o sector empresarial público “funcione” a 51% do respectivo capital social.

CAPÍTULO III

**FORMAS JURÍDICAS DE ORGANIZAÇÃO
E ACTUAÇÃO DO SECTOR EMPRESARIAL
DO ESTADO**

§9º - Intervenção empresarial do Estado**A) Modalidades de intervenção empresarial**

- 1) *Formas empresariais públicas*
- 2) *A função accionista do Estado: preliminares*

B) Intervenção empresarial e interesse público

- 1) *Crítério constitucional de opção*
- 2) *Motivos de interesse público*

§10º - Formas jurídicas públicas e formas jurídicas privadas de organização: reserva constitucional?**A) O problema da escolha da forma de organização empresarial****B) Organização empresarial e Administração Pública em sentido orgânico-subjectivo**

- 1) *Enquadramento*
- 2) *Revolução organizativa e Administração sob forma privada*

C) Vinculação ou liberdade de escolha das formas de organização?

- 1) *Fundamento constitucional do princípio geral*
- 2) *Limitações à liberdade preferencial*

D) Princípio da legalidade e forma de organização

- 1) *Reserva de lei e forma de organização*
- 2) *Reserva de Administração e forma de organização*

§11º - Formas jurídicas de actuação de direito privado e de direito público**A) Fuga para o direito privado da actuação do sector empresarial?**

- 1) *Colocação do problema*
- 2) *Formas jurídicas privadas de organização*
- 3) *Formas jurídicas públicas de organização*

B) Reserva constitucional de Direito Administrativo?

- 1) *Principais concepções*
- 2) *Constituição e “fuga” para o Direito Privado das entidades públicas: a reserva de Direito Administrativo*
- 3) *Idem: reserva constitucional de Direito Privado?*

§12º - Controlo das formas de organização e de actuação do sector empresarial do Estado

A) Generalidades

B) Controlo administrativo

1) Princípio da unidade da Administração

2) Tipologia do controlo

3) Titularidade do controlo

C) Controlo parlamentar

D) Controlo jurisdicional

§13º - Síntese do capítulo III

§9º - Intervenção empresarial do Estado

A) Modalidades de intervenção empresarial

1) Formas empresariais públicas

9.1. Se com a expansão ultramarina se assiste à criação e ao desenvolvimento de diversos monopólios da coroa sobre diferentes actividades económicas resultantes da comercialização de produtos provenientes do novo mundo, a verdade é que será com a figura das “Companhias Coloniais” - sujeitas a um posterior processo de privatização que as vai conduzir às sociedades anónimas - que se depara com uma modalidade inicial de colaboração entre capitais públicos e privados, expressando as primeiras formas de intervenção económica pública de forma empresarial ³⁷⁰.

O dirigismo económico mercantilista, por seu turno, sem procurar combater a iniciativa económica privada, visando antes obter a sua cooperação, controlar e impulsionar a actividade empresarial privada, determinava para o Estado uma actuação em sectores que considerava prioritários, levando mesmo à criação de organizações públicas dotadas de estrutura empresarial. Neste último sentido, o consulado de Pombal viria a ser um exemplo ilustrativo.

Circunscrevendo, todavia, o nosso breve percurso histórico das formas públicas de organização empresarial ao período subsequente às revoluções liberais, tomando como pressuposto a evolução anteriormente traçada do sector público empresarial (v. *supra*, nº 4.8.), podem recortar-se os quatro seguintes períodos:

- 1) Durante o Estado liberal, as formas empresariais públicas centravam-se nas empresas concessionárias de bens ou serviços públicos ³⁷¹ e num pequeno número de “serviços autónomos”, a maior parte deles incorporados juridicamente no âmbito de um ministério, assumindo a natureza de umas quase “direcções-gerais” subordinadas hierarquicamente ³⁷², isto sem prejuízo de alguns de tais “serviços autónomos” serem dotados de personalidade jurídica;

³⁷⁰ Para um estudo sintético das companhias coloniais, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 429 seg.

³⁷¹ Sobre a relevância da concessão durante este período, cfr. ARMANDO MARQUES GUEDES, *A Concessão*, I, p. 10 seg. e 36 seg.

³⁷² Neste último sentido ao nível do direito belga, cfr. ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 90.

- 2) O Estado corporativo, além de ter originado a criação de organismos corporativos que desenvolviam funções económicas ³⁷³ e certos organismos de coordenação económica que tinham a seu cargo funções empresariais ³⁷⁴, permitiu observar, por outro lado, o surgimento das primeiras empresas públicas, enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, e de empresas ou sociedades de economia mista;
- 3) No período revolucionário anterior à aprovação da Constituição de 1976, as nacionalizações efectuadas pelos governos provisórios determinaram dois principais efeitos:
 - (i) Alargamento do número das empresas públicas dotadas de uma personalidade de direito público, determinando a publicação de um estatuto jurídico comum ³⁷⁵;
 - (ii) Aumento das participações do Estado no capital social de múltiplas entidades dotadas de uma personalidade de direito privado, enquanto consequência principal de fenómenos de nacionalização indirecta;
- 4) A partir de finais dos anos oitenta e, em especial, durante os anos noventa, a privatização das empresas públicas determinou em termos procedimentais uma primeira transformação em sociedades anónimas de capitais integralmente públicos e, posteriormente, a alienação (total ou parcial) do respectivo capital social a entidades privadas, gerando diferentes formas de empresas de capitais mistos ou mesmo empresas cujo capital tendo sido integral ou maioritariamente privatizado passaram a integrar o sector privado.

9.2. Numa outra perspectiva, pode dizer-se que em todo o percurso descrito de evolução das formas empresariais públicas do Estado liberal à actualidade se assiste a uma curiosa utilização do direito privado ou, pelo menos, de formas jurídicas privadas:

- (i) Num primeiro momento, o predomínio das empresas concessionárias no Estado liberal traduzia um processo de colaboração e integração de entidades de personalidade jurídica privada no exercício de actividades pertencentes à Administração Pública;
- (ii) Num segundo momento, a assunção pelo Estado de uma directa actividade empresarial, apesar de determinar a criação de "serviços autónomos" ou verdadeiras

³⁷³ Cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 238.

Sobre os organismos corporativos em geral, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 383 seg.

³⁷⁴ Sobre os organismos de coordenação económica, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 373 seg.; AUGUSTO DE ATAÍDE, *Elementos...*, p. 138 seg., em especial, p. 141 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 139-140.

³⁷⁵ Sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, cfr. Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 29/84, de 20 de Janeiro, e pela Lei n.º 16/90, de 20 de Julho.

empresas públicas, envolveu a tendencial subordinação da sua actividade ao direito privado, isto ante um direito público pouco adequado a servir de base ao desenvolvimento de uma actividade empresarial³⁷⁶;

- (iii) Hoje, por último, as próprias formas de organização empresarial típicas do direito público mostraram-se também inadequadas, observando-se um processo de utilização de formas jurídicas privadas de organização do sector público empresarial, especialmente a sociedade anónima.

Com efeito, a crescente utilização de formas jurídicas privadas de organização do sector empresarial do Estado, em especial sob a forma de sociedade anónima, comporta a opção por um modelo que proporciona maior flexibilidade de gestão e uma maior transparência e veracidade em termos de rentabilidade económica ou social, permitindo o seu financiamento através da captação de capitais privados, isto mediante a simples privatização de parte ou da totalidade do respectivo capital³⁷⁷, além de conferir um exemplo privilegiado de estruturação de *holdings* públicos sectoriais de gestão das participações sociais públicas, tudo isto sempre sem prejuízo de garantir o controlo público da respectiva actividade decisória.

Exactamente porque a adopção pelo Estado de formas organizativas empresariais de direito privado continua a garantir um controlo público das decisões empresariais, pode bem dizer-se que estamos perante um simples processo formal de privatização: as estruturas empresariais continuam, afinal, a pertencer ao sector empresarial público, deixando, todavia, de revestir a forma tradicional ou “estalinista” de empresas públicas, enquanto sujeitos dotados de uma personalidade jurídica de direito público, passando a configurarem-se, segundo um verdadeiro processo de *Perestroika*, em sociedades sob forma comercial.

Importa, porém, sublinhar, que uma simples privatização formal das empresas do Estado nada adianta em termos materiais para uma eventual redução do peso económico do sector empresarial público (v. *supra*, nº 4.9.): ao Estado continua assegurado o mesmo âmbito de intervenção económica, tendo apenas mudado a forma ou a “roupagem” com que o faz. Em termos irónicos, pode dizer-se que um processo de fuga para o direito privado da forma de organização do sector empresarial do Estado, transformando as empresas públicas clássicas em sociedades anónimas, sem uma correspondente abertura do capital social ao investimento privado, isto em termos de transferir tais empresas para o âmbito do sector privado dos meios de produção, comporta um verdadeiro fenómeno de Estado “travesti”: veste-se de formas privadas para disfarçar o prosseguir de uma real actividade de intervenção económica pública directa, senão mesmo para a ampliar.

³⁷⁶ Neste último sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 470.

³⁷⁷ Neste sentido, cfr. PÖTTHOFF, *Zur AG als Rechtsform für öffentliche Betriebe*, in *Festschrift für H. Ritschl*, Berlin, 1972, p. 169 seg.; ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 475 seg.

Será, por isso mesmo, pode perguntar-se, que uma tal escolha das formas de organização da actividade empresarial pública não conhece limites ou critérios de decisão? Será, por outras palavras, que o acesso ao direito privado para uma privatização formal da organização do sector público empresarial corresponde ao exercício de uma competência discricionária do decisor?

Eis o que se procurará abordar ao longo deste capítulo.

9.3. Se é possível observar nos últimos anos uma inegável fuga para modelos organizativos do sector empresarial do Estado que têm no direito privado a sua fonte, a verdade é que nem todas as formas empresariais públicas aí encontram a sua fonte, nem se encontra excluída pela Constituição a possibilidade de um retorno a formas jurídicas de organização típicas de direito público ou, pelo menos, que encontrem em acto de direito público a sua origem.

Limitando a indagação ao momento presente, pode começar por verificar-se que as actuais formas de intervenção empresarial do Estado resultam de três fontes principais:

1) Em primeiro lugar, existem ainda hoje formas empresariais públicas directamente resultantes de acto de autoridade ablativo do direito de propriedade privada, sendo de salientar as três seguintes observações complementares:

- a) Tratam-se, antes de mais, de entidades dotadas de uma forma organizativa no âmbito das empresas públicas típicas, isto é, verdadeiras pessoas colectivas de direito público, apesar de geralmente submetidas na sua actividade ao direito privado (civil e comercial);
- b) Por outro lado, sem prejuízo de historicamente identificadas com o surto das nacionalizações revolucionárias e de se assistir actualmente a um predomínio das privatizações, a verdade é que em termos constitucionais não está excluída a possibilidade de uma lei vir amanhã a permitir novos actos de nacionalização de sectores de actividade, empresas isoladas ou de simples participações sociais³⁷⁸, enquanto expressão do princípio da apropriação colectiva dos meios de produção (v. *supra*, §7°);
- c) Por último, cumpre sublinhar, quaisquer eventuais actos de nacionalização - ou, em geral, todo o acto de autoridade ablativo do direito de propriedade privada - tem de obedecer, segundo a Constituição, a quatro requisitos:
 - (i) Existência de uma prévia lei definidora do quadro geral das nacionalizações e permissiva, por conseguinte, do exercício em concreto de uma tal competência ablativa;

³⁷⁸ Cfr. CRP, artigos 83° e 168°, n° 1, alínea l).

- (ii) Fundamentação concreta das razões de facto e de direito pelas quais existe um concreto interesse público habilitador da decisão individual de nacionalizar ³⁷⁹;
 - (iii) Vinculação directa pelo principio da proporcionalidade, determinando que a ablação ao direito de propriedade privada apenas seja feita em termos de envolver o mínimo dano possível, esgotados que estejam os meios negociais, e sempre que essa solução seja a única necessária e a melhor apropriada para a satisfação do concreto fim de interesse público que se visa prosseguir, enquanto expressão dos principios da proibição do excesso (= principio da necessidade) e da adequação;
 - (iv) Especial respeito pelo principio da igualdade ³⁸⁰, significando isto a proibição de toda e qualquer arbitrariedade ou discriminação na decisão de nacionalizar - visível pela própria fundamentação da decisão - e, por outro lado, a necessidade de uma compensação financeira pelo sacrificio imposto a um (ou a alguns) pelo interesse público, enquanto fundamento de um direito fundamental a uma indemnização justa, sob pena de se transitar de uma forma lícita de apropriação colectiva para uma forma ilícita identificada com o confisco;
- 2) Em segundo lugar, pode suceder que as formas empresariais públicas tituladas pelo Estado sejam o resultado de um processo de criação *ex novo*, envolvendo ou não uma reestruturação ou transformação por fusão ou cisão de anteriores estruturas empresariais públicas, sendo aqui de salientar duas diferentes situações:
- a) Por um lado, o Estado pode resolver optar por uma forma empresarial pública pura ou clássica, isto é, criar uma entidade colectiva de direito público, verdadeiro instituto público de base empresarial ³⁸¹, devendo aqui referirem-se os seguintes aspectos de regime:
 - (i) Sem prejuízo de uma prática jurídica diferente, a respectiva criação deve ser efectuada mediante decreto simples ³⁸², insusceptível, por isso mesmo, de controlo político parlamentar através do instituto da recusa de ratificação;

³⁷⁹ Sobre as formas possíveis de sacrificio da propriedade privada e sua relação com o interesse público, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reprivatização e Direitos dos Ex-Titulares das Empresas Nacionalizadas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991, p. 301 seg.

³⁸⁰ Para uma discussão ao nível do Direito francês, cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 112 e 113.

³⁸¹ Cfr. PAULO OTERO, *Institutos Públicos*, p. 259 seg.

³⁸² Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 4º, nºs 2 e 3.

- (ii) Tais entidades encontram-se, por regra, sujeitas a um princípio de gestão privada, sendo-lhes aplicável o direito comercial e o direito civil³⁸³, salvo tratando-se de empresas públicas de interesse político³⁸⁴, isto é, que explorem serviços públicos, assegurem actividades que interessam fundamentalmente à defesa nacional ou exerçam a sua actividade em situação de monopólio, casos em que os respectivos estatutos podem submeter certos aspectos do seu regime ao direito público³⁸⁵;
- (iii) Normalmente as empresas públicas não exercem poderes de autoridade, salvo, e a título excepcional, no caso das mencionadas empresas públicas de interesse político³⁸⁶;
- (iv) As empresas públicas do Estado, por último, encontram-se sempre sujeitas a uma relação intra-administrativa de superintendência e tutela por parte do Governo³⁸⁷;
- b) Por outro lado, o Estado pode determinar a criação de uma entidade empresarial segundo formas jurídicas privadas, especialmente a forma de sociedade anónima comercial, sendo de referir a este propósito o seguinte:
- (i) Salvo quanto às sociedades de capitais públicos resultantes de um processo de reprivatização, não há qualquer lei-quadro reguladora da criação ou de um eventual regime específico das entidades empresariais criadas pelo Estado sob a forma de sociedades de direito privado;
- (ii) Por isso mesmo, apesar de normalmente serem criadas por acto legislativo, a verdade é a nível constitucional nada impede que tais sociedades possam ter a sua origem em simples escritura pública, segundo os termos gerais regulados pelo Direito Privado, havendo aqui, porém, que dizer o seguinte:
- Toda a criação de tais sociedades por escritura pública nunca pode comportar, sob pena de invalidade, qualquer desvio ou derrogação às regras constantes do Código das Sociedades Comerciais³⁸⁸;

³⁸³ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 3º, nº 1.

³⁸⁴ Sobre este conceito, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., I, Coimbra, 1994, p. 376.

³⁸⁵ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 3º, nº 2.

³⁸⁶ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 3º, nº 2.

³⁸⁷ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigos 12º e 13º.

³⁸⁸ Sobre as disposições do Código das Sociedades Comerciais especificamente referentes a tais sociedades, cfr. JORGE M. COU TINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, p. 152 seg.

- Já no que respeita às sociedades criadas por acto legislativo, sem prejuízo de possíveis implicações em sede de constitucionalidade do respectivo procedimento, a verdade é que, por via de regra, existem derrogações pontuais ao regime jurídico comum resultante do Código das Sociedades Comerciais (v. *infra*, nº 11.2.)³⁸⁹;
- (iii) Salvo quando a lei imponha uma solução diferente, o Governo tem gozado de uma total margem de escolha entre optar pela constituição de um sociedade de capitais integralmente públicos ou por uma sociedade de capitais mistos, independentemente da participação pública ser aqui maioritária ou minoritária, sem que por aqui tenha passado qualquer preocupação de determinar um específico sentido decisório directamente resultante da Constituição;
- 3) Em terceiro lugar, além das formas empresariais públicas do Estado criadas *ex novo*, pode suceder que aquelas sejam o produto de participação estadual em empresas de capitais públicos ou de capitais privados já existentes, determinando, por conseguinte, dois possíveis fenómenos jurídicos alternativos: (1º) uma diferente configuração de sociedades de capitais integralmente públicos que, como tais, já existiam à data da entrada da participação do Estado no respectivo capital; (2º) a criação de sociedades de capitais mistos por efeito de transformação de sociedades de capitais totalmente privados³⁹⁰. Iguamente aqui cumpre, no entanto, fazer as duas seguintes observações:
- a) Não existe qualquer lei geral reguladora dos critérios e limites de participação do Estado no capital social de entidades empresariais já constituídas;
 - b) A própria participação do Estado no capital destas entidades pode bem originar formas de participação indirecta, enquanto expressão susceptível de compreender fenómenos de “sociedades em cascata”³⁹¹, resultantes de participações sociais possuídas ou a adquirir pelas entidades objecto de uma participação pública estadual.

O presente fenómeno reconduz, afinal, a uma análise mais detalhada da função accionista do Estado, enquanto modalidade de intervenção empresarial pública.

Para uma idêntica análise do tema ao nível do Direito Italiano, cfr. L. MAZZAROLLI / G. PERICU / A. ROMANO / F.A. ROVERSI MONACO / F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, I, Bologna, 1993, p. 895 seg.

³⁸⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *As Privatizações e o Direito Privado: alguns aspectos com especial referência ao sector bancário*, in *Direito e Justiça*, vol. V, 1991, p. 89; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 70.

³⁹⁰ Para um elenco das condições em que o Direito suíço permite a transformação de sociedades de capitais privados em sociedades mistas, cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, p. 139.

³⁹¹ Neste sentido, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 271.

Será o que se vai procurar fazer de imediato.

2) A função accionista do Estado: preliminares

9.4. Como já tivemos oportunidade de referir (v. *supra*, nº 4.12.), a participação de entidades públicas no capital social de entidades privadas se é certo que nem sempre determina a sua integração no âmbito do sector empresarial público - será o caso das empresas mistas cujo capital público assume um peso minoritário -, a verdade é que envolve, tal como a participação pública maioritária, o exercício de uma competência materialmente idêntica.

Na realidade, a participação do Estado no capital de sociedades sob forma comercial, colocando a temática da existência de um função accionista por parte do próprio Estado, é susceptível de envolver, todavia, três diferentes situações:

- a) Em primeiro lugar, temos os casos de participação do Estado no capital de empresas de capitais integralmente públicos, podendo ainda aqui recortarem-se duas hipóteses:
 - (i) Por um lado, há a participação em sociedades unipessoais, isto é, constituídas apenas pelo capital do próprio Estado, enquanto pessoa colectiva de direito público;
 - (ii) Por outro lado, existe a participação estadual no capital de sociedades que agrupam capitais provenientes de outras entidades públicas, deparando-se aqui com verdadeiras empresas privadas intra-administrativas;
- b) Em segundo lugar, deparamos com a participação directa do Estado no capital de empresas que possuindo capitais privados, passam, por isso mesmo, a conjugar capitais públicos e privados, sendo aqui de diferenciar duas hipóteses:
 - (i) Por um lado, uma tal forma de conjugação de capitais privados e públicos pode ser efectuada em termos de originar *ex novo* uma empresa ou, pelo contrário, inserir-se em empresa já existente (v. *supra*, nº 9.3.);
 - (ii) Por outro lado, a participação social do Estado pode ser feita em termos maioritários ou minoritários, significando isto, por outras palavras, garantir-lhe ou não o controlo da respectiva entidade;
- c) Em terceiro lugar, temos a participação indirecta do Estado no capital de diferentes empresas cujo capital é detido - seja em termos maioritários ou minoritários - por empresas objecto de uma participação directa estadual no respectivo capital social, havendo aqui de distinguir duas situações:
 - (i) Por um lado, pode suceder que uma tal participação indirecta do Estado resulte de uma situação de facto já existente à data da sua intervenção directa no capital social da empresa privada "mãe";

- (ii) Por outro lado, a participação indirecta do Estado pode resultar de uma decisão da própria empresa de capitais mistos, sendo aqui relevante saber se o Estado detém ou não o controlo das decisões desta última empresa.

9.5. Em termos de regime jurídico das participações sociais do Estado, pode dizer-se que a função accionista envolve as três seguintes principais temáticas:

- 1) A questão dos critérios de decisão do Estado entre uma participação maioritária ou minoritária no capital de uma sociedade de capitais mistos criada *ex novo* ou já existente;
- 2) Os reflexos da participação pública no capital de sociedades de capitais mistos em termos condicionadores da criação de filiais desta última ou da sua participação no capital social de outras empresas, gerando, deste modo, formas de participação social indirecta do Estado;
- 3) O modelo organizativo de gestão de tais participações sociais, procurando determinar se a mesma deve ser feita por uma única entidade ou por uma pluralidade de entidades recortadas em termos materiais e, em qualquer caso, a distribuição intragovernamental dos poderes de intervenção.

A circunstância da resposta a todos estes aspectos respeitantes à função accionista do Estado pressupor a resolução de algumas prévias questões de enquadramento genérico da intervenção empresarial do Estado determina que só mais adiante voltemos ao seu tratamento. Por agora, refira-se, ficou apenas traçada a respectiva colocação preliminar dos problemas a abordar.

B) Intervenção empresarial e interesse público

1) Critério constitucional de opção

9.6. Uma vez que a intervenção empresarial directa do Estado não constitui o único meio de intervenção económica pública ³⁹², pode, antes de mais, colocar-se, a seguinte questão: será que resulta da Constituição algum critério que permita limitar a opção do Estado entre uma intervenção empresarial, o recurso à figura da concessão a entidades privadas ou a simples implementação de regras gerais definidoras do quadro de actuação dos agentes económicos no

³⁹² Cfr. ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 90.

âmbito de um sistema de mercado? Será, por outras palavras, que a existência de uma intervenção empresarial pública constitui um imperativo fundado na Constituição?

Como já tivemos oportunidade de analisar ao longo do capítulo anterior, a existência de um sector empresarial público ou, mais especificamente, a existência de um espaço de actuação do sector empresarial do Estado é objecto de uma garantia pela Constituição, enquanto expressão da cláusula de bem-estar que impõe ao Estado uma iniciativa económica obrigatória, isto apesar da sua exacta configuração estar mais dependente do legislador ordinário do que da regra constitucional que impõe a existência de sectores básicos vedados à iniciativa privada ou do princípio da apropriação colectiva dos meios de produção.

A circunstância da consagração da cláusula de bem-estar ou de Estado social permitir extrair da Constituição uma iniciativa económica pública obrigatória e, em consequência, uma área de actividade do sector empresarial do Estado, se é certo que determina a imediata exclusão de um modelo de intervenção económica pública circunscrito à simples implementação de regras gerais definidoras do quadro de actuação dos agentes económicos privados, tanto mais que a Constituição impõe um princípio de coexistência entre três sectores de propriedade dos meios de produção, a verdade é que não se mostra suficiente para impor *sempre* a obrigatoriedade de uma opção por uma intervenção empresarial pública directa, em detrimento de formas de colaboração ou participação empresarial entre entidades públicas e entidades privadas.

Significa isto, afinal, que a cláusula de bem-estar não impede a Constituição de conferir ao legislador ordinário, segundo as concretas exigências do interesse público ³⁹³, uma ampla liberdade conformadora na opção entre uma intervenção empresarial directa, seja esta feita em termos de entidades dotadas de capitais integralmente públicos ou de capitais mistos, e o recurso à figura da concessão a entidades privadas.

É que, em bom rigor, a colaboração entre capitais públicos e capitais privados em empresas mistas, tal como a utilização da concessão a entidades privadas, além de expressarem uma conjugação harmoniosa entre a iniciativa económica pública e a liberdade de iniciativa económica privada (v. *supra*, nº 6.5.), devem hoje ser interpretadas como formas acolhidas pelo princípio constitucional da participação de entidades privadas na estrutura organizativa e na própria actividade da Administração Pública (v. *supra*, nº 2.7.) ³⁹⁴. Ou, ainda segundo um ponto de vista complementar, pode dizer-se que deparamos aqui com uma manifestação de subsidiariedade de intervenção pública, expressando uma concepção democrática, pluralista e participada de Administração ³⁹⁵, concretizando-se, deste modo, o imperativo constitucional de

³⁹³ Cfr. EPAMINONDAS SPILIOPOULOS, *L'Entreprise Publique et l'Intérêt Général*, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 8, nº 4, 1996, p. 1083-1084

³⁹⁴ Cfr. CRP, artigo 267º, nºs 1e 4.

³⁹⁵ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 51-52.

aprofundamento da democracia participativa, enquanto objectivo do próprio Estado de Direito democrático acolhido pelo artigo 2º da Constituição.

De tudo isto resulta, em síntese, a afirmação constitucional de um modelo de economia mista, o qual foi até elevado à dignidade de limite material de revisão constitucional (v. *supra*, nº 7.1.), podendo, por isso mesmo, falar-se em economia mista de bem-estar (v. *supra*, nº 1.2.).

9.7. A conjugação entre, por um lado, o princípio da participação inerente a um Estado de Direito democrático e, conseqüentemente, um modelo aberto de organização administrativa a intervenções de entidades privadas, e, por outro, o princípio da coexistência entre o sector público e o sector privado de propriedade dos meios de produção, determinando este a existência obrigatória de um núcleo empresarial público - ainda que seja passível de funcionar, recorde-se, apenas a 51% do respectivo capital social (v. *supra*, nº 7.8.) -, comporta o reconhecimento de uma substancial liberdade de conformação ao legislador.

Também aqui, em bom rigor, se aflora o princípio fundamental da subordinação do poder económico público ao poder político democrático: a Constituição remete para o legislador ordinário, enquanto expressão de uma vontade dotada de legitimidade político-democrática resultante do sufrágio universal, a relevância das preferências sociais em cada momento expressas ao nível da eficiência de satisfação das respectivas necessidades colectivas mediante a produção de bens e a prestação de serviços por estruturas empresariais resultantes de uma intervenção pública directa ou provenientes do sector privado típico de uma economia social de mercado.

Com efeito, segundo os equilíbrios políticos existentes e o inerente “indirizzo” decisório em termos político-legislativos, a Constituição possibilita a configuração de uma intervenção económica pública mais ou menos favorável a uma intervenção empresarial directa do Estado ou o recurso a formas de concessão a entidades privadas, isto sem excluir o desencadear de fenómenos de privatização do capital público em certas áreas de actividade, transferindo-as para o sector privado da propriedade dos meios de produção, isto mediante verdadeiros “movimentos migratórios” de categorias de necessidades colectivas³⁹⁶ que, segundo o espaço constitucional de liberdade decisória do legislador, determinam modificações na configuração da fronteira entre as necessidades colectivas objecto de satisfação por actividade pública ou privada³⁹⁷.

Neste sentido, segundo uma diferente perspectiva, pode afirmar-se que, salvaguardados os limites decorrentes de uma iniciativa económica pública resultante da cláusula de bem-estar, a Constituição acaba por deixar aberta a possibilidade de consagração legislativa do princípio da

³⁹⁶ Sublinhando que a delimitação das necessidades públicas depende de critérios políticos, daí a existência da referida migração de categorias de necessidades colectivas, cfr. SOARES MARTÍNEZ, *Finanças, Policop.*, AAFDL, Lisboa, 1957, p. 9-10.

³⁹⁷ Neste último sentido, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 50.

subsidiariedade da intervenção empresarial do Estado. Mais: tal como já antes se concluiu (v. *supra*, nº 4.2.), respeitada que seja a garantia de existência de um sector público dos meios de produção, é possível extrair da definição alternativa dos meios de produção integrantes do sector privado pelo artigo 82º, nº 3, da Constituição, uma regra de preferência constitucional pela atribuição da gestão de meios de produção públicos a entidades privadas - v.g., através da concessão da respectiva gestão a entidades privadas - sobre a sua eventual exploração em termos directos por entidades públicas.

Será possível concluir de tudo, por conseguinte, que a Constituição não nega que qualquer intervenção empresarial do Estado possa sempre envolver um juízo de prognose em termos de uma ponderação entre os prováveis benefícios resultantes da mesma e os seus eventuais custos, determinando, por outro lado, uma análise comparativa de tais resultados com os que provavelmente se obteriam utilizando outros mecanismos alternativos de intervenção económica pública³⁹⁸.

Deste modo, pressupondo sempre a decisão de intervenção empresarial do Estado um estudo técnico e de viabilidade económica, pode afirmar-se que resulta da Constituição, enquanto expressão conjugada entre um princípio implícito de subsidiariedade (v. *supra*, nº 2.7.) e um princípio expresso de eficiência da intervenção do Estado na concretização dos imperativos de bem-estar³⁹⁹, a possibilidade de o legislador ordinário consagrar um modelo de intervenção empresarial do Estado fundado no respeito pelo princípio da proporcionalidade, especialmente na sua vertente de contabilização ou balanço custos-vantagens (= "*bilan coût-avantages*") objecto de desenvolvimento pela jurisprudência e doutrina francesas⁴⁰⁰, como critério de decisão concreta de criação de empresas ou de participação no capital social de empresas já constituídas, isto sem prejuízo da sua possível utilização como instrumento de controlo jurisdicional da própria legalidade jurídico-administrativa da decisão estadual de intervenção.

Além de tudo, importa sublinhar, por último, que a própria Constituição se mostra susceptível de afastar a intervenção empresarial como uma das modalidades possíveis de prossecução de um concreto interesse público, determinando antes que o Estado proceda à sua realização mediante um processo de intervenção de natureza não empresarial.

³⁹⁸ Cfr. JESÚS RUZA, *La Privatización...*, p. 34.

³⁹⁹ Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da eficiência em termos constitucionais, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 638 seg.

⁴⁰⁰ Sobre esta vertente do princípio da proporcionalidade, cfr. JEANNE LEMASURJER, *Vers un Nouveau Principe Générale du Droit? Le Principe «Bilan-Cout-Avantages»*, in *Melanges Offerits a Marcel Waline - Le Juge et le Droit Public*, II, Paris, 1974, em especial, p. 554 seg.; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 75 seg. e 114; CHRISTIAN STRACH, *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, in MARTIN BULLINGER (org.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden, 1986, p. 43; XAVIER PHILIPPE, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*, Aix-Marseille, 1990, p. 179 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 71-72.

Neste âmbito, verifica-se que quanto à actividade empresarial que tenha por objecto o ensino ou a educação, impondo a Constituição ao Estado a existência de um *sistema público* de educação pré-escolar e uma rede de *estabelecimentos públicos* de ensino ⁴⁰¹, deve considerar-se excluída a possibilidade de o Estado criar entidades empresariais ou de participar no capital de entidades privadas com o intuito de aliar a prossecução de tais incumbências de natureza pública ao exercício de uma actividade empresarial. Assim, a título de exemplo, o Estado não pode criar empresas ou participar no capital social de empresas destinadas a funcionar como entidades instituidoras de estabelecimentos de ensino superior particular, de colégios particulares de ensino secundário ou primário ou ainda de estabelecimentos privados de educação pré-escolar. Mostra-se, por conseguinte, frontalmente contrária à imposição constitucional de uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que, uma vez mais a título de exemplo, ao lado de universidades públicas e de universidades privadas existissem ainda universidades privadas cuja entidade instituidora seria uma empresa sujeita a uma influência dominante por parte do Estado ou de qualquer outra entidade pública.

9.8. Excluindo o mencionado aspecto delimitativo do próprio espaço constitucional de operatividade da intervenção empresarial pública, importa sublinhar que a referida liberdade de escolha da intervenção económica pública conferida pela Constituição ao legislador, acolhendo nos seus quadros a discussão e a possibilidade de consagração de um modelo de intervenção empresarial do Estado de recortes mais ou menos liberal, não pode fazer esquecer, porém, três importantes limitações:

1) Em primeiro lugar, se é certo que a intervenção empresarial directa do Estado não pode ser reduzida em termos tais que equivallesse à total supressão do sector empresarial público, enquanto decorrência do princípio da coexistência entre os três diferentes sectores de propriedade dos meios de produção, a verdade é que a dinamização dessa mesma intervenção empresarial directa do Estado não pode, pelo contrário, isto sob pena de violação do princípio da igualdade, ser levada ao ponto de permitir para o Estado-empresário aquilo que a Constituição e o Direito Comunitário proíbem para as entidades privadas. Nestes termos, a subordinação da intervenção empresarial do Estado ao princípio da igualdade determina duas principais ilações:

a) A intervenção empresarial pública não pode conduzir à formação de monopólios que atentem contra a concorrência entre as empresas ⁴⁰² e o respectivo regime comunitário (v. *supra*, nº 6.13.), designadamente, que

⁴⁰¹ Cfr. CRP, artigos 74º, nº 3, alínea b), e 75º, nº 1.

⁴⁰² Cfr. CRP, artigo 81º, alíneas e) e f).

- envolvam abuso da posição dominante ou a violação das regras sobre concentração de empresas;
- b) A intervenção empresarial pública não pode, por outro lado, ir ao ponto de se configurar - seja pela extensão ou pela intensidade das respectivas actividades envolvidas - como uma expressão de abuso do poder económico público, nem envolver práticas lesivas do interesse geral⁴⁰³;
- 2) Em segundo lugar, a intervenção empresarial do Estado, tal como qualquer outra forma de intervenção económica pública, seja feita em regime de monopólio ou de concorrência, sendo sempre passível de comportar limitações ao espaço de operatividade das empresas privadas, deve prestar especial atenção ao respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial ao direito de propriedade privada e à liberdade de iniciativa económica privada. Deste facto decorrem duas importantes regras:
- a) A intervenção empresarial do Estado tem sempre de se fundar no princípio da legalidade, sendo a lei o respectivo fundamento habilitador directo de criação *ex novo* de uma empresa ou de simples participação do Estado no capital de empresas já constituídas, isto sem prejuízo de cada decisão em concreto se poder fazer através de acto praticado no exercício da função administrativa ou, em alternativa, por vezes, resultar destes actos públicos uma permissão de utilização de mecanismos de direito privado;
- b) 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 e as várias formas indirectas de intervenção económica do Estado (v. *supra*, nº 9.7.), segundo critérios de aptidão ou adequação, de indispensabilidade e de necessidade da decisão aos fins visados, sem que a sua utilização possa comportar a prossecução de quaisquer fins de natureza sancionatória;
- 3) Em terceiro lugar, estando toda a iniciativa económica pública vinculada à prossecução do interesse público (v. *supra*, §6º, B)), significa isto que também a intervenção empresarial do Estado encontra no princípio constitucional da prossecução do interesse público o seu fundamento, o seu limite e o seu critério de configuração (v. *supra*, nº 6.6.)⁴⁰⁴. Desta vinculação constitucional resultam diversos corolários:

⁴⁰³ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea e).

⁴⁰⁴ Para uma relação directa entre a actividade empresarial do Estado e o interesse geral, cfr. EPAMINONDAS SPILIOPOULOS, *L'Entreprise Publique...*, p. 1083 seg.

a) Desde logo, a intervenção empresarial do Estado apenas pode ser feita visando prosseguir fins qualificados pela Constituição ou pela lei como sendo de interesse público, sendo inválida, desde logo, qualquer intervenção pública sem que exista um concreto interesse público, incluindo-se aqui os casos em que se pretende prosseguir fins específicos de entidades privadas sem qualquer relevância ou utilidade pública ou, por outro lado, a simples prossecução do lucro em si ⁴⁰⁵, isto é, sem um remoto fundamento em fins de interesse público (v. *supra*, n.º 6.9.) ⁴⁰⁶. Neste sentido, deve concluir-se o seguinte:

- (i) Não se mostra conforme com o princípio da prossecução do interesse público o exercício da função accionista do Estado mediante a criação *ex novo* de empresas de capitais mistos ou a participação no capital de empresas privadas já existentes sem que o objecto social da respectiva actividade vise prosseguir finalidades públicas ⁴⁰⁷, seja pelos serviços que presta, pelos bens que produz ou, por último, pelas necessidades colectivas que pretende satisfazer ⁴⁰⁸;
- (ii) De igual modo, sempre que o Estado é titular de uma participação maioritária no capital social de empresas mistas, a criação por estas de filiais ou a sua participação no capital de outras sociedades - originando as já mencionadas participações sociais indirectas do Estado (v. *supra*, n.ºs 9.4. e 9.5.) - , além de ter de se inscrever no âmbito do objecto social da empresa "mãe" ⁴⁰⁹, deve sempre visar a prossecução de fins de interesse público ou de utilidade pública;
- (iii) Num outro sentido, uma vez que a participação minoritária do Estado no capital das empresas mistas se mostra insusceptível de impedir que estas prossigam interesses que não são compatíveis ou harmonizáveis com o interesse público, sempre que o Estado não tenha outras formas de controlo sobre as decisões de tais empresas

⁴⁰⁵ Em sentido contrário, entendendo que a transformação de um ente público em sociedade anónima implica que a sua gestão seja motivada pela prossecução do lucro, sendo ilegítimo invocar aqui a prossecução de interesses públicos, cfr. FRANCO BONELLI, *La Privatizzazione...*, p. 4-5.

⁴⁰⁶ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p.97, nota n.º 63.

⁴⁰⁷ Sublinhando que a função accionista do Estado deve ser exercida "não só na perspectiva do detentor do capital, mas também tendo presente o interesse público subjacente", cfr., preâmbulo do Decreto-Lei n.º 452/91, de 11 de Dezembro, que cria a PARTEST.

⁴⁰⁸ Especificamente sobre a discussão em torno da compatibilidade entre o interesse público e o interesse da empresa, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, I, p. 210 seg.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, p. 154 seg.

⁴⁰⁹ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p.281 seg.

mistas, a sua participação minoritária deve ser tendencialmente transitória, significando isto que o princípio da prossecução do interesse público impõe uma nítida regra de preferência pela participação maioritária do Estado em empresas de capitais mistos:

- (iv) Porque se pode retirar do princípio da prossecução do interesse público uma regra de preferência pela participação maioritária do Estado no capital social de empresas mistas, a transitoriedade de qualquer forma minoritária de participação pública determina, ainda segundo a exigência de prossecução do interesse público, e sob pena de se assistir à sua violação por omissão, uma de duas soluções: a alienação da totalidade da participação minoritária ou a aquisição do valor de participações sociais que atribua ao Estado (ou a outra entidade pública) uma posição maioritária;
- (v) O exposto não impede, todavia, que a presença minoritária do Estado (ou de qualquer entidade pública) no capital de uma empresa mista, deixando o controlo às entidades privadas sem um carácter transitório, se mostre justificável à luz da tutela excepcional de certos valores ou de bens protegidos pela Constituição e que, por isso mesmo, criem um *sui generis* interesse público susceptível de possuir uma força derogatória do interesse público que impõe às entidades públicas uma participação maioritária no capital social. Neste âmbito, dois exemplos se podem apresentar ⁴¹⁰:
- 1º) - Uma participação accionista pública "testemunha" ou de simples "presença", visando apenas possibilitar que o Estado (ou outra entidade pública) esteja presente na gestão de tais empresas, exercendo uma função de fiscalização interna, isto atendendo à relevância pública da actividade empresarial desenvolvida;
 - 2º) - Uma participação accionista pública promotora ou de fomento, tendo como finalidade o financiamento parcial ou o apoio a projectos privados de discutível rentabilidade imediata ou de elevado risco, apesar de corresponderem à realização de interesses de relevância ou utilidade pública (v.g., o desenvolvimento industrial de certas regiões);

⁴¹⁰ Cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Reimp., Madrid, 1991, p. 1218.

- (vi) Uma participação accionista pública minoritária envolve, todavia, e segundo imposição decorrente do próprio princípio da prossecução do interesse público, que ao Estado devam ser reconhecidos pela lei poderes excepcionais passíveis de condicionar, controlar ou orientar certos aspectos da actividade ou de algumas deliberações de tais empresas de capitais mistos, visando, afinal, a sua harmonização com a tutela dos valores ou dos bens que justificam a participação minoritária do Estado no próprio capital social;
- b) De igual modo, a intervenção empresarial do Estado só pode ser efectuada no sentido de prosseguir atribuições, tarefas ou incumbências confiadas pela ordem jurídica ao próprio Estado, sendo inválida qualquer participação empresarial visando prosseguir fins exclusivos de outras entidades públicas e, por conseguinte, totalmente alheios ao Estado (v. *supra*, nº 6.9.). Daqui se pode extrair, por seu lado, as seguintes ilações:
- (i) As sociedades de capitais públicos que integram várias entidades públicas têm de ter por objecto o exercício de actividades cuja prossecução, além de revelarem um interesse público, sejam susceptíveis de integrar formas legalmente admissíveis de colaboração entre as atribuições ou os fins das diversas pessoas colectivas públicas envolvidas;
- (ii) A circunstância de o Estado ser o único titular de interesses comuns ou gerais a toda a colectividade e, conseqüentemente, daí advir uma prevalência dos mesmos em relação aos interesses particulares ou específicos das restantes entidades públicas ⁴¹¹, determina, sob pena de inversão da prevalência do interesse público “reforçado” a cargo do Estado, que a sua participação do capital social de tais entidades de capitais integralmente públicos seja sempre feita em termos maioritários ou, pelo menos, lhe atribua um poder excepcional de controlo como accionista sobre todas ou algumas deliberações sociais, visando harmonizar ou, se necessário, fazer prevalecer os interesses públicos de âmbito geral ou nacional de que é portador pela Constituição;
- (iii) Tendo o Estado a seu cargo a defesa e a garantia de interesses directamente tutelados pela Constituição, a criação ou a simples

⁴¹¹ Para um desenvolvimento deste aspectos decorrentes do princípio da unidade da Administração, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 759-760, 771 seg. e 838-839.

- participação em entidades empresariais sob forma privada nunca pode significar por parte do Estado uma renúncia ao exercício de poderes próprios, nem a possibilidade, salvo se existir uma habilitação para o efeito, de transferir para tais entidades o exercício de poderes de autoridade;
- (iv) Em termos semelhantes, a participação destas entidades empresariais públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado no capital social de outras entidades privadas ou a criação de suas filiais ⁴¹², além de terem sempre de respeitar o objecto social da entidade “mãe” e, por conseguinte, servir de instrumento mediato de realização das atribuições das entidades públicas envolvidas, nunca podem ter um acto jurídico-privado a atribuir ou a transferir o exercício de eventuais poderes de autoridade que possuam - isto sempre a título excepcional - para as novas entidades empresariais criadas ou participadas ⁴¹³;
- (v) Pode concluir-se de tudo, afinal, que as empresas resultantes de um processo de intervenção económica do Estado sobre o respectivo capital estão sempre vinculadas a prosseguir na actividade definida pelo respectivo objecto social o interesse público ⁴¹⁴ ou, mais especificamente, o interesse público correspondente aos fins do ente público que lhes deu origem ou detém o controlo da maioria do capital social;
- c) Por último, a prossecução do interesse público impõe ainda um dever de “direcção” e controlo por parte do Estado sobre a actividade das entidades empresariais em que participe (v. *infra*, §12º), visando sempre fazer prevalecer o interesse público ou harmonizar os diferentes interesses em presença com aquele que é o interesse geral da colectividade por si protagonizado, sendo de salientar o seguinte:
- (i) O Estado deve para o efeito nomear delegados ou fazer eleger titulares dos órgãos sociais à semelhança de qualquer outro accionista, aqui se incluído a susceptibilidade de emitir instruções ou orientações aos mesmos sobre o exercício das respectivas funções no âmbito das

⁴¹² Sobre a criação de filiais de empresas integrantes do sector empresarial do Estado como forma de “respiração” do próprio sector público, cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 151 seg.

⁴¹³ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p.283-284.

⁴¹⁴ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 521 seg.

empresas em causa ⁴¹⁵, designadamente na defesa do interesse público e da sua harmonização com outros possíveis interesses empresariais decorrente da sua actividade se desenvolver dentro de uma lógica de mercado;

(ii) Justifica, por outro lado, a titularidade pelo Estado de certos poderes excepcionais sobre a eficácia de algumas deliberações sociais de empresas de capitais integralmente públicos que associem diversas entidades públicas ou de empresas de capitais mistos, sejam estas controladas ou não pelo Estado ⁴¹⁶;

(iii) Por último, ao Governo, enquanto órgão de topo da Administração Pública e primeiro responsável perante a Assembleia da República, resulta da Constituição um inerente papel de protagonista na definição dos interesses públicos que em concreto justificam a intervenção empresarial do Estado e na posterior “direcção” e fiscalização da actividade desenvolvida, visando a sua harmonia com os interesses públicos confiados pela ordem jurídica ao Estado.

Uma dúvida, porém, se pode colocar: quais os interesses públicos que em concreto a Constituição possibilita que possam motivar a intervenção empresarial do Estado?

Eis o que procura averiguar de imediato.

2) *Motivos de interesse público*

9.9. O estudo da intervenção empresarial do Estado permite verificar que deparamos com um confronto entre duas lógicas diferentes que, sublinhe-se, nem sempre são coincidentes ⁴¹⁷: por um lado, a lógica da empresa que visa, em primeiro lugar, a rentabilidade da respectiva actuação, segundo um modelo tipicamente privado, e, por outro lado, a lógica do Estado que visa a máxima satisfação do bem-estar e, em termos gerais, a prossecução do interesse público.

Há aqui, em bom rigor, um imperativo constitucional de conciliar as exigências próprias de uma actuação empresarial pública num modelo predominantemente de economia de mercado com o interesse geral inerente a toda a actividade desenvolvida pela Administração Pública. Trata-se, todavia, de uma situação que seria susceptível de gerar um conflito dilemático e que,

⁴¹⁵ Negando que em hipótese análoga exista um verdadeiro dever legal de obediência a ordens hierárquicas, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992, p. 247-248.

⁴¹⁶ Em Itália, sobre os poderes especiais atribuídos ao Estado sobre as sociedades do sector empresarial do Estado visando a prossecução do interesse público, cfr. FRANCO BONELLI, *La Privatizzazione...*, p. 66 seg.

⁴¹⁷ Neste sentido, BERNARD THIRY, *Introduction*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p. 9.

por isso mesmo, foi objecto de resolução pela própria Constituição, aí se consagrando a prevalência da lógica decorrente do interesse público sobre a pura lógica empresarial privada (v. *supra* nº 9.8.).

Cumpra advertir, no entanto, que a mencionada prevalência do interesse público não deixa de ser feita no quadro de um sistema económico social de mercado ou economia mista de bem-estar, daí resultando a própria possibilidade de instrumentalização da intervenção empresarial do Estado ao serviço do modelo constitucional:

- a) Em primeiro lugar, a intervenção empresarial do Estado surge como mecanismo de conformação e transformação da ordem económica e social ⁴¹⁸, concretizando a cláusula constitucional de bem-estar ou do Estado social:
 - (i) Garantindo a produção de bens e a prestação de serviços considerados essenciais para a colectividade ou para o interesse nacional em termos de aumento do bem-estar e da qualidade de vida ⁴¹⁹, isto por efeito da ausência, insuficiência ou em complemento da iniciativa económica privada;
 - (ii) Servindo de instrumento de desenvolvimento económico e social no sentido de um crescimento equilibrado de certas actividades sectoriais e de algumas regiões em especial do país ⁴²⁰;
 - (iii) Constituindo - ainda que seja apenas em termos teóricos - instrumento de distribuição da riqueza e do rendimento ⁴²¹, isto mediante as políticas salarial, de preços e financeira seguidas internamente pelas estruturas empresariais públicas ⁴²²;
- b) Em segundo lugar, a intervenção empresarial do Estado mostra-se susceptível de servir de instrumento de defesa do próprio sistema de mercado ⁴²³, integrando-se no contexto de políticas económicas estruturais de desenvolvimento tecnológico e de criação de infra-estruturas ⁴²⁴ que, em consequência, permitam o incremento da iniciativa privada e a plena utilização das forças produtivas, combatendo, igualmente, distorções do mercado e da concorrência por efeito da formação de monopólios ou oligopólios ⁴²⁵;
- c) Em terceiro lugar, a história demonstra que a intervenção empresarial do Estado pode ainda desempenhar uma função de absorção das crises do próprio sistema económico

⁴¹⁸ Neste sentido cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 171-172.

⁴¹⁹ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea a).

⁴²⁰ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea d).

⁴²¹ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea b).

⁴²² Neste sentido, apesar de demonstrar a fraca eficácia deste mecanismo para a distribuição da riqueza e rendimento, cfr. JESÚS RUZA, *La Privatización...*, p. 38 seg.

⁴²³ Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 172.

⁴²⁴ Sobre a utilização da intervenção empresarial do Estado como instrumento de política económica, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 299 seg.

⁴²⁵ Neste sentido, enquanto incumbências prioritárias do Estado, cfr. CRP, artigo 81º, alíneas c), d), e) e f).

de mercado, enquanto instrumento passível de ser usado em termos de política conjuntural, incentivando a retoma, criando emprego e investimento ⁴²⁶.

9.10. Se é certo que a instrumentalização da intervenção empresarial do Estado ao serviço do sistema económico de mercado traduz um processo de recorte constitucional de um acervo de interesses públicos legitimadores da actividade estadual de criação de empresas ou de participação no capital social de empresas privadas, a verdade é que múltiplas outras funções de interesse público podem ser prosseguidas através da intervenção empresarial do Estado, tanto mais que a Constituição consagra uma iniciativa económica pública concorrente com a iniciativa privada em sectores não vedados às entidades privadas (v. *supra*, nº 6.5.).

Não existe aqui, em boa verdade, um princípio de tipicidade das situações subsumíveis no conceito de interesse público. Uma vez mais, segundo o princípio da subordinação do poder económico público ao poder político democrático, a Constituição remete para o legislador ordinário a definição de outros interesses públicos passíveis de - sempre dentro do equilíbrio de princípios resultantes do quadro constitucional - habilitarem a intervenção empresarial do Estado.

Neste sentido, independentemente dos concretos interesses públicos justificativos da intervenção empresarial do Estado, a verdade é que esta pode originar em termos de objecto material de actividade dois diferentes tipos de empresas ⁴²⁷:

- (i) Existem, por um lado, as empresas encarregues da gestão de serviços públicos, da exploração e administração de um monopólio ou de outras actividades de especial interesse nacional, exercendo a respectiva actividade em termos exclusivos, isto é, fora de qualquer concorrência do mercado;
- (ii) Por outro lado, podem recortar-se empresas cujo objecto social se refere a uma actividade tipicamente industrial ou comercial em tudo idêntica a iguais actividades integrantes do objecto social de empresas de capitais integralmente privados, produzindo bens ou prestando serviços geralmente em regime de mercado concorrencial.

Sem prejuízo de outros reflexos de uma tal distinção em termos de regime jurídico ao nível do Direito Comunitário (v. *supra*, nº 6.13.) ⁴²⁸, a verdade é que pode bem colocar-se à luz da ordem jurídica comunitária a questão de saber se as empresas que exercem a sua actividade

⁴²⁶ Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 172.

⁴²⁷ Neste sentido, expressando a orientação de diversos ordenamentos jurídicos, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 304 seg.; ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 93 seg.; SEBASTIAN MARTIM-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, I, Reimp., Madrid, 1991, p. 236 seg.; IDEM, *El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 135 seg.

⁴²⁸ Neste último sentido, sublinhando, todavia, algumas dificuldades da distinção, cfr. ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 85 seg., em especial, p. 93 seg.

em regime de concorrência, tendo por objecto o exercício de uma actividade comercial ou industrial, podem ser utilizadas como meros instrumentos de concretização de objectivos de política macroeconómica (v. *supra*, nº 9.9.). É que, sublinhe-se, sendo a prossecução de tais objectivos susceptível de produzir efeitos sobre a rentabilidade da empresa, a circunstância de eventuais perdas estarem sujeitas a um regime comunitário restritivo de compensação financeira pelos poderes públicos, segundo decorre da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, pode bem colocar a questão de saber se o interesse público na utilização instrumental da empresa para tais fins macroeconómicos não terá sido substituído pelo "interesse comunitário" na manutenção da concorrência ⁴²⁹.

Atendendo aos fundamentos constitucionais da vinculação de tais empresas integrantes do sector empresarial do Estado ao interesse público (v. *supra*, nºs 9.8. e 9.9.), a resposta a uma tal interrogação só pode ser a seguinte: se os efeitos da instrumentalização de tais empresas à concretização de objectivos de política macroeconómica incidem em termos negativos sobre a sua rentabilidade e, por outro lado, tais efeitos negativos não podem ser totalmente compensados pelo Estado à luz das regras comunitárias sobre a transparência das relações financeiras, esse será o preço que essas empresas terão de pagar por serem tituladas por uma entidade pública - a qual, por definição, está sempre vinculada à prossecução do interesse público - e actuarem num mercado concorrencial.

Por tudo isto, conclua-se, o interesse público continua a ser sempre o fundamento, o limite e o critério de qualquer actuação empresarial do Estado. Fora do interesse público ou contra o interesse público toda a intervenção empresarial do Estado carecerá sempre de suporte jurídico válido.

⁴²⁹ Sobre o assunto, cfr. JOSE BAREA / TERESA BAREA, *Contrôle...*, p. 75.

§10º - Formas jurídicas públicas e formas jurídicas privadas de organização: reserva constitucional?

A) O problema da escolha da forma de organização empresarial

10.1. Conhecedores de que a intervenção empresarial do Estado, sendo passível de utilizar formas organizativas de direito público e de direito privado, se encontra sempre pautada pela prossecução do interesse público no contexto de uma economia de mercado, devendo respeitar a coexistência entre os três sectores de propriedade dos meios de produção e os corolários inerentes à cláusula constitucional de bem-estar ou do Estado social, conferindo a Constituição ao legislador, por outro lado, um amplo espaço de liberdade de escolha das medidas de intervenção económica pública, incluindo a conformação dos concretos motivos de interesse público que fundamentem ao Estado a criação de empresas ou a participação no capital social de empresas privadas já constituídas, o problema que agora nos ocupa consiste na resposta à seguinte interrogação: será que resulta da Constituição um imperativo ou, pelo menos, uma preferência por qualquer uma das formas (públicas ou privadas) de organização empresarial da intervenção económica do Estado?

Por outras palavras, será que a Constituição consagra um princípio de liberdade de escolha ou de obrigatoriedade das formas de organização do sector empresarial do Estado? E, esclareça-se, no caso de existir uma tal obrigatoriedade constitucional, sempre resta saber se ela determina uma utilização de formas jurídicas de direito público ou de direito privado.

Determinada a opção constitucional por uma ou outra solução, isto é, recortado o espaço de vinculação e de discricionariedade do decisor na determinação das formas jurídicas de organização da intervenção empresarial do Estado, haverá então que determinar, segundo a Constituição, a incidência do princípio da legalidade sobre a matéria, abordando a temática da escolha da forma de organização em relação à reserva de lei e à reserva de Administração.

Eis o que importa indagar ao longo deste parágrafo da investigação.

10.2. Reflectindo sempre a intervenção empresarial do Estado - seja ela feita através da criação de empresas (de direito público ou de direito privado) ou da participação (maioritária ou minoritária) no capital social de empresas mistas - a prossecução do interesse público e, em especial, o desenvolvimento de uma actividade integrável nas atribuições, tarefas ou incumbências do próprio Estado, enquanto pessoa colectiva de direito público (v. *supra*, nº 9.8.), pode começar-se por afirmar que a determinação da forma de organização jurídica de uma tal

intervenção empresarial do Estado acaba por ser, em boa verdade, um problema de organização administrativa.

Trata-se, em bom rigor, de saber se a prossecução por via empresarial dos interesses públicos em causa pode ser feita sob formas jurídicas de organização privada, isto é, disciplinadas muito em particular pelo Direito Comercial, assistindo-se aqui a um fenómeno de “fuga” para o Direito Privado, ou, pelo contrário, existe um imperativo constitucional de prossecução empresarial dos interesses públicos através de formas organizativas típicas do Direito Público, ou seja, mediante a constituição de empresas públicas dotadas de personalidade jurídica pública ou simplesmente dotadas de uma débil autonomia e integradas a nível orgânico na estrutura de uma pessoa colectiva pública de base territorial, institucional ou associativa.

Cumpra averiguar, por isso mesmo, também, a incidência da forma jurídica de organização da intervenção empresarial do Estado à luz da problemática da própria organização da Administração Pública.

B) Organização empresarial e Administração Pública em sentido orgânico-subjectivo

1) Enquadramento

10.3. O estudo anteriormente feito sobre as relações resultantes da Constituição entre os sectores público e privado ao nível da titularidade dos meios de produção permitiu extrair as três seguintes ilações:

- 1) - Tal como o sector privado é susceptível de compreender entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito público, bastando para o efeito que a sua gestão seja privada (v. *supra*, nº 4.2.), também o sector público é passível de compreender pessoas colectivas de direito privado (v. *supra*, nº 4.2.), sendo esse o caso das empresas de capitais integralmente públicos (v. *supra*, nº 4.10.) e das empresas mistas cujo capital social é maioritariamente titulado por entidades públicas (v. *supra*, nºs 4.10. e 4.11.);
- 2) - A privatização de capitais públicos só determina que as empresas em causa deixem de integrar o sector público da propriedade dos meios de produção, passando a situarem-se no sector privado, se corresponder à maioria do capital social de cada empresa e, acrescente-se, a sua gestão for privada (v. *supra* nº 4.9.);
- 3) - A Constituição confia à liberdade conformadora do legislador, segundo critérios decorrentes da prossecução do interesse público, a integração em concreto no sector

público ou no sector privado de um meio de produção cuja titularidade é pública (v. *supra*, nº 4.3.).

Sabendo-se que o sector público dos meios de produção é passível de compreender entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito privado, importa começar por determinar em que medida as sociedades ou empresas privadas cujos capitais são titulados integralmente ou maioritariamente por entidades públicas integram ou não a estrutura da Administração Pública em sentido orgânico. É que, urge sublinhar, uma resposta em sentido afirmativo conduz a uma necessidade de redefinição do conceito orgânico e da configuração subjectiva da Administração Pública, deixando de ser uma estrutura constituída integralmente por pessoas colectivas de direito público⁴³⁰; por outro lado, uma resposta em sentido negativo determina que existam entidades de direito privado integrando o sector público empresarial, encontrando-se excluídas, porém, da Administração Pública em sentido orgânico, traduzindo, por isso mesmo, um modelo organizativo aparentemente contraditório.

Sucedo, todavia, que uma tal contradição, como se acabou de referir, seria meramente aparente ou, pelo menos, poder-se-ia dizer ainda fundada na própria Constituição: tal como no sector privado podem existir meios de produção cuja titularidade é pública, sendo certo que se forem dotados de personalidade jurídica fazem parte da Administração Pública em sentido orgânico, daí se concluir que a Constituição possibilita a existência de entidades integradas na Administração que, em termos de propriedade dos meios de produção, se inserem no sector privado; também poderia suceder que, ao invés, existissem entidades integrantes do sector público empresarial que estariam excluídas da fronteira orgânico-subjectiva da Administração Pública.

Importa, por conseguinte, averiguar com mais algum detalhe o problema da integração ou não das sociedades de capitais integralmente públicos e das sociedade de capitais mistos maioritariamente titulados por entidades públicas na Administração Pública em sentido orgânico-subjectivo.

2) Revolução organizativa e Administração sob forma privada

10.4. O problema da integração das empresas de capitais públicos ou de capitais mistos controladas por entidades públicas no âmbito da estrutura orgânico-subjectiva da Administração Pública não pode ser desligado da actual configuração da própria Administração Pública e do Direito Administrativo.

⁴³⁰ Neste sentido, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 327-328.

Sem se pretender ser exaustivo, pode dizer-se que se está a viver uma profunda reformulação ou revolução configuradora da estrutura orgânica de decisão da Administração Pública e da própria natureza do seu direito regulador ⁴³¹, observando-se hoje fenómenos que seriam inimagináveis a algumas dezenas de anos:

- a) Em primeiro lugar, deixou de existir uma identidade total entre organização administrativa e subordinação ao Direito Administrativo:
 - (i) Cada vez mais, por um lado, existem entidades públicas que recorrem ao Direito Privado na prossecução da sua actividade, falando-se a este propósito na já mencionada “fuga para o direito privado” (v. *supra*, nº 4.7.);
 - (ii) Por outro lado, a lei foi criando pessoas colectivas de direito público, tal como sucede com a empresas públicas, totalmente ou, pelo menos, predominantemente regidas pelo Direito Privado, seja ele o Direito Comercial ou o Direito Civil ⁴³²;
 - (iii) Existe, deste modo, uma penetração do Direito Privado no âmbito tradicional de operatividade do Direito Administrativo, restringindo o campo reservado de acção a este último ⁴³³ e criando figuras híbridas que facilitam uma aproximação dos países da Europa continental ao modelo clássico britânico de uma Administração Pública sem Direito Administrativo ⁴³⁴⁻⁴³⁵;
- b) Em segundo lugar, assiste-se hoje a uma desvalorização do critério da titularidade pública ou da personalidade jurídica pública para a definição do conceito de empresa pública ⁴³⁶, observando-se que ao nível do Direito Comunitário se transferiu para o critério do controlo público ou da influência dominante pelos poderes públicos sobre a respectiva actividade o principal elemento aferidor da natureza ou do carácter público da entidade (v. *supra*, nº 6.11.) ⁴³⁷. Neste contexto, cumpre formular as três seguintes observações complementares:

⁴³¹ Cfr. I. BORRAJO INIESTA, *The Privatization of Legal Rules: Spain*, in *Revue Européenne de Droit Public*, nº especial, 1994, p. 145 seg.

⁴³² Falando a este propósito em pessoas colectivas públicas de direito privado, cfr. NUNO SÁ GOMES, *Notas...*, p. 30 seg., em especial, p. 49-50.

⁴³³ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado*, Coimbra, 1995, p. 330.

⁴³⁴ Cfr. SABINO CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Torino, 1991, p. 48-49 e 174.

⁴³⁵ Especificamente sobre a temática da relevância do Direito Administrativo na actividade das “public corporations” no Reino Unido, cfr. H.W.R. WADE · C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 7ª ed., Oxford, 1994, p. 162 seg.

⁴³⁶ Em termos gerais sobre os possíveis critérios de qualificação de uma entidade como sendo uma empresa pública, cfr. G. PÜTTNER, *Die öffentliche Unternehmen*, 2ª ed., Boorberg, 1985, p. 35 seg.

⁴³⁷ Para uma análise da evolução dos critérios de definição do carácter público de uma entidade, em especial das empresas públicas, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 279 seg.

- (i) Por um lado, os critérios utilizados para a determinação do conceito de empresa pública que resultam da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, apesar de pensados especificamente para a temática da transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas, podem bem apontar um novo caminho ou critério definidor da natureza pública ou privada das entidades colectivas dotadas de uma forma organizativa típica do Direito Privado;
 - (ii) Por outro lado, à luz do Direito Comunitário, esclareça-se, as empresas de capitais integralmente públicos e as empresas de capitais mistos controladas por entidades públicas, apesar de organizadas sob a forma de sociedades comerciais, revelam em ambos os casos, no entanto, a existência de uma influência dominante dos poderes públicos, sendo, para todos os efeitos, por isso mesmo, empresas públicas;
 - (iii) Aliás, este mesmo critério comunitário parece ter sido acolhido pelo artigo 39º, nº 4, da Constituição Portuguesa, aí se submetendo ao mesmo regime de intervenção da Alta Autoridade para a Comunicação Social a nomeação e a exoneração dos directores dos órgãos de comunicação social, equiparando-se os que pertencem directamente às entidades públicas com aqueles que pertencem “a entidades directa ou indirectamente sujeitas ao seu controlo económico”;
- c) Em terceiro lugar, o próprio conceito de personalidade jurídica de direito público se encontra desvalorizado ou debilitado ao nível do direito interno, falando-se em “atipicidade” ou “destipificação” das pessoas colectivas institucionais⁴³⁸, isto por três ordens de razões:
- (i) Desde logo, porque se assiste a um cada vez maior reconhecimento de personalidade jurídica a estruturas decisórias objecto de um mero processo de devolução de poderes, sendo a sua autonomia meramente formal, transformadas que estão em verdadeiros instrumentos ao serviço ou nas mãos do Estado⁴³⁹ e cuja actuação se assemelha em quase tudo a simples órgãos, daí que se possa dizer que tais entidade públicas só gozam de uma personalidade

⁴³⁸ Cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Definição de Empresa Pública*, Coimbra, 1990, p. 183.

⁴³⁹ Para um desenvolvimento da utilização instrumental da prerrogativa da personalização por parte da Administração Pública, cfr. MANUEL CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas*, in *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, p. 90 seg.

- ad extra* ⁴⁴⁰, isto é, nas suas relações com terceiros e nunca com a entidade “progenitora” ⁴⁴¹;
- (ii) Neste sentido se compreende, por outro lado, que existam hoje certos órgãos da Administração que pelo seu estatuto de independência a qualquer forma de intervenção intra-administrativa acabam por ter uma posição privilegiada em relação a todas as pessoas colectivas públicas de base institucional que resultam de um simples processo de devolução de poderes ⁴⁴²;
- (iii) Além disso, a verdade é que nem todas as entidades públicas exercem poderes de autoridade, tal como é caso das clássicas empresas públicas ⁴⁴³, enquanto que, por outro lado, a lei confere a diversas entidades privadas - incluindo aqui sociedades de capitais integralmente públicos, tal como sucede com a Parque EXPO 98 ⁴⁴⁴ - o exercício de poderes de autoridade normalmente confiados a pessoas colectivas públicas ⁴⁴⁵;
- d) Em quarto lugar, a prossecução do interesse público já não é algo de exclusivo de entidades colectivas de direito público ⁴⁴⁶, nem de pessoas colectivas privadas que através de um título jurídico específico recebam tal prerrogativa: as empresas resultantes de um processo de intervenção económica do Estado sobre o respectivo capital social, designadamente as que possuem uma personalidade jurídica de direito privado sob forma comercial, estão sempre vinculadas a prosseguir na actividade definida pelo respectivo objecto social o interesse público que presidiu à respectiva participação social por parte do Estado (v. *supra*, n.º 9.8.);

⁴⁴⁰ Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 284.

⁴⁴¹ Sobre os reflexos de uma tal concepção em termos organizativos e do exercício de poderes intra-administrativos, designadamente do poder de substituição do Governo sobre tais entidades da Administração indirecta do Estado, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 707 seg., 787 seg., 819-820 e 846 seg.

⁴⁴² Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 723-724.

⁴⁴³ Este entendimento resulta de uma interpretação *a contrario* da parte final do artigo 3.º, n.º 2, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

⁴⁴⁴ Cfr. Decreto-Lei n.º 88/93, de 23 de Março, artigo 1.º, n.º 1.

⁴⁴⁵ Neste sentido, por exemplo, a situação da Misericórdia de Lisboa, segundo o artigo 5.º, n.º 3, dos respectivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de Agosto, e, muito em particular, o caso da Parque EXPO 98 cujos Estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 88/93, de 23 de Março. Para uma descrição do regime legal dos poderes de autoridade destes entidades, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 68-69 e 70-71. Ainda especificamente sobre os poderes de autoridade da Parque EXPO 98, cfr. JAIME D. DO VALLE, *Algumas Considerações sobre o Regime e a Natureza da Parque EXPO 98, S.A.*, in *Revista Jurídica*, n.ºs 18-19, Dez/Jan 1996, p. 249 seg., em especial, p. 252-253.

⁴⁴⁶ Neste sentido, veja-se, por todos, e uma vez mais, o caso da Parque EXPO 98, cfr. JAIME D. DO VALLE, *Algumas Considerações...*, p. 251-252.

Em termos mais gerais, sobre a prossecução do interesse público por entidades privadas, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Interesse Público*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, p. 281-282.

e) Em quinto lugar, a concluir todo o processo de verdadeira revolução silenciosa da Administração Pública, a vaga de privatizações “atirou” para formas jurídicas de organização típicas do Direito Privado o exercício de muitas actividades empresariais até então desenvolvidas por entidades de estrutura empresarial com uma personalidade jurídica de direito público, devendo aqui diferenciar-se duas situações:

- (i) Os casos em que se verificou uma manutenção da totalidade ou da maioria do capital social das novas sociedades de direito privado nas mãos de entidades públicas, havendo, por isso mesmo, um inerente controlo público ou influência dominante pelos poderes públicos sobre a respectiva actividade destas entidades privadas;
- (ii) Os casos em que a privatização envolveu a transferência da maioria ou da totalidade do capital social para entidades privadas sem qualquer forma de controlo ou influência dominante pelos poderes públicos.

Na realidade, o processo de privatização formal das empresas públicas tradicionais veio mostrar com toda a evidência o emprego pela Administração Pública de formas jurídicas de organização próprias do Direito Privado, mais concretamente do Direito Comercial, assistindo-se a uma interpenetração entre o sector público e o sector privado da economia⁴⁴⁷ e a uma rotura irreversível com o tradicional princípio segundo o qual as entidades públicas adoptavam apenas formas públicas de personificação, estando delas excluído o acesso a formas de Direito Privado⁴⁴⁸.

Uma tal alteração da forma de organização jurídica das entidades públicas, utilizando para a prossecução indirecta dos seus fins entidades de direito privado que cria ou em cujo capital social passa a participar, determina que se constitua uma verdadeira “Administração paralela” sob forma privada⁴⁴⁹ ou, também dita, Administração Pública sob forma privada⁴⁵⁰.

10.5. Vinculadas as sociedades de capitais públicos e as sociedades de capitais mistos controladas à prossecução do interesse público, enquanto expressão instrumental de interesses integrantes dos fins ou atribuições da entidade pública que participa no respectivo capital social (v. *supra*, n.º 9.8.), pode dizer-se que há uma equivalência estrutural e funcional entre estas entidades privadas e os institutos públicos integrantes da Administração indirecta⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Cf. PHILIPPE QUERTAINMONT, *Droit Administratif...*, p. 7-8.

⁴⁴⁸ Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 118.

⁴⁴⁹ Utilizando anteriormente este mesmo conceito para a realidade em causa, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 747-748.

⁴⁵⁰ Cf. SABINO CASSESE, *Le Basi...*, p. 172 seg.

⁴⁵¹ Sublinhando a semelhança entre a criação e as relações de instrumentalidade de sociedades unipessoais de capitais integralmente públicos e os entes públicos institucionais, cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA : TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1984, p. 398.

Em bom rigor, urge recordar, todas as entidades privadas decorrentes da intervenção empresarial do Estado são bem o resultado directo de uma reestruturação da anterior Administração indirecta do Estado de tipo empresarial, comungando, por isso mesmo, de aspectos estruturais comuns:

- (i) Em ambos os casos as entidades empresariais criadas são sempre instrumentos ao serviço da prossecução ou realização de fins do Estado ⁴⁵²;
- (ii) Em ambas as hipóteses o Estado é titular de amplos poderes de intervenção orientadora e de controlo sobre a actividade de tais entidades ⁴⁵³, podendo falar-se na existência de uma “influência dominante” dos poderes públicos;
- (iii) Em qualquer das situações, apesar de competir ao Estado a responsabilidade financeira inicial pelas diversas entidades, a verdade é que, dispondo cada uma delas de personalidade jurídica e património próprio, pelos respectivos actos e dívidas nunca é o Estado que responde em termos civis;
- (iv) Em ambos os casos, por último, encontra-se nas mãos do Estado a sobrevivência em concreto de cada uma dessas entidades, significando isto, por outras palavras, que a sua extinção pode ser livremente decidida pelo Estado, enquanto titular de poderes públicos de autoridade ou, especificamente ao nível das entidades privadas, enquanto accionista maioritário ou único.

Pode concluir-se, por conseguinte, que tal como o Estado tem uma Administração indirecta pública, isto é, constituída por entidades colectivas dotadas de uma personalidade jurídica de direito público, pode também existir uma Administração indirecta privada, integrando as sociedades de capitais públicos e as sociedades de capitais mistos maioritariamente titulados pelo Estado. Em ambas as situações, as entidades em causa, apesar de já não serem o Estado, a verdade é que ainda completam o Estado, estando, por isso mesmo, com ele intimamente relacionadas ⁴⁵⁴.

A existência de uma tal Administração indirecta privada acarreta uma inevitável reformação do conceito orgânico-subjectivo de Administração Pública, hoje susceptível, por consequência, de comportar pessoas colectivas privadas sujeitas a um controlo ou influência dominantes dos poderes públicos. Sendo possível falar-se, por outro lado, na existência de um fenómeno de devolução privada de poderes ou de descentralização privada, isto a par da

⁴⁵² Sobre o carácter instrumental das empresas criadas pelo Estado, cfr. G. PÜTTNER, *Die öffentliche...*, p. 181; ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 299. Especificamente no sentido expresso no texto, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 212-213.

⁴⁵³ Cfr. JOSÉ BERNEJO VERA (org.), *Derecho Administrativo...*, p. 762.

⁴⁵⁴ Neste sentido, apenas quanto à tradicional Administração indirecta do Estado, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 340.

tradicional devolução pública de poderes ou descentralização de atribuições estaduais para entidades públicas menores.

Independentemente de todos os múltiplos reflexos organizativos e funcionais decorrentes da existência de uma Administração indirecta privada do Estado, importa prosseguir a investigação determinando somente um aspecto muito concreto: será que a Constituição confere ao legislador e este à Administração uma liberdade na escolha a nível empresarial entre um modelo de organização integrável na Administração indirecta pública ou na Administração indirecta privada?

O mesmo será perguntar, afinal, se existe ou não um princípio de liberdade de escolha das formas jurídicas públicas ou privadas no sentido de se conferir um modelo organizativo à intervenção empresarial do Estado.

Será o que iremos analisar de imediato.

C) Vinculação ou liberdade de escolha das formas de organização?

1) *Fundamento constitucional do princípio geral*

10.6. O problema da existência de uma liberdade de escolha das formas de organização da Administração Pública, possibilitando a opção entre formas jurídico-privadas e formas jurídico-públicas, tem sido reconduzido a uma questão integrável no âmbito de uma faculdade de auto-organização das próprias entidades públicas, ai vigorando um princípio geral de liberdade⁴⁵⁵: perante a ausência de uma expressa disciplina constitucional ou legal sobre uma eventual forma unitária de organização da Administração, entende-se vigorar aqui um princípio que confere ao decisor a escolha discricionária da forma organizativa mais adequada para o cumprimento ou realização das respectivas actividades económicas.

Sucede, porém, que uma tal concepção, pensada exclusivamente em relação ao direito alemão, mostra-se ainda na sua origem tributária de um entendimento de que o poder de organização administrativa é um espaço de liberdade insusceptível de penetração legislativa, verdadeiro feudo absolutista herdado pelo Estado liberal e transmitido às gerações presentes,

⁴⁵⁵ Cfr. DIRK EHLERS / INGO VON MÜNCH, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in HANS-UWE ERICHSEN / WOLFGANG MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., Berlin, 1992, p. 25; NORBERT ACHTERBERG, *Privatrechtsfoermige Verwaltung*, in *Juristische Arbeitsblaetter*, Frankfurt am Main, 1985, p. 507; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p.120; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 190-191; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTIN, *Las Empresas...*, p.88-89.

envolvendo uma realidade interna sem qualquer projecção exterior à própria Administração ⁴⁵⁶. Neste contexto, a escolha das formas de organização, consistindo num problema interno da Administração, estaria sujeita ao princípio geral da liberdade. Valendo aqui, por outras palavras, uma regra inversa à que se regista em termos gerais sobre a restante actividade da Administração: o princípio da legalidade estaria substituído pelo princípio da liberdade da escolha das formas de organização.

A verdade, no entanto, é que, como já tivemos ocasião de antes escrever ⁴⁵⁷, num Estado social de Direito, estando toda a Administração subordinada à juridicidade, também o poder de organização administrativa se subordina à legalidade, fundamentando-se, directa ou indirectamente, na Constituição ⁴⁵⁸.

Além disso, não se mostra hoje aceitável o entendimento de que o poder de organização administrativa é uma realidade sem projecção exterior, antes se mostra particularmente pertinente à luz da própria Constituição o problema da forma jurídica de organização das entidades sujeitas a uma influência dominante dos poderes públicos ao nível da tutela ou garantia das posições jurídicas dos particulares e da eficiência da actuação administrativa ⁴⁵⁹.

Residindo na Constituição o fundamento último sobre a forma jurídica de organização de tais entidades, pode formular-se a seguinte pergunta: será que a Constituição portuguesa consagra um princípio de liberdade ou de vinculação das formas de organização do sector empresarial do Estado?

10.7. A discussão em torno da existência de uma vinculação ou liberdade constitucional na determinação da forma de organização privada ou pública das entidades integrantes do sector empresarial do Estado colocou-se no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 108/88, de 31 de Maio de 1988 ⁴⁶⁰, mais precisamente no voto de vencido do juiz-conselheiro Vital Moreira ⁴⁶¹.

No termos da referida declaração de voto, o mencionado juiz-conselheiro, contrariando a ideia de que todas as empresas públicas pudessem ser transformadas em sociedades anónimas, deixando, por isso mesmo, de existir empresas públicas e operando-se uma inerente caducidade do Decreto-Lei nº 260/76, veio defender que pela referência explícita na Constituição à figura da empresa pública existia uma garantia institucional: a empresa pública seria, por conseguinte, uma

⁴⁵⁶ Para um enquadramento do poder de organização administrativa, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 85 seg.

⁴⁵⁷ In *Conceito e Fundamento...*, p. 90.

⁴⁵⁸ Cfr. NORBERT ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1982, p. 160.

⁴⁵⁹ Cfr. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1989, p. 535.

⁴⁶⁰ In *Diário da República*, I Série, nº 145, de 25 de Junho de 1988.

⁴⁶¹ Sobre o assunto, cfr. LUÍS MORAIS, *Privatização de Empresas Públicas. As opções de venda*, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 93 seg.; SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 537 seg.

figura de “existência constitucionalmente obrigatória, não podendo ser suprimida”. No entanto, se é certo que se reconhecia uma íntima ligação entre a previsão constitucional da figura da empresa pública e a própria obrigatoriedade de existência de um sector público, a verdade é que, como afirmou Vital Moreira, não resulta da Constituição qualquer obrigação de todas as empresas do sector público terem a forma de empresa pública, apesar de se entender que esta seria a “*forma normal* das empresas do sector público”.

Que pensar desta posição? Haverá ou não uma garantia institucional das empresas públicas na Constituição?

Atendendo ao princípio da irreversibilidade das nacionalizações, tivemos já oportunidade de referir que as empresas públicas resultantes das nacionalizações eram as únicas entidades públicas integrantes da Administração indirecta do Estado que, antes de 1989, tinham uma existência constitucional obrigatória⁴⁶². Se é verdade que o facto não impedia a criação de outras entidades empresariais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, o certo que é uma tal regra de irreversibilidade das nacionalizações mostrava uma inequívoca preferência do legislador constituinte pela forma de empresa pública, isto, pelo menos, quanto às estruturas empresariais que foram objecto de nacionalização e se encontravam “protegidas” pelo princípio da irreversibilidade, funcionando este, por conseguinte, como fundamento de uma garantia institucional *destas* entidades integrantes do sector empresarial do Estado. Em relação a todas as demais empresas, note-se, não existiria uma garantia institucional da forma de empresa pública, nem havia qualquer outra norma que impusesse expressamente uma determinada forma de organização, sendo de salientar, todavia, que a revisão constitucional de 1982 veio consagrar como incumbência prioritária do Estado zelar pela eficiência do sector público⁴⁶³, podendo daqui extrair-se uma permissão constitucional para serem adoptadas formas jurídico-privadas de organização do restante sector empresarial do Estado, isto em perfeita concorrência com formas jurídico-públicas. Haveria aqui, em consequência, uma certa indiferença da Constituição pelas formas de organização do sector empresarial do Estado não abrangido pela irreversibilidade das nacionalizações.

Hoje, desaparecido da Constituição o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, será que deve valer para o problema da forma de organização de *todo* o sector empresarial do Estado uma postura de indiferença da Constituição, tal como antes de 1989 se aplicava às empresas que não haviam sido directamente nacionalizadas na sequência da revolução de 1974?

A resposta a uma tal interrogação envolve as quatro seguintes observações:

- a) Em primeiro lugar, não há hoje na Constituição qualquer garantia da forma de empresa pública, enquanto entidade dotada de uma personalidade jurídica de direito público: as

⁴⁶² Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 708.

⁴⁶³ Cfr. CRP82, artigo 81º, alínea c), 2ª parte.

referências feitas pelos artigos 100º, nº 2, alínea b), 168º, nº 1, alínea x), e 229º, nº 1, alínea n), a empresas públicas não criam qualquer obrigação de existência desta forma jurídico-pública de organização empresarial, nem traduzem qualquer proibição ou limitação de actuação empresarial do Estado através de formas jurídico-privadas de organização ⁴⁶⁴, expressando apenas tais preceitos da Constituição um conceito amplo de empresas sujeitas a uma influência dominante dos poderes públicos, independentemente da sua forma jurídica de organização;

- b) Em segundo lugar, a própria habilitação constitucional decorrente do artigo 85º no sentido de ser possível a reprivatização das empresas nacionalizadas afasta qualquer garantia institucional de empresa pública, abrindo a porta a que todas as empresas públicas possam ser transformadas em sociedades anónimas, e permite extrair, por isso mesmo, uma implícita preferência por formas privadas de organização do sector empresarial do Estado, tanto mais que não exclui, repete-se, a susceptibilidade de serem suprimidas todas as formas jurídico-públicas de organização empresarial;
- c) Em terceiro lugar, o princípio da eficiência do sector público, tendo sido a sua efectivação elevada pela Constituição ao nível de incumbência prioritária do Estado ⁴⁶⁵, determina que não exista qualquer vinculação constitucional no sentido de impor uma forma jurídica de organização empresarial do sector público em detrimento de qualquer outra, sendo possível daqui extrair, por conseguinte, uma regra de liberdade conformadora da forma de organização do sector empresarial do Estado:
- (i) A projecção em termos organizativos do princípio da eficiência do sector público determina que se devolva para o decisor em concreto ou, quanto muito, para uma lei-quadro sobre a matéria, a decisão sobre a utilização de uma forma pública ou privada para a organização do sector empresarial do Estado;
 - (ii) Todavia, a circunstância de, tendencialmente, as formas jurídico-privadas de organização se mostrarem mais propícias à eficiência do sector público empresarial conduz à possibilidade de se retirar desta norma da Constituição uma outra regra implícita de preferência por tais formas privadas de organização ⁴⁶⁶;

⁴⁶⁴ Neste último sentido, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 538.

⁴⁶⁵ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea c), 2ª parte.

Em especial sobre a eficiência económica das empresas públicas, cfr. JOSE BAREA / TERESA BAREA, *Contrôle...*, p. 72-73.

⁴⁶⁶ Falando na necessidade de pôr em causa o mito de uma maior eficácia da Administração quando actua sujeita ao direito privado, cfr. SILVIA DEL SAZ, *Desarrollo...*, p. 177.

(iii) Neste sentido, em vez de uma “fuga” para formas de organização típicas do Direito Privado ⁴⁶⁷, pode bem afirmar-se que a utilização de formas de organização do sector empresarial do Estado reguladas pelo Direito Comercial decorre de uma lógica atractiva deste ramo de Direito como típico Direito comum regulador das empresas, isto atendendo ao facto de estar em causa o desenvolvimento de uma actividade económica através de uma estrutura empresarial ⁴⁶⁸;

d) Em quarto lugar, a já mencionada preferência constitucional por uma economia mista (v. *supra*, nº 6.5.) e, por outro lado, a conjugação entre o princípio da participação das entidades privadas na Administração Pública e o princípio implícito da subsidiariedade da intervenção pública (v. *supra*, nºs 9.6. e 9.7.), além de ganharem especial aplicabilidade perante um modelo de sector empresarial que, segundo a Constituição, é passível de funcionar apenas a 51% do respectivo capital social (v. *supra* nº 7.8.), expressa também uma preferência constitucional pela figura das empresas de capitais mistos - desde que controladas por entidades públicas (v. *supra*, nº 9.8.) - e, deste modo, afinal, por formas jurídico-privadas de organização do sector empresarial do Estado.

Cumpra sublinhar, todavia, que a preferência constitucional implícita por formas jurídico-privadas de organização do sector empresarial do Estado não traduz qualquer vinculação em serem “exterminadas” todas as empresas sob forma jurídico-pública, nem envolve uma proibição de constituição de empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito público, segundo os termos fixados pelo Decreto-Lei nº 460/76, de 8 de Abril. A Constituição permite dela extrair uma “liberdade preferencial” de organização, sem que a mesma envolva uma imperatividade de escolha de formas jurídico-privadas.

A preferência da Constituição por formas jurídico-privadas de organização empresarial não exclui, importa sublinhar, o princípio fundamental da subordinação do poder económico público ao poder político democrático, incluindo ao nível da exacta configuração organizativa das empresas resultantes da intervenção económica directa do Estado. A Constituição remete, por conseguinte, para o espaço de liberdade conformadora do legislador a exacta determinação das formas jurídicas de organização. Trata-se, em última análise, de uma exigência determinada também pela projecção ao nível da organização administrativa do princípio constitucional da eficiência do sector público.

⁴⁶⁷ Neste sentido, sublinhando o perigo da utilização de tais formas de organização representarem uma “fuga” para o direito privado, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 190.

⁴⁶⁸ Neste último sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 299.

Por tudo isto, conclua-se, a liberdade de eleição das formas de organização do sector empresarial do Estado não constitui qualquer decorrência de uma regra de liberdade ou de desnormatização do exercício do um poder de organização administrativa ainda herdado do Estado Absoluto (v. *supra*, nº 10. 6.), antes traduz um corolário da exigência constitucional de eficiência do sector público, enquanto incumbência prioritária do Estado e, por isso mesmo, fonte atribuidora de uma faculdade tendencialmente discricionária de instrumentalização da forma organizativa das empresas do Estado às concretas exigências da realidade de um modelo eficiente de prossecução do interesse público.

Será, porém, que não existem quaisquer limites à mencionada “liberdade preferencial” do legislador?

2) *Limitações à liberdade preferencial*

10.8. A remissão da Constituição para o espaço de liberdade do legislador na determinação da forma jurídica de organização do sector empresarial do Estado - não obstante a mencionada implícita preferência por formas jurídico-privadas decorrente da consagração constitucional dos princípios de eficiência dos sector público, da reprivatização dos meios de produção nacionalizados e da própria preferência pelas empresas mistas - não pode esconder a existência de certos limites constitucionais à própria liberdade de escolha das formas de organização.

Vejamos algumas de tais limitações à liberdade preferencial na determinação da forma jurídica de organização do sector empresarial do Estado:

1) Em primeiro lugar, importa começar por sublinhar que se deve entender resultar da Constituição que o exercício de poderes ou funções de soberania com carácter permanente se encontra reservado, por via de regra, a autoridades públicas ⁴⁶⁹. E, especificamente quanto ao exercício da função administrativa, pode dizer-se que, em princípio, resulta da Constituição a exigência de uma forma jurídico-pública para o desenvolvimento normal ou permanente de prerrogativas de autoridade ou para uma actuação sob a égide do Direito Administrativo em áreas típicas ou nucleares da actividade administrativa:

a) Salvo perante casos decorrentes de habilitação constitucional expressa, as entidades constituídas ou organizadas sob formas de Direito Privado não podem, a título normal ou sem carácter de precariedade, exercer poderes ou prerrogativas de autoridade como objecto social da respectiva actividade, falando-se, por isso mesmo, numa reserva Constitucional a favor das

⁴⁶⁹ Em igual sentido, cfr. Lei Fundamental de Bona, artigo 33º, nº 4.

autoridades públicas do exercício normal ou permanente de poderes e prerrogativas de autoridade. Senão vejamos:

- (i) Desde logo, a Constituição estabelece um princípio geral pelo qual o exercício de poderes dos órgãos de entidades públicas só pode ser objecto de delegação nos casos e nos termos *expressamente* previstos na Constituição ou na lei ⁴⁷⁰, podendo aqui extrair-se uma regra geral de tipicidade legal objectiva e subjectiva dos poderes de autoridade;
 - (ii) Comprovando este mesmo entendimento, a Constituição serve de norma habilitadora expressa para as organizações de moradores, enquanto estruturas não públicas de participação das populações na administração local, poderem exercer tarefas de natureza pública ⁴⁷¹;
 - (iii) O caso das organizações de moradores permite extrair o princípio geral subjacente: o exercício normal de poderes ou prerrogativas de autoridade por entidades sem natureza pública só é admissível perante expressa habilitação constitucional, salvo tratando-se, repita-se, do exercício privado de tais funções a título precário e sem carácter de permanência e, ainda aqui, sempre com base em título jurídico do poder público;
- b) Por outro lado, sendo o Direito Administrativo o direito regulador das relações jurídico-administrativas cujos litígios constituem o objecto material da jurisdição administrativa ⁴⁷², sendo precisamente este Direito (e não outro) que os tribunais administrativos visam garantir, pode dizer-se resultar da Constituição uma implícita “reserva de Direito Administrativo” ⁴⁷³ que impossibilita num tal âmbito formas jurídico-privadas de organização, criando-se, em consequência, uma verdadeira garantia institucional a favor da forma jurídico-pública das entidades colectivas integrantes da Administração ⁴⁷⁴. Senão vejamos:
- (i) Excluir áreas típicas ou nucleares de actividade administrativa da égide do Direito Administrativo será, em bom rigor, debilitar e, por isso mesmo, violar a reserva constitucional de matérias integrantes da competência dos tribunais administrativos, enquanto estruturas

⁴⁷⁰ Cfr. CRP, artigo 114º, nº 2.

⁴⁷¹ Cfr. CRP, artigos 265º, nº 2, e 267º, nº 1.

⁴⁷² Cfr. CRP, artigo 214º, nº 3.

⁴⁷³ Sobre o conceito de “reserva de Direito Administrativo” e sua aplicação, cfr., por todos, SILVIA DEL SAZ, *Desarrollo...*, p. 173 seg.

⁴⁷⁴ Igualmente no sentido de falar a este propósito de uma garantia institucional, cfr. SILVIA DEL SAZ, *Desarrollo...*, p. 178.

destinadas a aplicar e a garantir a aplicação do Direito Administrativo, especialmente sempre que estiver em causa o exercício de poderes de autoridade. Em tais casos, deve retirar-se da Constituição, por isso mesmo, uma obrigatoriedade de utilização do Direito Administrativo em detrimento do Direito Privado (v. *infra*, nºs 11.7. e 11.8.);

(ii) Uma vez que as entidades privadas, enquanto tais, se encontram impossibilitadas pela Constituição de aplicarem directa e imediatamente na sua actuação empresarial o Direito Administrativo (v. *infra*, nº 11.2.), as actividades em que seja obrigatória a aplicação do Direito Administrativo representam, deste modo, uma reserva de forma pública de organização das respectivas entidades, excluindo-se aqui qualquer liberdade de escolha da forma jurídico-privada e, por isso mesmo, revelando-se uma garantia institucional a favor das pessoas colectivas de direito público;

c) Em consequência de tudo, pode concluir-se que, sem embargo de uma possível expressa disposição constitucional em contrário, é proibida pela Constituição a atribuição a título normal ou não precário do exercício de poderes ou prerrogativas de autoridade soberana a entidades organizadas sob formas jurídicas típicas de Direito Privado, tal como se lhes deve considerar negado o exercício normal de actividades nucleares da função administrativa. Em consequência, dois efeitos imediatos se devem extrair:

(i) Primeiro: o objecto social de uma entidade organizada sob forma jurídico-privada que constitua uma actividade que envolve o exercício normal de poderes de autoridade ou de uma actividade típica e nuclear da função administrativa deve considerar-se contrário à ordem pública, gerando, por isso mesmo, segundo o regime geral, a nulidade do respectivo acto institutivo da sociedade ⁴⁷⁵;

(ii) Segundo: a nulidade em tais termos da atribuição do exercício de poderes de autoridade às entidades organizadas sob forma jurídico-privada determina que todos os subsequentes actos praticados no exercício de tais poderes de autoridade sejam, por sua vez, igualmente nulos;

2) Em segundo lugar, não obstante a sua estreita conexão com o anterior limite à liberdade de escolha das formas de organização do sector empresarial do Estado, a verdade é que os princípios da igualdade e da imparcialidade no exercício das funções

⁴⁷⁵ Neste sentido, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p.284.

legislativa e administrativa, tal como as vinculações decorrentes do próprio Direito Comunitário, se mostram susceptíveis de comportarem limitações à livre escolha da forma de organização, devendo entender-se que a mesma entidade sujeita a uma influência dominante dos poderes públicos não pode ter como objecto de actividade regular determinado sector de actividade, exercendo uma função tipicamente de autoridade pública, e exercer também, em simultâneo, uma actividade de exploração económica no respectivo sector de actividade ⁴⁷⁶, sujeita a motivações de natureza empresarial tal como qualquer agente económico privado:

- a) A necessidade de uma tal separação do objecto de actividade decorre, desde logo, da impossibilidade de no exercício da actividade tipicamente empresarial de exploração económica a entidade poder exercer actos de autoridade ou, de qualquer modo, a sua dupla função ser passível de, utilizando meios de direito público - agora, enquanto titular de funções públicas de regulação do sector -, poder ser instrumentalizada a favor da sua face empresarial, contrariando as garantias de igualdade e de imparcialidade em relação aos restantes agentes económicos que actuam no mesmo mercado concorrencial de actividade, quanto mais não seja, sublinhe-se, pela informação disponível e pelo tempo de conhecimento antecipado das decisões;
- b) Além disso, a separação organizativa entre entidades que desenvolvem uma actividade traduzida no exercício de funções administrativas ou soberanas de regulação disciplinadora e, por outro lado, o exercício de uma actividade de exploração baseada em motivações empresariais, sem prejuízo de algumas possíveis dificuldades ⁴⁷⁷, mostra-se, segundo a distinção feita pelo próprio Direito Comunitário entre o papel do Estado-Poder público e do Estado-empresário ⁴⁷⁸, passível de limitar ou condicionar o mencionado princípio da liberdade de organização ⁴⁷⁹, isto nos seguintes termos:
 - (i) Desde logo, por um lado, pode extrair-se do Tratado da Comunidade Europeia que as actividades relacionadas com o específico exercício da

⁴⁷⁶ Para uma exemplificação do problema, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 51. Igualmente ao nível do Direito Comunitário, segundo o preâmbulo da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transferência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas, aí se menciona que “os Estados-membros podem prosseguir, através das suas empresas públicas, fins não comerciais”.

⁴⁷⁷ Sobre as dificuldades na delimitação entre tais funções, cfr. E.J. MESTMÄCKER, *Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift für Franz Böhn*, Karlsruhe, 1965, p. 345.

⁴⁷⁸ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 178.

⁴⁷⁹ Neste sentido, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p.526, nota nº 311; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, em especial, p. 179.

autoridade pública ⁴⁸⁰, sem envolverem a realização de funções empresariais de natureza económica ou comercial, não se encontram sujeitas à liberdade de estabelecimento ⁴⁸¹, nem ao direito da concorrência ⁴⁸², tudo isto bem ao contrário de todas as actividades de natureza empresarial desenvolvidas por operadores económicos que, actuando nas mesmas condições jurídicas dos operadores económicos privados ⁴⁸³, se encontram sujeitos a uma influência dominante dos poderes públicos;

- (ii) Por isso mesmo, a título de exemplo, enquanto as actividades que consistem no exercício de prerrogativas tipicamente públicas de controlo e polícia do espaço aéreo, não assumindo carácter económico, se encontram afastadas do regime comunitário da concorrência ⁴⁸⁴, já as actividades desenvolvidas por organismos públicos no exercício de funções públicas, desde que as mesmas possam ser exercidas também em regime de concorrência com os particulares, se devem considerar sujeitas ao pagamento de IVA ⁴⁸⁵;
- (iii) Por tudo isto, conclua-se, é também possível extrair do Direito Comunitário uma regra limitativa de liberdade de escolha da forma de organização do sector empresarial do Estado, impondo uma clara distinção entre as actividades e, conseqüentemente, os entes que têm por objecto a prossecução de uma actividade que envolve a realização de funções não económicas ou comerciais - isto é, desenvolvendo apenas funções administrativas de autoridade pública sem motivações empresariais - e todos os restantes entes cujo exercício da respectiva

⁴⁸⁰ Sobre a noção comunitária de autoridade pública, enquanto aquela que tem por base a soberania, o *imperium* do Estado, envolvendo para quem a exercita a faculdade de utilizar prerrogativas exorbitantes do Direito Comum, privilégios do Poder público, poderes de coerção que se impõem aos cidadãos, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 191-192.

⁴⁸¹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 55º. Para um desenvolvimento interpretativo desta disposição ao nível da jurisprudência comunitária, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p.191 seg.

⁴⁸² Neste sentido, cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 619 seg.

⁴⁸³ Fazendo deste critério o elemento delimitativo do conceito de funções públicas sem natureza empresarial, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 17 de Outubro de 1989, (Ufficio distrettuale delle imposte directe di Fiorenzuola d'Arda e outros / Comune di Carpaneto Piacentino e outros), assuntos n° 231/87 e 129/88, in *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal*, 1989-9, Luxemburgo, em especial, p. 3276 seg.

⁴⁸⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 19 de Janeiro de 1994, (Sat / Eurocontrol), assunto C-364/92, in *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal e do Tribunal de Primeira Instância*, Parte I - Tribunal de Justiça, 1994-1, Luxemburgo, p. 63-64.

⁴⁸⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 17 de Outubro de 1989, (Ufficio distrettuale delle imposte directe di Fiorenzuola d'Arda e outros / Comune di Carpaneto Piacentino e outros), cit., p. 3277 seg.

actividade os leva a actuar (ou a poder actuar) ao mesmo nível dos operadores económicos privados;

- 3) Em terceiro lugar, a escolha da forma de organização do sector empresarial do Estado, em especial a opção por formas jurídico-privadas, não pode ser determinada, nem conduzir, a uma diminuição do nível de garantia ou de protecção das posições juridico-subjectivas dos particulares, designadamente em termos de vinculação de tais entidades empresariais aos direitos fundamentais ⁴⁸⁶:
 - a) Consagrando a Constituição no artigo 18º, nº 1, a vinculação das entidades públicas e privadas à regra da aplicabilidade directa das normas sobre direitos, liberdades e garantias, não pode a liberdade de escolha da forma jurídica de organização das entidades integrantes do sector empresarial do Estado (ou de qualquer outra entidade pública) traduzir-se num processo de “fuga” à vinculação aos direitos fundamentais, permitindo a tais entidades sob formas jurídico-privadas fazer o que as respectivas entidades públicas titulares não podem fazer ou, pior ainda, lhes permita fazer o que nem sequer as entidades privadas podem fazer pela sua também vinculação constitucional à aplicabilidade directa dos direitos fundamentais;
 - b) Admitir solução contrária, traduzindo um verdadeiro convite a fenómenos de “fuga” para formas de organização típicas do Direito Privado ⁴⁸⁷, envolvendo, por isso mesmo, um exercício (administrativo ou legislativo) da liberdade de escolha da forma de organização do sector empresarial com manifesto desvio de poder, traduziria, por outro lado, que pelo simples manejo das formas de organização se permitisse a uma entidade pública furtar-se à eficácia imediata dos direitos fundamentais e, deste modo, acabaria por se reconhecer a admissibilidade de uma verdadeira reserva de actividade estadual fora da Constituição ⁴⁸⁸;
- 4) Em quarto lugar, a liberdade de escolha da forma de organização do sector empresarial nunca se pode transformar num processo mediante o qual a Administração ganhe de facto um poder de escolher o direito disciplinador da sua actuação (v. *infra*, nºs 11.2. e

⁴⁸⁶ No Direito alemão, bem ao contrário do que sucede com o artigo 18º, nº 1, da Constituição portuguesa de 1976, atendendo a que a Lei Fundamental de Bona não consagra expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, fala-se numa ideia de efeito indirecto dos direitos fundamentais sobre as relações de direito privado do Estado, cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., München, 1994, p. 33-34. Para uma recolha de diversas posições doutrinárias sobre o tema da vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, em especial na sua actuação sob a égide dos direitos fundamentais, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 223 seg.

⁴⁸⁷ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 240.

⁴⁸⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 583.

11.3.), gerando para os particulares, por isso mesmo, uma situação atentatória do princípio da certeza jurídica ⁴⁸⁹ ou do princípio da igualdade. Neste contexto, importa formular quatro observações complementares:

- a) Por um lado, a utilização das formas jurídicas de organização típicas de Direito Privado nunca pode ser um meio para se desenvolver uma actividade administrativa em fraude procedimental e material aos princípios constitucionais vinculativos de *toda* a actividade desenvolvida pela Administração Pública, seja ela regida pelo Direito Público ou pelo Direito Privado, provocando, deste modo, uma inadmissível “erosão dos pilares garantísticos do Direito Administrativo” ⁴⁹⁰ ou uma verdadeira “crise das garantias” dos particulares ⁴⁹¹;
- b) Como já tem sido sublinhado, a forma jurídica de organização não deveria desempenhar qualquer influência na protecção dos direitos dos particulares contra actuações da Administração passíveis de lesar a esfera jurídica dos particulares, sendo certo que uma tal protecção jurídica deve sempre adaptar-se às diversas formas de organização administrativa e não o inverso ⁴⁹², tanto mais a Constituição consagra um princípio geral de efectividade da tutela jurisdicional dos particulares para efeitos de defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos ⁴⁹³;
- c) Num outro sentido, a utilização de formas de organização típicas do Direito Privado não pode também traduzir-se num processo encoberto e fraudulento de “fuga” da entidade instituidora ao controlo pela jurisdição administrativa de actividades tipicamente integráveis no núcleo duro da função administrativa ⁴⁹⁴, violando, deste modo, a própria reserva constitucional de jurisdição a favor dos tribunais administrativos;
- d) Por último, uma tal liberdade de escolha das formas de organização não pode permitir ao decisor a utilização de formas jurídicas de Direito Público para prosseguir actividades tipicamente comerciais ou industriais visando, deste modo, criar ou possibilitar a criação de regimes de privilégio em relação às empresas privadas concorrentes no sector, uma vez que tal finalidade, seria duplamente inválida:

⁴⁸⁹ Sobre assunto, cfr. DIRK EHLERS, *Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen*, in *Verwaltungs Archiv*, 1983, p. 112.

⁴⁹⁰ Expressão utilizada por ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 216.

⁴⁹¹ Cfr. SILVIA DEL SAZ, *Desarrollo...*, p. 151.

⁴⁹² Cfr. G. PÜTTNER, *Die öffentliche...*, p. 83-84.

⁴⁹³ Cfr. CRP, artigos 20º, nº 1, e 268º, nº 5.

⁴⁹⁴ Cfr. SILVIA DEL SAZ, *Desarrollo...*, p. 140.

- (i) Desde logo, mostrar-se-ia violadora do princípio constitucional da não discriminação entre entidades empresariais actuantes no mesmo âmbito de actividade económica ;
 - (ii) Além disso, seria também atentatória do princípio comunitário da igualdade entre as empresas privadas e as empresas públicas (v. *supra*, nº 6.10.), equivalendo na prática, por isso mesmo, à inutilidade de um tal expediente com o intuito de “fuga” da actividade empresarial pública sob forma privada ao Direito Comunitário (v. *supra*, nº 6.13.)⁴⁹⁵, uma vez que este, exactamente para evitar que a liberdade do Estado na escolha das formas jurídicas de organização do seu sector empresarial acabasse por colocar nas mãos dos Estados-membros a aplicação ou não da ordem jurídica comunitária, abandonou os critérios da forma de organização e da natureza da personalidade jurídica para determinar a natureza pública da empresa, tendo antes construído um critério baseado no “controlo” ou influência dominante da entidade (v. *supra*, nº 6.11.)⁴⁹⁶;
- 5) Em quinto lugar, a possibilidade de opção do decisor público pela criação ou participação em formas jurídico-privadas de organização empresarial apenas será constitucionalmente admissível se a sua utilização preservar sempre a existência de mecanismos de intervenção e controlo do Estado⁴⁹⁷, podendo aqui formular-se o seguinte princípio geral: se não for possível a utilização pelo Estado de quaisquer meios de direcção ou de fiscalização tendentes a assegurar os fins públicos da actividade empresarial desenvolvida, não será admissível em termos constitucionais a liberdade de opção por formas jurídico-privadas de intervenção empresarial (v. *infra*, §12º). Uma tal limitação visa, em bom rigor, concretizar os quatro seguintes princípios constitucionais:
- a) O princípio da prossecução do interesse público, enquanto realidade jurídica vinculativa do exercício de toda a actividade desenvolvida pela Administração Pública, determina que tenham sempre de existir os mencionados mecanismos de intervenção do Estado tendentes a assegurar as finalidades de interesse

⁴⁹⁵ Especificamente sobre a irrelevância ao nível do Direito Comunitário da forma pública das empresas do Estado para efeitos de aplicação da ordem jurídica comunitária, isto sob pena da discricionariedade dos Estados-membros na determinação da forma de organização empresarial equivaler a deixar nas mãos do próprio Estado a decisão sobre a subordinação da sua actividade ao Direito Comunitário, cfr., por todos, ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 174 seg., em especial, p. 179.

⁴⁹⁶ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 195.

⁴⁹⁷ Sobre o assunto, sublinhando o contributo da doutrina alemã, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 101 seg.

- público subjacentes ao exercício da actividade empresarial por tais entidades sob forma jurídico-privada (v. *supra*, nº 9.8.);
- b) O princípio democrático justifica também a existência de tais mecanismos de controlo, enquanto expressão de uma subordinação efectiva e permanentemente concretizada do poder económico público ao poder político democrático;
 - c) O princípio da garantia de respeito pelas vinculações decorrentes dos direitos fundamentais e, em geral, a tutela das posições jurídico-subjectivas dos particulares fundamenta ainda a consagração de tais instrumentos de intervenção e controlo do Estado sobre a actividade desenvolvida pelas empresas organizadas sob forma jurídico-privada;
 - d) O princípio da unidade da Administração ⁴⁹⁸, uma vez que sendo as entidades privadas do sector público empresarial integrantes da Administração indirecta privada do Estado (v. *supra*, nº 10.5.), determina sempre a existência de mecanismos normais ou *sui generis* de controlo intra-administrativo da actividade ou da gestão da estrutura empresarial pública;
- 6) Em sexto lugar, o princípio democrático permite ao legislador criar condicionamentos gerais ao exercício pela Administração de uma tal liberdade de configuração das formas de organização do sector empresarial do Estado, consagrando numa lei-quadro sobre a matéria limitações que podem passar, por exemplo, pela exigência de que a escolha da forma jurídico-privada de organização só possa ser utilizada se não for possível atingir-se em termos de eficiência o concreto fim público em causa de modo igual ou ainda melhor através de uma forma jurídico-pública de actuação ⁴⁹⁹.

Esta última limitação à liberdade de escolha da forma de organização empresarial do Estado aponta, em bom rigor, para a relevância do princípio da legalidade, enquanto decorrência directa do princípio democrático - isto é, a afirmação do conceito de "legalidade democrática" a que se refere a Constituição ⁵⁰⁰ -, como fonte geradora de outros limites à margem de discricionariedade de uma tal escolha das formas dentro dos limites constitucionais. Importa, por consequência, determinar os termos em que o princípio da legalidade se articula com a decisão sobre a forma de organização do sector empresarial do Estado.

⁴⁹⁸ Sobre o princípio da unidade da Administração, sua configuração e tratamento doutrinário, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 742 seg.

⁴⁹⁹ Para uma formulação algo diferente, apesar de estruturalmente idêntica, no artigo 65º da *Bundeshaushaltsordnung*, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 86 e 91.

⁵⁰¹ Sobre o conceito de "legalidade democrática", cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 559, e Autores ai citados.

D) Princípio da legalidade e forma de organização

1) Reserva de lei e forma de organização

10.9. Como se acabou de referir, a existência de limitações constitucionais ao princípio geral da liberdade de escolha das formas de organização das entidades integrantes do sector empresarial do Estado não exclui, antes pressupõe, a possibilidade de outros limites serem criados por via de lei ordinária⁵⁰¹.

O princípio da legalidade constitui, por conseguinte, uma outra fonte privilegiada pela qual o legislador está habilitado pela Constituição a limitar a liberdade de escolha das formas de organização empresarial constitucionalmente consagrada a favor do Estado. Não haverá aqui, por isso mesmo, qualquer limitação inconstitucional da margem de discricionariedade atribuída pela Lei Fundamental em termos de conformação da forma de organização mais consentânea com o princípio/incumbência da eficácia do sector público empresarial : o espaço de liberdade conferido pela Constituição compreende em si a susceptibilidade de uma limitação do respectivo âmbito pelo princípio da legalidade. Ou, segundo outro entendimento, a eficiência do sector público fixada pelo artigo 81º, alínea c), da Constituição envolve a fixação de critérios que pressupõem uma prévia intervenção decisória do legislador, enquanto incumbência do Estado não exequível por si mesma ao nível da determinação da forma de organização do sector empresarial do Estado mais idónea ao objectivo da eficiência.

Adoptando ainda um outro ângulo de análise, pode afirmar-se que o princípio da legalidade surge como limitação interposta entre a própria Constituição e a decisão concreta do Estado em criar novas empresas (públicas ou privadas) ou de participar no capital social de entidades de direito privado já constituídas, envolvendo a devolução para o legislador da susceptibilidade de introduzir limitações, condições ou pressupostos à liberdade de escolha da forma jurídica de organização do sector empresarial do Estado, enquanto expressão da legitimidade democrática na definição do "indirizzo" político da eficiência do sector público.

Será, porém, que uma devolução para um grau infraconstitucional da fixação de tais limitações ao princípio geral da liberdade da escolha das formas de organização empresarial do Estado envolve, à luz da Constituição, uma reserva de lei? Será, por outras palavras, que só o legislador se mostra passível de introduzir as mencionadas limitações?

10.10. A questão colocada em torno da eventual existência de uma reserva de lei relaciona-se com a temática da operatividade do artigo 202º, alínea g), da Constituição como possível fonte

⁵⁰¹ Em sentido contrário, afirmando que a Assembleia da República não pode limitar as formas jurídicas de actuação económica do Estado, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 539.

habilitante para o Governo emanar regulamentos independentes susceptíveis de fixarem as referidas limitações à liberdade da forma de organização do sector empresarial do Estado.

Uma tal competência regulamentar do Governo directamente fundada na Constituição pressupõe, no entanto, que a matéria em causa não se encontre compreendida na reserva de lei e até ao momento não tenha sido objecto de qualquer prévia normação por via legislativa, falando-se, por isso mesmo, em “sectores esquecidos ou postos de lado” pelo legislador^{502 503}.

Em consequência, se as mencionadas limitações à forma de organização empresarial do Estado se enquadrarem no contexto da reserva de lei, isto significa a imediata exclusão de o Governo, agindo directamente com fundamento no artigo 202º, alínea g), sem a mediação de qualquer acto legislativo, as poder fixar por via de decreto regulamentar.

Será que isto assim sucede?

Vejamos o tratamento orgânico-constitucional da questão:

1) Observando a Constituição, verifica-se que a matéria respeitante às “bases gerais do estatuto das empresas públicas” integra a competência legislativa reservada em termos relativos à Assembleia da República⁵⁰⁴. Há aqui, por isso mesmo, uma área material integrada no âmbito da reserva de lei. Importa, porém, precisar o seguinte:

- a) Em primeiro lugar, a disposição em causa só compreende as empresas públicas em sentido técnico⁵⁰⁵, isto é, aquelas que são dotadas de uma personalidade jurídica de direito público. Só a estas a Constituição impõe que o regime da sua criação, extinção ou transformação tenha as respectivas bases gerais fixadas por lei ou decreto-lei autorizado;
- b) Em segundo lugar, limitando-se a Constituição a atribuir apenas à Assembleia da República a competência para fixar as respectivas bases, deve extrair-se, segundo decorre do artigo 201º, nº 1, alínea c), que compete ao Governo em termos reservados o respectivo desenvolvimento⁵⁰⁶, encontrando-se dele excluído, uma vez que integra o domínio da reserva de lei, o exercício pelo

⁵⁰² Expressão de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977, p. 37-38.

⁵⁰³ Sobre a admissibilidade em geral de regulamentos independentes do Governo ao abrigo do artigo 202º, alínea g), da Constituição, cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições...*, I, p. 421 seg.; IDEM, *A Função Administrativa...*, p. 36 seg.; IDEM, *Teoria dos Regulamentos*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1980, p. 11 seg.; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, em especial, p. 208 seg.; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 613 seg.; IDEM, *O Desenvolvimento de Leis de Bases pelo Governo (O sentido do artigo 201º, nº 1, alínea c), da Constituição)*, Lisboa, Lex, 1997, p. 60 seg.

⁵⁰⁴ Cfr. CRP, artigo 168º, nº 1, alínea x).

⁵⁰⁵ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3ª ed., p. 677.

⁵⁰⁶ Para uma fundamentação deste entendimento, cfr. PAULO OTERO, *O Desenvolvimento...*, p. 37 seg.

Governo de qualquer poder regulamentar fundado directamente no artigo 202º, alínea g), da Constituição ⁵⁰⁷;

- 2) Relativamente às empresas integrantes do sector empresarial do Estado que não assumem uma natureza formalmente pública, a Constituição não se refere ao respectivo estatuto jurídico, devendo entender-se, por isso mesmo, salvo se o respectivo tratamento jurídico colidir em certas zonas com matérias integradas no domínio da reserva de lei ⁵⁰⁸, que as mesmas se encontram fora da reserva de lei, devendo aqui fazerem-se duas observações:
- a) Por um lado, tais empresas de direito privado criadas pelo Estado são susceptíveis de terem o seu estatuto geral definido por decreto regulamentar directamente fundado no artigo 202º, alínea g), da Constituição, o qual, todavia, atendendo aos corolários da força de lei decorrentes dos princípios da preferência e prevalência da lei ⁵⁰⁹, se encontra duplamente limitado:
 - (i) Nunca pode contrariar o Código das Sociedades Comerciais ou quaisquer outros diplomas legais, sob pena de ilegalidade do referido decreto regulamentar;
 - (ii) Nunca pode visar introduzir alterações ao regime vigente das empresas privadas integrantes do sector empresarial do Estado cuja criação foi efectuada por decreto-lei;
 - b) Por outro lado, a circunstância de estar aqui aberta a hipótese de utilização do decreto regulamentar não pode fazer esquecer o primado do poder legislativo em pretender disciplinar a matéria, tanto podendo fazê-lo a Assembleia de República ao abrigo da sua competência genérica - isto mediante a aprovação das bases gerais - quanto o Governo no uso da competência legislativa concorrente;
- 3) Se a Constituição integra o estatuto das empresas públicas na reserva de lei, dela excluindo, todavia, as empresas sob forma privada integrantes do sector empresarial do Estado, tudo se resume a saber se a decisão de escolha da forma jurídica da empresa ou da modalidade de participação social integra ou não o domínio da reserva de lei. Neste termos equacionada a questão, três observações importa formular:
- a) Decidir se se adopta uma forma pública ou privada de organização de uma empresa que se visa criar *ex novo* ou se se procede à aquisição de participações

⁵⁰⁷ Desenvolvendo esta afirmação, cfr. PAULO OTERO, *O Desenvolvimento...*, p. 57 seg.

⁵⁰⁸ Traçando um recorte constitucional das matérias compreendidas no âmbito da reserva de lei, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 569 seg.

⁵⁰⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Policop., Lisboa, 1990, p. 267 seg.; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 600-601.

- sociais em sociedades já existentes de capitais públicos ou de capitais mistos traduz sempre o exercício de uma competência de direito público;
- b) Uma vez que a competência tem sempre de resultar da lei, o exercício de uma tal faculdade de escolha da forma de organização do sector empresarial do Estado parece integrar, por conseguinte, o domínio da reserva de lei, encontrando-se dela afastado o exercício de uma competência que tenha num acto regulamentar o seu fundamento;
 - c) Além disso, integrando o domínio da reserva de lei as bases gerais do estatuto das empresas públicas, significa isto que, pelo menos a definição dos critérios de escolha da forma pública de organização do sector empresarial devem resultar de acto legislativo e, em consequência, pode bem deles extrair-se *a contrario* o espaço de liberdade do decisor na utilização das formas jurídico-privadas de organização do sector empresarial do Estado;
- 4) No entanto, se tem de resultar da lei a atribuição da competência para a escolha da forma jurídico-privada ou jurídico-pública de organização da intervenção empresarial do Estado, importa sublinhar que o artigo 202º, alínea g), da Constituição não pode deixar de se considerar uma norma habilitante da competência do Governo ⁵¹⁰, dotada de uma natureza *self executing*, isto é, sem necessidade de interposição do legislador em matérias excluídas da reserva de lei ⁵¹¹. Do exposto, várias ilações se podem extrair:
- a) Em primeiro lugar, fora do espaço de reserva de lei em matéria de empresas públicas, e respeitadas que sejam as opções expressas ou implícitas dele resultantes ao abrigo da lei de bases e do decreto-lei de desenvolvimento, o artigo 202º, alínea g), habilita o Governo a fixar por via regulamentar critérios, pressupostos ou condições de escolha da forma privada de organização do sector empresarial do Estado, incluindo o exercício da sua função accionista em empresas de capitais públicos ou mistos;
 - b) Em segundo lugar, precisamente no espaço de liberdade que resulta da reserva de lei apenas se circunscrever ao estatuto das empresas públicas em sentido técnico, o Governo ao autovincular-se por decreto regulamentar, se é certo que não pode modificar as situações disciplinadas por via legislativa, nem ter a pretensão que uma tal disciplina regulamentar não seja derogada por acto legislativo posterior, impede, porém, que a Assembleia da República utilize o

⁵¹⁰ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 821 seg.

⁵¹¹ Desenvolvendo esta mesma ideia, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 848 seg.

instituto da recusa de ratificação para controlar politicamente os critérios de opção e as soluções constantes do decreto regulamentar ⁵¹²;

- c) No entanto, o exercício de uma tal competência do Governo por via regulamentar não impede que a Assembleia da República ao abrigo da sua competência legislativa genérica possa sempre sobre a matéria emanar uma lei de bases, não inviabilizando esta, por seu lado, que o Governo sobre a mesma possa elaborar um decreto-lei de bases ou um decreto-lei que contenha uma densificação total da disciplina jurídica de uma tal matéria situada na área concorrencial.

Por tudo isto, conclua-se, a Constituição, sem prejuízo de fora do domínio da reserva de lei respeitante ao estatuto das empresas públicas confiar ao Governo a possibilidade de fixar por via regulamentar sem *interpositio legislatoris* os critérios ou pressupostos de exercício da liberdade de escolha da forma jurídica privada de intervenção empresarial do Estado - aqui se incluindo o exercício da sua função accionista - , mostra uma inequívoca preferência, enquanto reflexo do primado do poder legislativo sobre o poder administrativo, pela determinação por via legislativa dos critérios gerais de exercício da liberdade de escolha da forma pública ou privada de organização de uma empresa que o Estado vise criar *ex novo* ou da sua simples aquisição de participações sociais em sociedades já existentes de capitais públicos ou de capitais mistos.

Limitaremos, por conseguinte, a análise subsequente à intervenção do legislador, enquanto decisor preferencial da matéria ao abrigo da Constituição.

2) Reserva de Administração e forma de organização

10.11. Respeitadas que sejam as vinculações constitucionais, pode afirmar-se que o legislador goza de uma ampla margem de conformação da forma organizativa da intervenção empresarial do Estado, devendo devolver para a Administração, no entanto, a própria ponderação em concreto da decisão final sobre cada situação.

É que, urge sublinhar, se ao legislativo compete a determinação normativa do quadro geral da intervenção económica do Estado, a verdade é que deve integrar o espaço de reserva da Administração a decisão em concreto sobre a forma jurídica a adoptar ou a liberdade de decisão sobre as possíveis modalidades de intervenção económica a seguir num determinado cenário cujos pressupostos se encontrem determinados pela lei.

⁵¹² Sobre este aspecto em particular da “fuga” dos decretos regulamentares ao controlo político da Assembleia da República através do artigo 172º da Constituição, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 215 seg.; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 617 seg.

Deste modo, deve considerar-se inconstitucional à luz do princípio da separação de poderes e da reserva de competência *administrativa* do Governo consagrada no artigo 202º, alínea g), da Constituição, enquanto órgão superior da Administração Pública ⁵¹³, qualquer solução legal que imponha a forma de lei ou atribua à Assembleia da República o exercício da competência referente à criação em concreto de entidades integrantes do sector empresarial do Estado e à inerente escolha da forma jurídica de organização. Estamos aqui, sublinhe-se, perante o exercício de uma actividade organizativa integrante do núcleo essencial da função administrativa, daí que, além da exclusão óbvia de uma intervenção decisória concreta da Assembleia da República sobre tais matérias, se possam extrair duas consequências:

- a) Em primeiro lugar, dentro do quadro legal fixado, o exercício em concreto das formas de organização do sector empresarial do Estado deve ser feito pelo Governo sob a forma de acto da Administração (v.g., decreto simples), sendo este sempre susceptível de recurso contencioso;
- b) Em segundo lugar, ainda que o Governo utilize a forma de decreto-lei no exercício de uma tal competência materialmente administrativa, sem prejuízo de se manter a possibilidade de contra ele ser usado recurso contencioso ⁵¹⁴, o respectivo conteúdo individual e a natureza administrativa do mesmo excluem qualquer possibilidade de sujeição a recusa de ratificação parlamentar ⁵¹⁵.

O princípio da legalidade funciona, em conclusão, como fonte habilitadora e disciplinadora da decisão administrativa de criar *ex novo* uma sociedade ou uma empresa pública, de adquirir participações sociais em sociedades já existentes de capitais públicos ou de capitais mistos, conferindo uma tal decisão em concreto à competência administrativa do Governo, enquanto expressão de uma reserva constitucional a favor deste órgão.

Urge adiantar, todavia, que a reserva de competência a favor do Governo, além de excluir que em termos administrativos a Assembleia da República pudesse atribuir a si própria a decisão concreta sobre a forma de intervenção empresarial do Estado, impede, por outro lado, que a nível legislativo - segundo decorre do artigo 201º, nº 2, da Constituição - a Assembleia da República determine dentro do Governo a forma de distribuição da respectiva competência: salva a repartição de poderes feita directamente pela Constituição, saber se a competência administrativa do Governo é de exercício individual ou colegial constitui uma competência legislativa reservada

⁵¹³ Cfr. CRP, artigo 185º.

⁵¹⁴ Cfr. CRP, artigo 268º, nº 4.

⁵¹⁵ No sentido de excluir a admissibilidade de recusa de ratificação pela Assembleia da República de tais decretos-leis de materialmente são verdadeiros actos administrativos, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 628. Em sentido contrário, cfr. JORGE MIRANDA, *Ratificação (em Direito Constitucional)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 25.

ao próprio Governo, insusceptível, por isso mesmo, de qualquer intervenção decisória (dispositiva ou revogatória) do Parlamento.

10.12. Um problema específico importa tratar: a natureza da decisão de escolha de formas jurídico-privadas de intervenção empresarial do Estado.

Neste âmbito, cumpre começar por sublinhar o princípio geral: mesmo quando se trata de decidir sobre a criação de uma empresa e a adopção de uma forma jurídico-privada de organização ou a aquisição/alienação de participações sociais em mercado directamente por uma entidade pública, o procedimento decisório prévio de formação da vontade do ente público-sócio ou do ente público-accionista e a própria decisão em si se encontram totalmente sujeitos ao Direito Administrativo, sendo passíveis de um controlo jurisdicional através da técnica dos actos prejudiciais ou destacáveis ⁵¹⁶.

Há aqui, reconheça-se, um núcleo irredutível do Direito Administrativo, enquanto expressão da subordinação de uma tal formação da vontade do órgão da entidade pública ao princípio da legalidade da competência: a escolha da forma privada de organização empresarial ou a decisão de adquirir ou alienar participações sociais por parte de uma pessoa colectiva de direito público traduz ainda o exercício de uma competência sujeita ao princípio da legalidade e, por isso mesmo, expressa em actos de direito público, mais concretamente em actos administrativos.

Compreende-se, por isso mesmo, que exista em matéria de formação da vontade sobre a forma privada de organização do sector empresarial do Estado um processo de decisão em tudo semelhante ao que sucede com a contratação privada por parte da Administração Pública ⁵¹⁷; não obstante se utilizar o Direito Privado, a fase prévia de selecção do contraente e da respectiva formação da vontade da entidade pública encontram-se submetidas ao Direito Administrativo ⁵¹⁸. Tal como a natureza privada do contrato celebrado pela Administração não arrasta a privatização do respectivo procedimento de formação da vontade de contratar pelos órgãos administrativos, processando-se aquela sempre no plano do Direito Administrativo ⁵¹⁹, igualmente a decisão de

⁵¹⁶ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 213-214 e 468 seg.

⁵¹⁷ Sobre a autonomia privada da Administração em matéria contratual e o princípio da legalidade, cfr., por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, em especial, p. 500 seg.

⁵¹⁸ Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 338-339.

⁵¹⁹ Neste sentido, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 548 e 583; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública...*, p. 343 seg.

Em sentido contrário, afirmando que os actos preparatórios que antecedem a formação de um contrato de direito privado pela Administração são actos de direito privado, "dada a sua instrumentalidade em relação ao tipo de contrato que preparam: *accessorium principale sequitur*", cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Lic. J. M. Sérvulo Correia*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1988, p. 175.

Falando a este propósito, por seu lado, em exemplos de "actuação administrativa híbrida", cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, p. 36.

órgãos de entidades públicas em criar uma sociedade de direito privado ou em movimentar, segundo o direito privado, participações sociais públicas não envolve uma privatização do correspondente procedimento decisório prévio ⁵²⁰.

Como bem sublinha SÉRVULO CORREIA, “quando um órgão da Administração exerce uma competência pela forma prescrita de produção unilateral de efeitos de direito, o princípio é o de que tal conduta se rege pelo Direito Administrativo, por ser neste ramo do Direito que se enquadram as normas sobre o poder dos órgãos da Administração e sobre a forma como estes devem agir para produzir efeitos de direito” ⁵²¹. Ora, o que está em causa na escolha das formas de organização de intervenção empresarial do Estado é, repita-se, precisamente o exercício de uma competência.

Por isso mesmo, a utilização de um tal prévio procedimento jurídico-público tendente a integrar uma permissão administrativa, enquanto verdadeiro acto destacável ou prejudicial, no sentido de ser criada uma entidade empresarial sob forma jurídica privada ou de se proceder à aquisição/alienação de participações sociais directamente tituladas por entidades públicas em empresas sob forma privada, deve conter os seguinte elementos ⁵²²:

- (i) Manifestação expressa da vontade de permitir ao Estado-empresário a criação da uma sociedade privada ou de permitir ao Estado-accionista a compra ou a venda de acções em entidades privadas, incluindo uma fundamentação do interesse público justificativo da medida;
- (ii) No caso de se tratar da primeira hipótese, deve ser identificada a actividade que vai constituir o objecto social da empresa privada a constituir;
- (iii) Tratando-se da aquisição ou da alienação de participações sociais, por seu lado, devem determinar-se os montantes envolvidos.

A invalidade do acto destacável que habilita a criação da empresa sob forma jurídica privada ou que permite a aquisição/alienação de participações sociais acarretará sempre a invalidade subsequente dos respectivos actos de direito privado. Neste sentido, independentemente da possibilidade de recurso contencioso directo contra o acto administrativo destacável ⁵²³, a verdade é que o conhecimento da validade de tais actos de direito privado pelos

⁵²⁰ No sentido de que a criação de uma sociedade comercial pelo Estado envolve uma prévia decisão integrável num acto de carácter público, de natureza administrativa, resultado de um procedimento também ele administrativo, cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso...*, I, p. 47 e 52.

⁵²¹ In *Legalidade...*, p. 549.

⁵²² Sobre o assunto, cfr., por todos, ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 470-471.

⁵²³ Defendendo que a natureza privada dos actos preparatórios de contratos de direito privado da Administração não impossibilita o controlo da sua validade pelos tribunais comuns, sempre que, violando os princípios da legalidade, imparcialidade e boa fé, forem, por isso mesmo, contrários à ordem pública, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Apreciação...*, p. 176.

tribunais comuns dependerá da resolução pelo juiz administrativo da questão prévia sobre a legalidade do acto destacável ⁵²⁴.

O exposto não pode fazer esquecer, todavia, que a urgência ou a utilidade eficaz da medida referente à aquisição ou alienação de participações sociais num sistema concorrencial de mercado pode ser seriamente prejudicada por um prévio procedimento e demorado administrativo. Porém, a urgência da situação poderá determinar igualmente uma solução extraordinária de dispensa de um acto administrativo de expressa permissão prévia, sem prejuízo da necessidade de uma posterior ratificação jurídico-pública da medida e de uma fundamentação da respectiva excepcionalidade justificativa da dispensa do procedimento prévio normal.

Mais: o modelo descrito mostra-se inaplicável directamente à criação de sociedades filiais por sociedades matrizes possuídas pelo Estado ou à aquisição e alienação de participações sociais tituladas por entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado. Aqui, em bom rigor, apenas outro tipo de mecanismos ao nível das relações directas entre a empresa titular das participações ou interessada na criação de filiais e o Estado-sócio podem mostrar-se susceptíveis de regular o procedimento decisório prévio ⁵²⁵. Tratar-se-ão, todavia, quase sempre, de procedimentos autorizativos ou de aprovação internos, regidos pelos estatutos das empresas ou por acordos celebrados entre estas e o Estado-sócio, disciplinados pelo direito privado, apesar de teleologicamente vinculados à defesa do interesse público (v. *supra*, nº 9.8.).

⁵²⁴ Neste sentido, ainda que especificamente apenas quanto aos contratos de direito privado da Administração, cfr. CHARLES DEBBASCH, *Institutions et Droit Administratifs*, II, Paris, 1978, p. 30; SÉRVULO CORREIA, *Os Contratos Económicos...*, em especial, p. 109 seg.; IDEM, *Legalidade...*, p. 561. Sobre alguns aspectos referentes aos actos destacáveis em sede de formação de contratos de direito privado pela Administração, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Algumas Questões de Contencioso dos Contratos da Administração Pública*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 36 seg.

⁵²⁵ Para uma análise desta temática ao nível do direito espanhol, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 294 seg.

§11º - Formas jurídicas de actuação de direito privado e de direito público

A) Fuga para o direito privado da actuação do sector empresarial?

1) Colocação do problema

11.1. Analisada a temática da escolha das formas jurídicas de organização do sector empresarial do Estado, tendo-se discutido a eventual existência de uma preferência constitucional por formas empresariais dotadas de personalidade jurídica de direito público (= empresas públicas) ou por formas organizacionais de direito privado (= sociedades comerciais), há agora que ter em consideração o problema das formas jurídicas de actuação, isto é, procurar saber se existe uma liberdade de escolha ou de opção entre a aplicação do direito privado ou do direito público na regulamentação da actividade empresarial desenvolvida.

Na realidade, se é certo que desde a origem do Direito Administrativo a Administração Pública sempre desenvolveu certas actividades subordinada a formas jurídico-privadas de actuação, a verdade é que nos últimos tempos, enquanto decorrência do crescimento e da progressiva complexidade da intervenção social e económica do Estado, se assistiu a uma generalização do uso do Direito Privado na actuação administrativa, inclusive no âmbito de actividades tipicamente públicas ⁵²⁶. O fenómeno, porém, não é isento de contestações ou reacções contrárias por parte da doutrina ⁵²⁷.

Neste preciso sentido, a determinação se hoje, à luz da ordem jurídica portuguesa, existe uma margem de livre determinação entre aplicar o Direito Privado ou o Direito Público na actividade desenvolvida pela Administração, em especial no âmbito da actividade empresarial, trata-se, em bom rigor, de uma indagação duplamente direccionada:

- a) Por um lado, deve averiguar-se da eventual liberdade do legislador em relação à Constituição, isto é, saber se o texto constitucional não comporta imposições ou limitações à escolha do Direito Privado por entidades públicas - podendo falar-se a este propósito em "reserva constitucional de Direito Administrativo" - ou à escolha do Direito Administrativo por parte de entidades privadas - falando-se aqui em "reserva constitucional de Direito Privado";

⁵²⁶ Neste sentido, cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO / A. JIMÉNEZ-BLANCO / L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, I, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 384.

⁵²⁷ Para uma análise de algumas posições doutrinárias sobre esta temática, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 191 seg.; M^o. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p.112 seg.

- b) Por outro lado, caso exista uma liberdade constitucional do legislador na escolha das formas de actuação das entidades integrantes do sector empresarial do Estado, sempre importa determinar se, perante do silêncio da lei, a Administração goza, por sua vez, de uma liberdade de escolha da forma jurídica de actuação, podendo arbitrariamente optar por pautar a sua conduta pelo direito privado ou pelo direito público.

Começemos por analisar o problema da forma jurídica de actuação do sector empresarial do Estado atendendo às formas jurídicas de organização das diferentes entidades.

2) Formas jurídicas privadas de organização

11.2. Nos termos do enquadramento traçado, é possível, desde já, afastar uma hipótese colocada: se for adoptada uma forma jurídica de organização típica do Direito Privado, salvo existindo o exercício a título precário de poderes de autoridade, tais entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado não podem utilizar formas de actuação de Direito Público ou, mais concretamente, de Direito Administrativo. O que significa, por outras palavras, que as referidas sociedades criadas, controladas ou participadas pelo Estado têm sempre que reger a sua actuação pelo Direito Privado, nunca podendo aplicar o Direito Administrativo como forma jurídica de actuação.

Com efeito, independentemente da discussão em torno da função do Direito Administrativo, enquanto instrumento de atribuição de poderes de autoridade à Administração (= concepção autoritária) e/ou meio de reconhecimento de posições jurídicas dos particulares em relação ao Poder Administrativo (= concepção garantística)⁵²⁸, a verdade é que o Direito Administrativo - em maior ou menor grau, em termos isolados ou conjuntamente com uma função garantística - envolve sempre uma função autoritária: sem a atribuição de prerrogativas especiais de autoridade visando a prossecução do interesse público, isto é, sem a atribuição de poderes exorbitantes em termos comparativos com os poderes normais resultantes do Direito Civil, procurando, deste modo, fazer prevalecer o interesse geral, o Direito Administrativo nega-se si próprio, suicidando a sua autonomia e a sua própria razão de existência.

Por outras palavras, em síntese: não há Direito Administrativo sem a atribuição a um sujeito de poderes unilaterais de autoridade sobre vários sujeitos e cujo exercício está sempre teleologicamente vinculado à prossecução do interesse público.

Pode extrair-se daqui, por conseguinte, que a escolha de uma forma de actuação regida pelo Direito Administrativo equivale a uma atribuição do exercício de poderes de autoridade ou

⁵²⁸ Sobre o assunto, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 143 seg.

poderes exorbitantes em relação às faculdades jurídicas que normalmente o sujeito em causa possuiria sobre os restantes sujeitos à luz do Direito Privado.

Por isso mesmo, conclua-se, as entidades privadas não podem escolher aplicar na sua forma de actuação o Direito Administrativo. Se isso fosse permitido, violar-se-ia o princípio da igualdade, assistindo-se à sua transfiguração num princípio segundo o qual todas as entidades privadas seriam iguais, mas algumas seriam mais iguais do que outras, precisamente aquelas que, escolhendo o Direito Administrativo, exercessem poderes de autoridade sobre as restantes. Num outro sentido, permitindo uma tal escolha de actuação empresarial pautada pelo Direito Administrativo, além de se introduzir uma discriminação infundada entre os diversos agentes económicos, contribuir-se-ia, em consequência, para a violação ou debilitação da livre concorrência entre as empresas integrantes do sector público e as do sector privado dos meios de produção. Mais: possibilitar a escolha do Direito Administrativo por entidades privadas significaria permitir verdadeiros fenómenos de auto-atribuição de poderes de autoridade, mutilando-se, em consequência, o princípio da legalidade da competência e a reserva constitucional do exercício normal de poderes de autoridade para as entidades públicas (v. *supra*, nº 10.8.).

Não existe, por conseguinte, qualquer espaço de autonomia da vontade privada no sentido de habilitar a possibilidade de escolha da aplicação do direito público nas formas de actuação empresarial das entidades privadas: se é certo que o princípio da autonomia da vontade resulta da própria dignidade humana ⁵²⁹, a verdade é que os valores inerentes a essa mesma dignidade impõem que, segundo uma ideia de igualdade e liberdade, não possa uma entidade privada, agindo enquanto tal, exercer prerrogativas de autoridade ou poderes exorbitantes sobre os outros sujeitos de direito, servindo-se para o efeito da aplicação do Direito Administrativo.

O problema ganha, aliás, particular significado quando está em causa o exercício de actividades de natureza empresarial, segundo um modelo constitucional de uma economia de mercado concorrencial entre empresas do sector público e do sector privado, tendo o Estado como incumbência prioritária “assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas” ⁵³⁰.

Há aqui, conclua-se, uma verdadeira reserva constitucional de Direito Privado a favor da actuação empresarial das entidades privadas: o Direito Privado constitui o Direito-regra regulador da respectiva actividade, estando-lhes vedada qualquer liberdade de escolha do Direito Administrativo como forma jurídica de actuação. Trata-se, desde logo, como se acabou de assinalar, de uma imposição que decorre de princípios e valores directamente tutelados pela Constituição: a igualdade, a livre concorrência e o princípio da legalidade da competência, aqui

⁵²⁹ Neste sentido, cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, p. 364.

⁵³⁰ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea f).

se incluindo a reserva constitucional do exercício normal de poderes de autoridade para as entidades públicas.

Mais: o princípio comunitário de uma economia de mercado aberta e em livre concorrência ⁵³¹ determina a paridade de condições e de regime operativo entre os diferentes agentes económicos ⁵³², daí decorrendo também a imperatividade de um direito comum regulador da actividade das empresas do sector público e do sector privado (v. *infra*, nº 11.10.).

Neste sentido, urge sublinhar, não há no exercício da actividade das entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado uma verdadeira “fuga” para o Direito Privado (v. *supra*, nº 10.7.): sendo o Direito Privado, em especial o Direito Comercial, o direito típico ou comum regulador da actuação empresarial, não se pode dizer que sempre que o Estado adopta uma forma privada da sua intervenção empresarial estará a “fugir” do Direito Administrativo para o Direito Privado. Se aqui existir “fuga”, ela será sempre uma “fuga” normal ou natural, imposta até pelos princípios e valores constitucionais que determinam que uma entidade privada não possa normalmente utilizar o Direito Administrativo como disciplina jurídica reguladora da sua actividade e pelo Direito Comunitário que impõe uma paridade de regime jurídico entre os sujeitos económicos públicos e privados.

Por tudo isto, o problema da “fuga” para o Direito Privado apenas se coloca, em bom rigor, perante a actuação de entidades dotadas de uma personalidade jurídica de Direito Público. É certo, todavia, importa reconhecer, que o Estado ao escolher uma forma de organização empresarial de Direito Privado condiciona imediatamente o direito regulador da actividade a desenvolver, afastando a aplicabilidade do Direito Administrativo e determinando a aplicação do Direito Privado. Todavia, se uma tal “fuga” da actuação empresarial para o Direito Privado for o motivo principalmente determinante da prévia escolha da forma jurídico-privada de organização da intervenção empresarial do Estado, visando-se “fugir” às vinculações garantísticas dos administrados, sem que a respectiva escolha da forma de sociedade comercial tenha qualquer interesse público justificativo, poderá bem configurar-se aqui uma situação de desvio de poder ou de fraude à lei no exercício pela Administração do poder discricionário de escolha da forma de organização do sector empresarial do Estado (v. *supra*, nº 10.8.), senão mesmo uma violação do princípio constitucional da prossecução do interesse público.

11.3. De tudo quanto se disse sobre o direito regulador da actuação das entidades dotadas de uma personalidade jurídica de Direito Privado que integram o sector empresarial do Estado várias ilações se podem extrair:

⁵³¹ Cfr. Tratado da Comunidade Europeia, artigo 3º-A.

⁵³² Neste sentido, cfr. L. MAZZAROLLI / G. PERICU / A. ROMANO / F.A. ROVERSI MONACO / F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, I, p. 859; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 280 seg.; ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 94; JOSÉ BERNEJO VERA (org.), *Derecho Administrativo...*, p. 761.

1) Em primeiro lugar, sempre que se opta por uma forma jurídico-privada de organização da intervenção empresarial do Estado fica-se a saber, imediatamente, que a criação de uma empresa dotada de personalidade de direito privado integrante do sector empresarial do Estado determina a exclusão de qualquer liberdade de escolha da forma jurídica de actuação:

a) As sociedades de capitais públicos e de capitais mistos apenas podem aplicar na sua actuação o Direito Privado, encontrando-se delas excluída a possibilidade de escolherem o Direito Administrativo como direito regulador da sua forma de actuação. Importa, porém, precisar o seguinte:

(i) Tais entidades integrantes do sector empresarial do Estado, atendendo à sua vinculação ao princípio da prossecução do interesse público (v. *supra*, nº 9.8.) e ao facto de integrarem a Administração indirecta privada do Estado (v. *supra*, nº 10.5.), devem aplicar o Direito Privado através de um processo de especial vinculação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais resultantes da Constituição para o exercício da actividade administrativa, muito em particular pelo respeito aos princípios da igualdade e da imparcialidade;

(ii) A escolha de uma forma jurídico-privada de organização do sector empresarial do Estado nunca é, deste modo, um meio de “fuga” total às vinculações constitucionais da Administração ou um processo de diminuição dos direitos e garantias dos particulares (v. *supra*, nº 10.8.), limitando-se, em consequência, quaisquer tentativas de fraude ou desvio de poder na escolha da forma de organização para determinar uma forma jurídica de actuação regida pelo Direito Privado (v. *supra*, nº 11.2.);

(iii) Em boa verdade, importa salientar, a aplicação do Direito Privado pelas entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado, além de ser diferente da aplicação do Direito Privado pelas entidades públicas também dele integrantes (v. *infra*, nº 11.4.), é distinta da simples aplicabilidade normal do Direito Privado pelas entidades privadas que não integram o sector empresarial do Estado: estas últimas, ao invés das primeiras, além de uma mais debilitada vinculação aos direitos fundamentais, de nenhuma maneira se encontram adstritas a

- respeitar os princípios constitucionais sobre a actividade administrativa⁵³³;
- b) Encontrado-se excluída a aplicação do Direito Administrativo à actuação das sociedades de capitais públicos e das sociedades de capitais mistos, pode falar-se, por outro lado, na existência de um princípio de respeito pela forma jurídica escolhida⁵³⁴;
- (i) Em princípio, optando o Estado por uma forma de intervenção económica através da criação ou da participação no capital de sociedades comerciais, isto é, afinal, mediante a utilização de organizações empresariais de direito privado, o Estado também só poderá influir na gestão de tais entidades através dos instrumentos normais decorrentes da sua posição como sócio accionista;
- (ii) Todavia, deve reconhecer-se que, a título excepcional, razões imperiosas de interesse público podem justificar uma intervenção ou um controlo pelo Estado de tais entidades privadas utilizando meios exorbitantes de Direito Administrativo (v. *infra*, nº 12.6.)⁵³⁵. Porém, uma vez mais, note-se, o interesse público constituirá sempre, também aqui, o critério, o fundamento e o limite de uma tal actuação jurídico-pública do Estado;
- c) A subordinação da actuação das entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado ao Direito Privado, envolvendo, por definição, uma inequívoca afirmação do princípio da igualdade com os restantes agentes económicos integrados no sector privado dos meios de produção, e, simultaneamente, o princípio do respeito pela forma jurídica escolhida determinam a inconstitucionalidade de derrogações singulares ao Direito Privado cujo objectivo seja favorecer as sociedades comerciais objecto de participação social do Estado:
- (i) A proibição de derrogações singulares infundadas ao regime geral das sociedades resultante do Código das Sociedades Comerciais e demais legislação aplicável, incluindo o Código Civil, não pode fazer esquecer, todavia, a possibilidade de razões excepcionais de interesse público serem susceptíveis de fundar certo tipo de derrogações, salvaguardando

⁵³³ Aqui se encontra um aspecto concreto da relevância, por exemplo, de as empresas mistas cuja maioria do capital social não é titulado por entidades públicas se encontrarem excluídas do sector empresarial do Estado.

⁵³⁴ Cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 100-101.

⁵³⁵ Em igual sentido, cfr. SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 103; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 140 seg.

sempre a proibição de discriminações e o respeito pelo princípio da reserva de lei;

(ii) Exemplo particularmente ilustrativo de tais derrogações ao regime geral das sociedades comerciais pode encontrar-se na obrigação que o Estado tem, em consequência da prossecução do interesse público (v. *supra*, nº 9.8.), de possuir meios extraordinários que lhe permitam controlar a actividade ou, pelo menos, as principais decisões das entidades empresarias em que participe em termos minoritários (v. *infra*, nº 12.6.);

2) Em segundo lugar, cumpre sublinhar que a aplicação do Direito Administrativo a entidades privadas - integrantes ou não do sector empresarial do Estado - só pode ser feita quando, a título excepcional e precário (v. *supra*, nº 10.8.), estas exercerem poderes de autoridade. Sublinhe-se, todavia, o seguinte:

a) Em tais casos, não é a aplicação do Direito Administrativo que atribui poderes de autoridade às entidades privadas, antes é a atribuição destes por um título precário do poder público que justifica a aplicação do Direito Administrativo;

b) Por isso mesmo, a aplicação em tais situações do Direito Administrativo não corresponde ao exercício de uma liberdade de escolha da entidade privada que exerce poderes de autoridade, antes traduz sempre uma imposição legal decorrente da tutela garantística dos administrados contra os actos de autoridade;

3) Em terceiro lugar, se a escolha de uma forma de organização jurídica de direito privado do sector empresarial do Estado determina a adopção de uma forma de actuação regida pelo Direito Privado, importa salientar que apenas em casos cuja escolha tenha recaído em formas de organização jurídico-públicas se pode depois proceder a uma nova escolha sobre a forma de actuação⁵³⁶: actuação sob a égide do Direito Público ou do Direito Privado? É aqui, recorde-se, que se pode colocar directamente a verdadeira temática da “fuga” para o Direito Privado da actividade desenvolvida pelas entidades dotadas de uma personalidade jurídica de Direito Público (v. *supra*, nº 11.2.).

Ora, é precisamente no âmbito das formas de organização jurídico-públicas do sector empresarial do Estado que se coloca o problema do espaço de liberdade do legislador e da Administração na escolha da forma de actuação (v. *supra*, nº 11.1.). O facto não deixa, porém, de apresentar uma paradoxal curiosidade decorrente de tais formas de organização jurídico-pública

⁵³⁶ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 189.

assumirem hoje uma clara natureza excepcional ou marginal no contexto das entidades integrantes do sector empresarial do Estado.

A tais casos, apesar de situados fora da implícita preferência constitucional por formas jurídico-privadas de organização do sector empresarial do Estado (v. *supra*, nº 10.7.), limitaremos, no entanto, as considerações subsequentes.

3) Formas jurídicas públicas de organização

11.4. Independentemente da problemática em sede constitucional, olhando para o direito ordinário, verifica-se que as formas jurídicas públicas de organização do sector empresarial do Estado, identificadas com as clássicas ou típicas empresas públicas dotadas de uma personalidade jurídica de Direito Público, adoptam o direito privado como forma preferencial de actuação.

Na realidade, segundo o artigo 3º, nº 1, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, as empresas públicas estaduais regem-se pelas normas de direito privado, sem prejuízo da sua aplicação apenas se fazer no âmbito das matérias que não sejam objecto de disciplina pelo mencionado decreto-lei das bases gerais e pelos estatutos da respectiva empresa pública, aprovados por diploma governamental⁵³⁷.

É possível extrair desta ordenação aplicativa das diversas fontes reguladoras da actividade das empresas públicas, em consequência, uma primeira estruturação hierárquica das respectivas fontes, a qual se expressa da seguinte maneira:

- Em primeiro lugar, devem aplicar-se as bases gerais constantes do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76;
- Em segundo lugar, perante as omissões de tais bases gerais, intervêm os estatutos da respectiva empresa pública em concreto, aprovados pelo decreto simples que procedeu à constituição da própria empresa pública⁵³⁸;
- Em terceiro lugar, perante a ausência de disciplina jurídica fornecida pelas duas anteriores fontes, o Direito Privado é chamado a intervir, em especial o Direito Comercial e, perante as omissões deste último, o Direito Civil.

Algumas observações complementares cumpre, porém, formular ao regime legal do Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, sobre o direito regulador da actividade das empresas públicas:

⁵³⁷ Sobre o direito aplicável às empresas públicas, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 385 seg.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, I, 3ª reimp., AAFDL, Lisboa, 1990, p. 277 seg.; PAULO OTERO, *Institutos Públicos*, p. 270-271.

⁵³⁸ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 4º, nº 3.

- 1) Importa começar por sublinhar, desde logo, que se é certo que, segundo uma interpretação literal do artigo 3º, nº 1, das Bases Gerais das Empresas Públicas, as soluções constantes dos estatutos de cada empresa pública têm uma prevalência sobre as soluções resultantes do Direito Privado, uma vez que aquelas têm uma aplicação preferencial sobre as deste último, a verdade é que o regime jurídico constante dos estatutos de cada empresa pública, aprovados, repita-se, por decreto simples, se encontra duplamente limitado:
 - a) Em primeiro lugar, não pode, sob pena de ilegalidade, dispor contra o regime resultante das bases gerais das empresas públicas, aprovadas por decreto-lei;
 - b) Em segundo lugar, sendo os estatutos de cada empresa pública aprovados através de um acto integrado na função administrativa, eles também só podem derrogar as normas de Direito Privado que tenham natureza dispositiva ou supletiva, uma vez que, segundo o artigo 115º, nº 5, da Constituição, as normas legais imperativas nunca poderão ser derogadas por um acto que não tenha natureza legislativa;
- 2) Atendendo ao exposto, uma vez que o decreto simples que aprova os estatutos em concreto de uma empresa pública não pode derrogar as disposições legais imperativas de Direito Privado, isto porque estas estão protegidas pelo princípio da prevalência da lei e pelo artigo 115º, nº 5, da Constituição, resultam daqui dois principais efeitos:
 - a) Há aqui uma inevitável reformulação da ordenação aplicativa das fontes de direito reguladoras da actividade das empresas públicas, expressa agora do seguinte modo:
 - (i) Em primeiro lugar, continuam a aplicar-se em termos preferenciais as normas resultantes das bases gerais das empresas públicas, aprovadas pelo Decreto-Lei nº 260/76;
 - (ii) Em segundo lugar, devem aplicar-se as disposições de Direito Privado que assumem natureza imperativa, isto atendendo ao facto de juridicamente o decreto simples que aprova os estatutos de cada empresa pública não ter força de lei;
 - (iii) Em terceiro lugar, aplicam-se as normas dos estatutos de cada empresa pública, aprovadas pelo decreto governamental que em concreto as criou;
 - (iv) Por último, tem lugar a aplicação das normas dispositivas ou supletivas do Direito Privado que tenham sido afastadas (expressa ou implicitamente) pelo decreto que aprovou os estatutos da empresa pública em causa;

- b) Em segundo lugar, a circunstância de a prática revelar que são criadas empresas públicas e, conseqüentemente, aprovados os respectivos estatutos por decreto-lei, isto ao invés do estatuído pelo artigo 4º, nºs 2 e 3, do Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, mostra-se susceptível, em termos formais, no entanto, de comportar derrogações estatutárias às normas imperativas de Direito Privado, fazendo prevalecer, deste modo, o regime dos estatutos das empresas públicas sobre as soluções imperativas do Direito Privado. A validade jurídica desta prática não pode, porém, deixar de ser apreciada em cada caso à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da prossecução do interesse público;
- 3) Sem prejuízo da referida diferenciação hierárquico-aplicativa entre as disposições de Direito Privado de natureza imperativa e as que assumem natureza dispositiva, a aplicação do Direito Privado às empresas públicas no contexto das diversas fontes mencionadas pelo artigo 3º, nº 1, não se faz, todavia, de um modo uniforme a toda a actividade desenvolvida por tais entidades, antes pressupõe uma dicotomia de situações jurídicas expressa da seguinte maneira ⁵³⁹:
- a) No que respeita às situações jurídicas puramente internas às empresas - v.g., constituição, modificação e extinção das empresas públicas, orgânica interna, tutela, etc. -, uma vez que as Bases Gerais do Estatuto das Empresas Públicas e os próprios estatutos de cada empresa disciplinam a matéria, pode dizer-se que o Direito Privado tem aqui uma aplicação tendencialmente subsidiária;
- b) Pelo contrário, quanto às situações jurídicas externas, envolvendo as relações da empresa pública com terceiros, perante a quase ausência de normas sobre a matéria nas bases gerais das empresas públicas e nos estatutos de cada empresa, o Direito Privado tem aqui uma aplicação a título principal;
- 4) Urge sublinhar, por outro lado, que a aplicação do Direito Privado às empresas públicas é sempre feita tendo por base um título de Direito Público: o Direito Privado não é aplicado automaticamente às empresas públicas, antes decorre de o Direito Administrativo assim o determinar ⁵⁴⁰, precisamente através do artigo 3º, nº 1, das Bases Gerais do Estatuto das Empresas Públicas. Significa isto, por outras palavras, o seguinte:
- a) A aplicação do Direito Privado à actividade desenvolvida pelas empresas públicas radica sempre em razões de interesse público, as quais levaram o

⁵³⁹ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, I, p. 281.

⁵⁴⁰ Neste sentido, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 388; PAULO OTERO, *Institutos Públicos*, p. 271.

- legislador a determinar de forma geral ser esta a solução-regra aplicável a todas as empresas públicas;
- b) O princípio da gestão privada das empresas públicas ⁵⁴¹, decorrendo da aplicação do Direito Privado à actividade de tais entidades públicas integrantes do sector empresarial do Estado, expressa o entendimento de que para o legislador o Direito Privado comporta a disciplina mais adequada à eficiência da actividade empresarial desenvolvida;
 - c) Neste último sentido, a aplicação do Direito Privado a tais actividades públicas de natureza empresarial também não traduz uma verdadeira “fuga” ao Direito Administrativo, antes representa uma habilitação do próprio legislador fundada em razões de interesse público decorrentes de uma maior eficiência da actividade a desenvolver;
- 5) Reforçando a última ideia exposta sobre a ausência de uma verdadeira “fuga” ao Direito Público, sempre importa referir que o Direito Privado aplicável à actividade desenvolvida pelas empresas públicas se encontra “publicizado”, segundo os termos do artigo 2º, nº 5, do Código do Procedimento Administrativo: a aplicação do Direito Privado no âmbito da actividade de gestão privada das entidades públicas tem sempre de se harmonizar com os princípios gerais da actividade administrativa constantes do próprio Código do Procedimento Administrativo e com as normas que concretizam preceitos constitucionais, isto sempre sem prejuízo da vinculação pelas normas da Constituição relativas a direitos, liberdades e garantias dotadas de aplicabilidade directa. Podem, deste modo, extrair-se, duas principais conclusões:
- a) Em primeiro lugar, comparando a aplicação do Direito Privado pelas empresas públicas e pelas sociedades comerciais também integrantes do sector empresarial do Estado (v. *supra*, nº 11.3.), verifica-se que as primeiras têm uma actividade sujeita a uma maior “publicização”, uma vez que, além de estarem sujeitas às vinculações a que as segundas estão, se encontram também adstritas a respeitar os princípios gerais da actividade administrativa resultantes do Código do Procedimento Administrativo;
 - b) Em segundo lugar, há uma substancial diferença entre o Direito Privado aplicável pelas entidades (públicas e privadas) integrantes do sector empresarial do Estado e o Direito Privado aplicado pelas empresas integradas no sector privado dos meios de produção:

⁵⁴¹ Para a caracterização deste princípio, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 385 seg.

- (i) O Direito Privado aplicado pelas empresas públicas ou pelas empresas privadas integradas no sector empresarial do Estado está sujeito a diversas vinculações de Direito Público que impossibilitam qualquer “fuga” do Direito Administrativo para o Direito Privado com o intuito de violação ou fraude à tutela de valores ou de princípios constitucionais de natureza funcional ou garantística;
- (ii) Pode, deste modo, falar-se em três diferentes níveis de aplicação do Direito Privado no exercício da actividade económica de natureza empresarial:
- O Direito Privado puro - reservado às entidades empresariais integrantes do sector privado dos meios de produção;
 - O Direito Privado semipublicizado - regulador da actividade das entidades empresariais de personalidade jurídica de Direito Privado integrantes do sector empresarial do Estado;
 - O Direito Privado publicizado - aplicável pelas empresas públicas, enquanto entidades de personalidade jurídica de Direito Público que integram o sector empresarial do Estado;
- 6) Não obstante a regra geral ser a aplicação pelas empresas públicas do Direito Privado, sempre importa tomar em consideração que as Bases Gerais das Empresas Públicas reconhecem que as empresas públicas de interesse político (v. *supra*, nº 9.3.) podem, segundo os respectivos estatutos, submeter parte da sua actividade a um regime de Direito Público⁵⁴². Importa, todavia, sublinhar, o seguinte:
- a) Em primeiro lugar, uma tal subordinação ao Direito Público apenas compreende, segundo as palavras da lei, “determinados aspectos do seu funcionamento”, significando isto que, sob pena de ilegalidade, os estatutos destas empresas públicas nunca possam submeter todo o seu funcionamento do Direito Público, salvo se por acto legislativo isso assim for determinado⁵⁴³;
- b) Em segundo lugar, se, em princípio, só determinados aspectos do funcionamento destas empresas públicas de interesse político podem estar sujeitos ao Direito Público, deve daqui extrair-se que também estas empresas, salvo estipulação legal em contrário, desenvolvem parte da sua actividade segundo um princípio de gestão privada, aí aplicando, consequentemente, o Direito Privado;

⁵⁴² Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 3º, nº 2.

⁵⁴³ Neste sentido, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 389.

c) Em terceiro lugar, no espaço de actividade das empresas públicas de interesse político regido pelo Direito Público, a lei permite que lhes sejam atribuídos pelos respectivos estatutos “especiais privilégios ou prerrogativas de autoridade”⁵⁴⁴. No entanto, há que ter em conta o seguinte:

(i) Nos termos do artigo 115º, nº 5, da Constituição, sempre que os estatutos destas empresas sejam aprovados por decreto simples, elas nunca podem receber prerrogativas ou poderes de autoridade antes atribuídos a uma outra entidade por via de acto legislativo;

(ii) A atribuição de poderes de autoridade a este tipo de empresas públicas determina a sua sujeição a um regime jurídico de Direito Público⁵⁴⁵, sendo tais entidades insusceptíveis de exercer essas prerrogativas de autoridades mediante simples procedimentos jurídico-privados (v. *supra*, nº 10.8.)⁵⁴⁶;

7) A existência de empresas públicas sujeitas a uma gestão privada e outras a uma gestão pública - além de que estas últimas têm, por via de regra, parte da sua actividade também pautada pelo Direito Privado - determina uma dualidade de regimes jurídicos⁵⁴⁷, fortemente lesiva da certeza e da segurança jurídicas dos particulares e da própria actuação das entidades públicas, sendo este dualismo passível de ser observado ao nível das regras procedimentais de actuação, do grau de vinculação positiva pelo princípio da legalidade, do regime da responsabilidade civil e da própria jurisdição competente para conhecer dos respectivos actos.

Perante os interesses e os efeitos subjacentes a uma opção entre uma gestão privada ou uma gestão pública das entidades públicas integrantes do sector empresarial do Estado, o mesmo é dizer entre a submissão da respectiva actividade ao Direito Privado ou ao Direito Público, importa indagar se o regime legal constante do Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, corresponde ao exercício de uma liberdade do legislador ou, pelo contrário, se o regime do artigo 3º, nºs 1 e 2, traduz uma solução constitucionalmente vinculada.

Por outras palavras, pode bem perguntar-se o seguinte: será que resulta da Constituição algum critério determinativo das formas de actuação das entidades públicas, especialmente das entidades públicas que integram o sector empresarial do Estado? Haverá uma reserva constitucional de Direito Administrativo que, por consequência, impossibilite a utilização do

⁵⁴⁴ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 3º, nº 2.

⁵⁴⁵ Para uma síntese deste regime, cfr. PAULO OTERO, *Institutos Públicos*, p. 272.

⁵⁴⁶ Salientando, todavia, a frequência do fenómeno, sublinhando a inerente redução das garantias dos administrados, cfr. SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Civil...*, p. 179 seg., em especial, p. 187 seg.

⁵⁴⁷ Sobre o assunto, cfr. ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 274 seg.; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 120 seg.

Direito Privado como forma jurídica de actuação de tais entidades públicas ou, pelo menos, que exclua a sua utilização em certos sectores da actividade destas entidades?

Eis o que procurará averiguar de imediato.

B) Reserva constitucional de Direito Administrativo?

1) Principais concepções

11.5. A discussão em torno da existência ou não de uma reserva constitucional de Direito Administrativo representa a determinação do exacto espaço ou margem de liberdade do legislador na escolha da forma de actuação das entidades públicas.

Com efeito, tendo já conhecimento de que as entidades dotadas de uma personalidade jurídico-privada nunca podem escolher o Direito Público como forma de actuação, havendo aqui uma reserva constitucional de Direito Privado a favor destas entidades (v. *supra*, nº 11.2.), o problema da escolha entre uma forma jurídica de actuação de Direito Privado (= gestão privada) ou de Direito Público (= gestão pública) circunscreve-se às entidades que gozam de uma personalidade jurídica de Direito Público.

Sem embargo de nem todas as pessoas colectivas públicas exercerem uma actividade empresarial, a verdade é que o fenómeno da aplicação do Direito Privado na disciplina jurídica de actuação destas entidades não é um fenómeno exclusivo das empresas públicas, falando-se aqui, por isso mesmo, em “fuga” para o Direito Privado.

No Direito alemão, apesar da orientação dominante ser no sentido de existir uma liberdade de escolha entre as formas de Direito Privado e as formas de Direito Público na actuação das entidades públicas⁵⁴⁸, várias vezes se têm levantado contra este entendimento⁵⁴⁹, considerando que uma tal liberdade pode não assegurar a protecção do particular, determinando um grau de incerteza jurídica atentatório do principio do Estado de Direito, isto através do conferir à Administração de um verdadeiro poder de escolha do procedimento decisório aplicável, do regime da responsabilidade, do grau de vinculação à legalidade e da própria jurisdição competente para o controlo da actividade desenvolvida⁵⁵⁰. Por isso mesmo, além da introdução de limites a uma liberdade de escolha das formas jurídico-privadas de actuação, falando-se em proibição de uso indevido e de sujeição a vinculações de Direito Público, chega-se

⁵⁴⁸ Cfr. ROLF STOBER, *Derecho Administrativo...*, p. 215; HARTMUT MAURER, *Allgemeines...*, p. 32-33.

⁵⁴⁹ Cfr. DIRK EHLERS / INGO VON MÜNCH, *Verwaltung...*, p. 45-46.

⁵⁵⁰ Para uma síntese das principais posições dos diferentes autores, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...* p. 193 seg.

mesmo a exigir que a actuação administrativa segundo o Direito Privado tenha de ser objecto de expressa determinação por lei, sendo o respectivo silêncio interpretado como envolvendo para a Administração o dever de aplicar antes o Direito Administrativo ⁵⁵¹.

Ainda a este propósito, seguindo, todavia, uma via dogmática de “diálogo” entre a Constituição e o fenómeno da utilização do Direito Privado na actuação das entidades públicas da Administração ⁵⁵², a doutrina espanhola tem avançado várias explicações justificativas e limitativas do evento, as principais das quais se podem enquadrar da seguinte forma ⁵⁵³:

1) Segundo um primeiro grupo de autores, a existência pela Constituição de uma ligação necessária entre a actividade administrativa, o Direito Administrativo e a jurisdição administrativa determina que a sujeição da actividade administrativa ao Direito Privado representa uma fuga a todo o direito e, em especial, à jurisdição administrativa ⁵⁵⁴. Neste âmbito, importa precisar três breves observações:

- a) Quando a Constituição estabelece uma jurisdição administrativa deve daí extrair-se que visa garantir a aplicação do Direito Administrativo à actividade administrativa e não qualquer outro Direito. Por isso mesmo, todo o processo que leve a uma “fuga” a tal forma jurídico-pública de actuação, isto mediante a submissão da Administração ao Direito Privado, representa uma derrogação do nexos constitucional estabelecido entre a Administração Pública e a sua sujeição à justiça administrativa e, simultaneamente, a impossibilidade de verdadeiro controlo contencioso da subordinação da actividade administrativa aos princípios constitucionais da legalidade, proibição da arbitrariedade, imparcialidade, igualdade e da procedimentalização decisória;
- b) Haverá aqui, por consequência, uma reserva de Direito Administrativo garantida pela Constituição, podendo mesmo falar-se em garantia institucional, a qual impede que a Administração se converta em pessoa de Direito Privado, actuando ao abrigo de formas jurídico-privadas no exercício das funções públicas que lhe estão confiadas;
- c) Neste âmbito, todavia, se é certo que o Direito Privado está excluído das actividades que envolvem o exercício da soberania ou que se traduzem em manifestações de autoridade, a verdade é que a sua aplicação sempre será admissível em relação às actividades de gestão económica da Administração,

⁵⁵¹ Neste sentido, cfr. HANS PETER BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4ª ed., Heidelberg, 1993, p. 134.

⁵⁵² Em termos gerais sobre a defesa de uma postura metodológica de “diálogo” ou coordenação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, I, p. 122 seg.

⁵⁵³ Sobre o assunto, cfr., por todos, M^{te}. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p.113 seg.; SEBASTIAN MARTIM-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Civil...*, p. 2167 seg.

⁵⁵⁴ Cfr. SILVIA DEL SAZ, *Desarrollo...*, p. 101 seg.; RAMON PARADA, *Derecho Administrativo*, I, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 25 seg.

tenham elas uma natureza industrial ou comercial, traduzidas que sejam na produção de bens ou na prestação de serviços ao abrigo da iniciativa económica pública;

2) Um outro grupo de autores, em claro sentido oposto ao anterior entendimento, reconhecem a admissibilidade genérica da actividade administrativa se pautar pelo Direito Privado, tratando-se de um facto que “deve ser tranquilamente assumido”⁵⁵⁵, sem que com isto, refere-se, se assista a qualquer descaracterização da essência da actividade administrativa:

a) Por um lado, a Administração encontra-se vinculada por todas as normas que integram o ordenamento jurídico, aqui se incluindo também as normas de Direito Privado, isto sem prejuízo da ausência de uma regra geral que determine em cada caso quando se deve aplicar o Direito Administrativo ou o Direito Privado;

b) Procurando traçar alguns critérios gerais de enquadramento do direito aplicável à actuação administrativa, podem distinguir-se duas orientações⁵⁵⁶:

(i) Numa decisão *a priori*, perante a inexistência de uma norma legal definidora do direito aplicável a uma acção concreta, deve partir-se dos seguintes postulados básicos:

- Os entes constituídos sob forma organizativa de direito privado empregam normalmente formas e técnicas de Direito Privado;
- Os entes de Direito Público, quando a função que exercem é de carácter público e envolve a utilização de poderes de autoridade, devem empregar, por via de regra, o Direito Administrativo, reservando-se a admissibilidade de utilização do Direito Privado quando se tratam de funções de carácter económico ou de natureza semelhante às transações privadas, incluindo-se aqui as pequenas aquisições ou as operações de carácter singular e irrepetível;

(ii) Na busca de uma solução ou de um regime para uma actuação já realizada pela Administração, isto é, uma situação já consumada, deve empregar-se todo o ordenamento jurídico, salvo se a aplicação de algum ramo sectorial se encontra excluído pelas normas ou princípios do Direito Administrativo, podendo mesmo a progressiva convergência

⁵⁵⁵ Neste sentido, cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos...*, I, p. 56.

⁵⁵⁶ Cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos...*, I, p. 57 seg.

- dos diversos ramos jurídicos, esbatendo as diferenças entre eles, determinar a formação de um novo tipo de Direito Comum;
- c) Num outro sentido argumentativo, defende-se, por último, que a submissão da actividade administrativa ao Direito Privado não equivale necessariamente a uma fuga a todo o Direito ou, por consequência, a qualquer controlo jurisdicional ⁵⁵⁷:
- (i) Desde logo, há uma certa inutilidade da Administração Pública em fugir para o Direito Privado, uma vez que ela nunca deixa pelo facto de ser Administração e, por isso mesmo, nunca pode ser equiparada por lei a um simples particular, seja porque o Direito Privado cada vez mais se preocupa com as várias posições de poder ou de debilidade dos diferentes sujeitos de Direito, seja porque a Constituição e o Direito Comunitário impossibilitam o legislador ordinário de consagrar para a Administração uma verdadeira fuga ao próprio Direito Público;
 - (ii) Por outro lado, não se deve estabelecer uma total identificação entre o controlo judicial da Administração e a existência de uma ordem jurisdicional administrativa, uma vez que as outras jurisdições podem exercer com igual eficácia um controlo sobre os direitos individuais e os interesses gerais lesados ou ameaçados de lesão pela actividade da Administração pautada pelo Direito Privado;
- 3) Um terceiro grupo de autores, por último, partindo de uma diferenciação do tipo de actividades desenvolvidas pela Administração, admitem que algumas delas, situadas fora das funções típicas - isto é, das actividades propriamente administrativas -, possam ter o Direito Privado como forma de actuação instrumental ⁵⁵⁸. Devem, porém, fazer-se as seguintes precisões:
- a) Partindo de uma concepção orgânico-subjectiva de Direito Administrativo, devendo a Administração actuar de acordo com o disposto pela Constituição, resulta daí que o Direito Público constitui o meio adequado para o efeito, sendo a utilização do Direito Privado pela Administração ilegítima sempre que se traduza numa fuga intencional às vinculações constitucionais e legais, tal como aos elementos garantísticos para os particulares decorrentes da aplicação do Direito Administrativo;

⁵⁵⁷ Cfr. BORRAJO INIESTA, *El Intento de Huir del Derecho Administrativo*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, p. 233 seg.

⁵⁵⁸ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso...*, I, p. 46 seg. e 394 seg.

- b) Por outro lado, a aplicação do Direito Privado, sem envolver uma abdicação do Direito Público pela Administração, assume, por isso mesmo, um carácter instrumental, encontrando a sua justificação em cada caso específico, principalmente em situações nas quais a Administração desenvolve uma actividade em mercado livre e em igualdade de circunstâncias com os empresários privados, exercendo, deste modo, uma acção de natureza materialmente comercial;
- c) Por último, a aplicação do Direito Privado pela Administração, revelando a existência de um núcleo público irredutível, pressupõe uma prévia decisão de carácter público, designadamente um acto destacável de natureza administrativa, e um procedimento administrativo.

Conhecedores de que a escolha entre uma forma jurídico-privada ou jurídico-pública de actuação da Administração Pública envolve consequências de natureza constitucional que importa tomar em consideração, importa proceder ao estudo da referida incidência à luz da Constituição portuguesa de 1976.

2) Constituição e “fuga” para o Direito Privado das entidades públicas: a reserva de Direito Administrativo

11.6. O problema da eventual existência de uma reserva constitucional de Direito Administrativo à luz da Constituição portuguesa e, conseqüentemente, a determinação de uma área de exclusão de formas jurídico-privadas de actuação administrativa, enquanto sector excluído de qualquer possível “fuga” da Administração Pública para o Direito Privado, encontra-se por discutir na doutrina portuguesa.

Sem tomar em consideração o caso especial das entidades públicas que desenvolvem uma actividade de natureza empresarial (v. *infra*, nºs 11.9. e 11.10.), uma primeira possível abordagem seria partir do artigo 266º, nº 2, da Constituição: quando aí se diz que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei”, será que significa uma subordinação apenas à lei administrativa, isto é, ao Direito Administrativo ou, pelo contrário, será que uma tal subordinação é susceptível de compreender também o Direito Privado?

Como já tivemos ocasião de observar em anterior investigação⁵⁵⁹, segundo decorre do princípio do Estado de Direito material ou Estado de juridicidade, a Administração encontra-se subordinada nos termos do artigo 266º, nº 2, ao Direito. Equivale isto a dizer que de uma tal disposição constitucional não decorre qualquer exclusão do Direito Privado como forma jurídica

⁵⁵⁹ In *O Poder de Substituição...*, II, p. 551 seg., em especial, p. 554.

de actuação da Administração: o artigo 266º, nº 2, não pode ser interpretado como envolvendo uma reserva de Direito Administrativo, não exceptuando da “lei” subordinante da actuação administrativa o Código Civil ou o Código Comercial, por exemplo.

Se isto é certo, a verdade é que, por outro lado, de uma tal disposição constitucional também não se pode excepção que os órgãos e agentes administrativos, além de vinculados pela prossecução do interesse público (v. *supra*, §6º, B)), devam actuar, “no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade”. Significa isto, afinal, que mesmo subordinados à lei privada, ou seja, exercendo uma actividade de gestão privada, a Constituição impõe que os órgãos e agentes de entidades públicas estejam sempre vinculados a respeitar tais princípios constitucionais⁵⁶⁰, tal como se encontram adstritos pelo artigo 18º, nº 1, a conferir aplicabilidade directa aos direitos, liberdades e garantias. Mais: o artigo 3º, nº 3, da Constituição, determinando que a validade dos actos das entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição não exclui do seu âmbito - seja em termos literais ou lógicos - os actos de direito privado por elas praticados, daí que a actuação jurídico-privada da Administração não está inume ao princípio da constitucionalidade⁵⁶¹.

A Constituição estabelece aqui, desde logo, algumas importantes limitações a qualquer expediente fraudulento de “fuga” ao Direito Administrativo através da utilização do Direito Privado: não obstante possíveis diferenças entre a actuação da Administração sob formas jurídicas públicas e formas jurídicas privadas, a verdade é que a Constituição impõe que o Direito Privado aplicável pelos órgãos da Administração não seja igual ao Direito Privado das entidades privadas, criando as condições para uma certa inutilidade de uma “fuga” para o Direito Privado, enquanto eventual processo intencional de desvinculação dos princípios constitucionais sobre a actividade administrativa ou ao grau máximo de vinculatividade pelos direitos fundamentais. Há aqui, em bom rigor, um imperativo constitucional de publicização do Direito Privado aplicável pelos órgãos e agentes da Administração expresso em três ideias:

- (i) Vinculação positiva aos princípios da prossecução do interesse público, igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade;
- (ii) Vinculação, reforçada e especial, aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias dotados de aplicabilidade directa;

⁵⁶⁰ Reconhecendo a vinculação a tais princípios constitucionais da actividade de gestão privada da Administração, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Os Contratos Económicos...*, p. 104 seg.; IDEM, *Legalidade...*, p. 532; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, p. 334; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública...*, p. 349.

⁵⁶¹ Neste sentido, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor...*, I, p. 333-334; PAULO OTERO, *O Acordo de Revisão Constitucional: significado político e jurídico*, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 40.

(iii) Vinculação negativa, em termos gerais e residuais, ao princípio da constitucionalidade, considerando-se inválidos todos os actos que sejam desconformes com a Constituição.

No entanto, se é certo que o exposto serve para demonstrar que a Constituição portuguesa cria diversas vinculações para toda a actividade da Administração Pública, seja ela regida por formas de actuação jurídico-públicas ou jurídico-privadas, a verdade é não ser possível daqui extrair a existência de uma reserva constitucional de Direito Administrativo.

Com efeito, uma coisa é a aplicação do Direito Privado pela Administração Pública ter que se conjugar com diversas vinculações públicas de natureza constitucional, outra bem diferente é determinar se a Constituição impõe espaços de actuação administrativa excluídos de qualquer intervenção reguladora por parte do Direito Privado (ainda que “publicizado”), criando, deste modo, “feudos” ou “coutos privativos” a favor do Direito Administrativo.

Eis o que se procurará indagar de imediato.

11.7. Como já anteriormente tivemos oportunidade de referir (*v. supra*, nº 10.8.), a Constituição ao criar no artigo 214º, nº 3, uma reserva de competência material a favor dos tribunais administrativos, identificada com “o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas”, além de diversos efeitos em termos contenciosos, veio criar uma indissociável ligação entre o Direito Administrativo e a jurisdição administrativa: os tribunais administrativos são hoje configurados pela Constituição como os guardiões exclusivos do respeito pela legalidade administrativa colocada em causa pelos litígios decorrentes das acções e recursos contenciosos interpostos⁵⁶².

Por outras palavras, uma vez que os tribunais administrativos não garantem a aplicação de outro Direito que não seja o Direito Administrativo, a subordinação da Administração ao Direito Administrativo constitui um corolário da reserva constitucional de matérias referentes a litígios jurídico-administrativos a favor dos tribunais administrativos, isto em termos tais que uma eventual “debandada” da actuação administrativa para formas jurídico-privadas representaria uma verdadeira fraude à competência jurisdicional exclusiva dos tribunais administrativos, tal como resulta hoje do artigo 214º, nº 3, da Constituição.

Há aqui, por efeito directo da Lei Fundamental, uma correlação entre a Administração Pública e a submissão das respectivas relações jurídicas reguladas pelo Direito Administrativo ao controlo contencioso dos tribunais administrativos. Trata-se, aliás, de uma correlação constitucional que se encontra ainda garantida pelo reconhecimento do direito fundamental de

⁵⁶² No sentido de que as relações jurídico-administrativas a que se refere o artigo 214º, nº 3, da Constituição são relações disciplinadas materialmente pelo Direito Administrativo, cfr. GOMES CANOTLIHO / VITAL MOREIRA. *Constituição...*, 3ª ed., p. 815.

recurso contencioso ⁵⁶³ e pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva dos particulares junto da justiça administrativa ⁵⁶⁴.

No entanto, cumpre sublinhar, uma fuga generalizada da actividade administrativa para formas jurídico-privadas de actuação não eliminaria por si, em princípio, as garantias dos particulares, em especial o direito de acesso aos tribunais, uma vez que sempre lhes teriam de ser reconhecidos meios jurisdicionais de garantia das respectivas posições jurídicas subjectivas. O que está em causa, em primeiro lugar, é o retirar aos tribunais administrativos de um espaço decisório exclusivo de garantia do Direito Administrativo que lhes foi directamente confiado pela Constituição, uma vez que aquele é o ramo de Direito disciplinador das relações jurídico-administrativas cujo julgamento dos respectivos litígios compete em termos reservados a uma tal categoria de tribunais. Mais: a partir do momento em que a Constituição no artigo 268º, nºs 4 e 5, garante o direito de recurso contencioso e afirma o princípio da tutela jurisdicional efectiva dos particulares junto da *justiça administrativa*, estas disposições não podem deixar de se articular com o preceituado pelo artigo 214º, nº 3. Significa isto, afinal, bem vistas as coisas, que uma fuga generalizada da actividade administrativa para o Direito Privado, frustando a competência reservada dos tribunais administrativos, acabaria por mutilar o direito de recurso contencioso, enquanto forma específica configurada pela Constituição de concretização pelos administrados do direito geral de acesso aos tribunais, desvirtuando ou inutilizando o princípio de que é “sempre garantido aos administrados o acesso à *justiça administrativa*”.

Com efeito, qualquer um dos meios processuais do contencioso administrativo referidos pelo artigos 214º, nº 3, e 268º, nº 4 (: as acções e o recurso contencioso), tal como a referência à *justiça administrativa* constante do artigo 268º, nº 5, pressupõem o exercício de uma actividade pautada pelo Direito Administrativo, susceptível, por isso mesmo, de qualquer litígio dela emergente ser do conhecimento da jurisdição administrativa. Neste preciso sentido, pode extrair-se, em conclusão, a existência de uma reserva de Direito Administrativo garantida pela Constituição.

A fuga para o Direito Privado, representando um afastamento do Direito Administrativo como forma jurídica disciplinadora da actuação administrativa, traduz, por isso mesmo, um expediente que, em última análise, pode mutilar o cerne da reserva constitucional de competência contenciosa a favor dos tribunais administrativos, incluindo a configuração constitucional das garantias contenciosas dos administrados contra a actuação da Administração violadora da legalidade objectiva ou lesiva das posições jurídicas subjectivas dos particulares.

⁵⁶³ Cfr. CRP, artigo 268º, nº 4.

⁵⁶⁴ Cfr. CRP, artigo 268º, nº 5.

11.8. Atendendo a uma outra perspectiva do problema da reserva constitucional de Direito Administrativo, o Direito Privado - enquanto ramo de Direito que postula uma tendencial igualdade dos sujeitos ou, pelo menos, que não reconhece normalmente poderes unilaterais exorbitantes de autotutela declarativa ou executiva entre os respectivos intervenientes nas relações por ele disciplinadas - expressa valores e interesses constitucionais decorrentes dos princípios da igualdade e da liberdade que, bem ao contrário do princípio da competência e da relação de supra-ordenação/ subordinação que caracterizam o Direito Administrativo ⁵⁶⁵, se mostram insusceptíveis de constituir a forma típica de actuação da Administração quando esta exerce prerrogativas de autoridade.

É que, recorde-se, sendo histórica e juridicamente a origem do Direito Administrativo explicada através da necessidade de exercício pela Administração Pública de poderes unilaterais de autoridade visando a prossecução do interesse público e cujo fundamento de conformidade não podia ter como padrão as soluções do Direito Civil ⁵⁶⁶, a submissão hoje ao Direito Privado das actividades que envolvem o exercício de poderes típicos de soberania ou o núcleo essencial das prerrogativas de autoridade será, em bom rigor, uma paradoxal negação da necessidade do Direito Administrativo, desvirtuando dois séculos de evolução garantística, apesar de conduzir, por outro lado, atendendo às vinculações constitucionais que incidem sobre toda a Administração Pública (v. *supra*, nº 11.6.), a uma inevitável “administrativização” do Direito Privado.

Exactamente porque o Direito Privado tutela valores e interesses objecto de acolhimento constitucional cuja função é totalmente alheia ao exercício de poderes de autoridade, além de que a sua aplicação pela Administração nunca pode deixar de envolver uma certa “publicização” aos princípios fundamentais da Constituição, sem que se consiga validamente uma fuga total ao Direito Público, deve entender-se que uma segunda vertente da reserva constitucional de Direito Administrativo compreende materialmente toda a actuação administrativa que envolve o exercício de poderes de autoridade ou que, de qualquer modo, traduza prerrogativas típicas de soberania.

Há aqui, pode bem recortar-se, um núcleo essencial ou básico do exercício da função administrativa submetido à disciplina normativa própria do Direito Administrativo, o que equivale a dizer que estamos perante uma área insusceptível da respectiva actuação por parte da

⁵⁶⁵ Para uma dicotomia entre o Direito Privado e o Direito Público em termos de o primeiro ser dominado pelos valores da igualdade e liberdade, enquanto o segundo assenta na autoridade e na competência, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1991, p. 224-225; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, 4ª ed., Bologna, 1994, p. 683 seg.

⁵⁶⁶ Houve aqui historicamente, em bom rigor, um processo inicial de fuga da Administração ao direito comum, dando isto origem à jurisprudência do Conselho de Estado francês que acabou por criar um novo Direito, justificativo de um leque de prerrogativas especiais de autoridade para a Administração: o Direito Administrativo. Sobre o assunto, cfr. PAULO OTERO, *Revolução Liberal e Codificação Administrativa: a separação de poderes e as garantias dos administrados*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, s.d., p. 620 seg.

Administração se pautar pelo Direito Privado ⁵⁶⁷, sob pena de inconstitucionalidade da decisão legislativa que o permita ou da actividade administrativa que assim proceda.

Significará tudo isto, afinal, que a reserva constitucional de Direito Administrativo nega às entidades públicas a possibilidade de actuarem utilizando formas jurídico-privadas?

3) *Idem: reserva constitucional de Direito Privado?*

11.9. A análise efectuada do direito comparado permite concluir, desde logo, que mesmo os defensores mais radicais da ideia de reserva constitucional de Direito Administrativo não excluem a possibilidade de uma actuação das entidades públicas sob formas de Direito Privado (v. *supra*, nº 11. 5).

Com efeito, excluídas as actividades que envolvam o exercício de poderes de autoridade, enquanto expressão típica das prerrogativas de soberania do Poder Administrativo objecto de uma reserva constitucional de Direito Administrativo, a utilização do Direito Privado pelas entidades públicas, sem prejuízo de nunca poder ser completamente equiparável à respectiva aplicação por entidades privadas sem qualquer influência dominante de entidades públicas (v. *supra*, nºs 11.4. e 11.6.), pode constituir, no entanto, segundo permissão legal para o efeito, um instrumento de prossecução do interesse público, senão mesmo uma exigência imposta pela Constituição.

Em bom rigor, é isso precisamente o que sucede com o estipulado pelo artigo 3º, nº 2, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril: a lei permite que as empresas públicas, enquanto entidades de direito público - sem exercerem, todavia, poderes de autoridade -, regulem a sua actividade pelas normas de Direito Privado (v. *supra*, nº 11.4.). Resta saber, no entanto, se uma tal disposição legal corresponde ao exercício de uma liberdade do legislador na permissão da Administração adoptar uma forma privada ou pública de actuação ou, pelo contrário, traduz antes a concretização de um comando constitucional que impõe ao legislador em tais matérias a adopção de uma forma jurídico-privada de actuação das entidades públicas.

Na realidade, a aplicação do Direito Privado na actuação das entidades públicas integrantes da Administração pode obedecer a três hipóteses:

- 1) Por um lado, existem situações ou matérias relativamente às quais está excluída em absoluto a possibilidade de desenvolvimento de uma actividade pautada pelo Direito Privado: será esse o caso, como já sabemos (v. *supra*, nº 11.8.), das actividades

⁵⁶⁷ Neste sentido, fundamentando a exclusão applicativa do Direito Privado, todavia, na ideia de uma consequente perda de garantias dos administrados e no inerente desvanecimento do interesse geral, cfr. , M^a. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización...*, p. 142.

administrativas que possibilitem o exercício de prerrogativas de autoridade típicas dos poderes de soberania inerentes ao Poder Administrativo;

- 2) Por outro lado, existem casos em que, tratando-se de uma actividade administrativa que não envolve o exercício de poderes de autoridade, a Constituição não impõe qualquer forma jurídica pública ou privada de actuação, remetendo antes para a decisão do legislador uma tal escolha ou, segundo outra formulação, o legislador limita-se a habilitar a Administração Pública a escolher a forma jurídica de actuação. Há aqui, reconheça-se, o fundamento de um verdadeiro princípio de liberdade de escolha das formas jurídicas de actuação das entidades públicas - seja uma tal liberdade exercida pelo legislador ou remitida por este para a Administração -, devendo, porém, salientar-se o seguinte:

a) Em primeiro lugar, a aplicação do Direito Privado tem sempre num acto jurídico-público o respectivo fundamento ⁵⁶⁸, seja ele um acto legislativo ou um acto da Administração concretizador da lei, isto em termos análogos à decisão de escolha de formas jurídico-privadas de organização (v. *supra*, nº 10.12.):

(i) Em consequência, o acto de Direito Público que permite a aplicação do Direito Privado na actuação das entidades públicas, além de ser passível de fiscalização da constitucionalidade sempre que assumir natureza normativa, não se encontra excluído, por outro lado, se assumir natureza individual, de um controlo da respectiva legalidade em sede de jurisdição administrativa;

(ii) Por isso mesmo, segundo a técnica dos actos destacáveis em contencioso administrativo ou das questões prejudiciais de natureza administrativa junto dos tribunais judiciais, a verdade é que sempre se garantirá um mínimo de aplicabilidade ao artigo 214º, nº 3, da Constituição;

b) Em segundo lugar, a aplicação do Direito Privado por tais entidades públicas assume sempre uma natureza instrumental, servindo de meio para uma melhor e mais eficiente prossecução do interesse público ⁵⁶⁹, nunca dela se podendo dizer que determina uma “abdição do Direito Público” ⁵⁷⁰: a aplicação do

⁵⁶⁸ Cf. ROLF STÖBER, *Derecho Administrativo...*, p. 216 e 217; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública...*, p. 346.

⁵⁶⁹ Neste sentido, especificamente sobre a prossecução do interesse público como critério de opção entre os contratos de direito público e os contratos de direito privado, cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública...*, p. 352.

⁵⁷⁰ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, p. 396.

- Direito Privado está adstrita a respeitar diversas vinculações públicas decorrentes da Constituição (v. *supra*, nºs 11.4. e 11.6.);
- c) Em terceiro lugar, perante o silêncio da lei, isto é, sem habilitação legal para a Administração proceder a uma actuação jurídico-privada, deve vigorar um princípio de actuação das entidades públicas segundo o Direito Administrativo, enquanto Direito “natural” da actuação administrativa;
 - d) Em quarto lugar, apesar de resultar da lei a possibilidade de escolha pela Administração da forma de actuação, a verdade é que uma tal escolha ao incidir sobre o Direito Privado tem de se pautar pelo princípio de que esta forma de actuação é a mais adequada para a prossecução dos fins que em concreto se visam alcançar ⁵⁷¹, havendo aqui, por conseguinte, um apelo ao princípio da adequação, enquanto expressão particular de um controlo de validade da decisão à luz do princípio da proporcionalidade;
 - e) Em quinto lugar, a Administração nunca pode servir-se de uma tal liberdade de escolha conferida pela lei para, deste modo, atribuir a si própria vantagens, iludindo a legalidade e as garantias dos particulares, sob pena de violação fraudulenta da lei ou abuso de direito ⁵⁷²,
- 3) Por último, ainda no âmbito das matérias que não envolvem o exercício de poderes de autoridade, pode bem suceder que a Constituição, atendendo a diversos valores por si acolhidos, exclua qualquer liberdade do legislador na escolha da forma jurídica de actuação da Administração, impondo a utilização do Direito Privado e, deste modo, criando uma reserva constitucional de Direito Privado que irá, conseqüentemente, comprimir o espaço de operatividade da mencionada reserva de Direito Administrativo.

Ora, é precisamente neste âmbito que cumpre discutir se o disposto pelo artigo 3º, nº 2, do Estatuto das Empresas Públicas corresponde ao exercício de uma margem de liberdade do legislador ou traduz antes a concretização legislativa de uma imposição constitucional.

11.10. No que respeita às situações em que a utilização do Direito Privado por entidades públicas resulta de uma imposição constitucional, uma primeira questão que se pode colocar é a seguinte: como é possível que a Constituição estabeleça a imposição de certas actividades desenvolvidas por entidades públicas integrantes da Administração terem como forma de actuação o Direito Privado e, por outro lado, como atrás de analisou (v. *supra*, nºs 11.7. e 11.8.),

⁵⁷¹ Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 153.

⁵⁷² Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo...*, p. 153-154.

se consagre uma reserva de Direito Administrativo? Não haverá aqui, afinal, uma contradição interpretativa ou, em alternativa, uma verdadeira contradição constitucional?

Começando por este último aspecto, desde já importa adiantar que não existe qualquer contradição: é perfeitamente admissível que outros valores ou princípios constitucionais, dotados de uma força jurídica igual à dos que determinam a existência de uma reserva de Direito Administrativo, limitem o espaço de operatividade destes últimos, criando zonas de actividade administrativa cuja forma jurídica de actuação não possa ser o Direito Administrativo, antes deva ser o Direito Privado.

Ora, segundo entendemos - e sem prejuízo de outras eventuais situações -, é precisamente isso o que sucede com a intervenção empresarial do Estado num modelo de economia de mercado, baseado na livre concorrência entre a iniciativa económica pública e a iniciativa económica privada: sempre que o Estado exerce uma actividade empresarial, mesmo que utilize formas organizativas dotadas de personalidade jurídica de direito público (= empresas públicas), pode recordar-se da Constituição um conjunto de princípios e valores que excluem a possibilidade de actuação sob formas jurídico-públicas, impondo, bem pelo contrário, uma actuação pautada pelo Direito Privado.

Vejamos a fundamentação deste raciocínio:

- a) Em primeiro lugar, a aplicação do Direito Privado pelas empresas públicas é uma expressão directa do princípio da igualdade, enquanto manifestação de uma paridade de tratamento ou de um estatuto unitário que determina que todos os agentes económicos actuem no mercado submetidos ao mesmo ordenamento jurídico (v. *supra*, nº 2.7.):
 - (i) Seria, por isso mesmo, discriminatória qualquer atribuição de prerrogativas unilaterais de autoridade decorrentes do direito regulador da actividade das empresas do sector empresarial do Estado que desenvolvem a sua actividade em concorrência com outros agentes económicos integrados nos restantes sectores de propriedade dos meios de produção;
 - (ii) Neste sentido, pode dizer-se que o princípio da igualdade comporta uma implícita reserva constitucional de um Direito Comum regulador da actividade empresarial dos diversos sujeitos económicos, sejam eles públicos ou privados;
 - (iii) Ora, um tal Direito Comum da actividade empresarial, enquanto decorrência de um estatuto de igualdade entre os diversos intervenientes, só pode ser o Direito Comercial (v. *supra*, nºs 10.7. e 11.2.) e, subsidiariamente, o Direito Civil;
 - (iv) Concluindo, não obstante as diferentes formas jurídicas de organização, a verdade é que a subordinação à mesma forma jurídico-privada de actuação de

todas as entidades empresariais, constituindo um corolário constitucional directo do princípio da igualdade, não deixa, por outro lado, de reflectir um modelo de organização económica baseado no princípio constitucional da coexistência (não discriminatória) entre os diferentes sectores dos meios de produção, em especial entre as empresas do sector público e as do sector privado;

- b) Em segundo lugar, a imperatividade constitucional de aplicação do Direito Privado à actividade empresarial das entidades públicas pode ainda decorrer da incumbência constitucional do Estado em assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas ⁵⁷³:
- (i) Adoptando uma interpretação desta disposição em conformidade com o princípio da igualdade, deve extrair-se que um tal imperativo da Constituição não se dirige apenas às relações entre empresas privadas: o equilíbrio da concorrência tem também de ser assegurado pelo Estado ao nível das relações entre empresas públicas - ou, em geral, pertencentes ao sector público - e empresas integradas no sector privado;
 - (ii) Por isso mesmo, admitir que as empresas públicas pudessem ter a sua actividade pautada pelo Direito Administrativo, enquanto fonte habilitadora de prerrogativas de autoridade para as mesmas, seria atentar contra a “equilibrada concorrência” entre empresas públicas e empresas privadas, criando distorções à concorrência;
 - (iii) Neste sentido, conclua-se, apenas a subordinação de toda a actividade empresarial a um Direito Comum, independentemente da natureza (pública ou privada) do sujeito que a exerce, salvaguarda, quanto mais não seja apenas à partida, o imperativo constitucional em matéria de concorrência;
- c) Em terceiro lugar, a conjugação entre o princípio da igualdade e o princípio da concorrência tem especial projecção ao nível do Direito Comunitário, enquanto ordenamento jurídico vinculativo para Portugal por força da Constituição (v. *supra*, n.º 6.10.), podendo dele extrair-se uma outra argumentação justificativa da utilização imperativa do Direito Privado na actuação em mercado concorrencial das empresas públicas:
- (i) Desde logo, todo o regime comunitário da concorrência, afirmando o princípio da igualdade entre empresas públicas e empresas privadas, exclui, liminarmente, qualquer discriminação que distorça as regras da livre concorrência numa economia de mercado aberto (v. *supra*, §6º, C));

⁵⁷³ Cfr. CRP; artigo 81º, alínea f).

- (ii) Em consequência, permitir que as empresas públicas exercessem a sua actividade sob formas jurídico-públicas, agindo ao abrigo do Direito Administrativo, significaria reconhecer-lhes prerrogativas unilaterais de autoridade e privilégios incompatíveis com o princípio comunitário da igualdade;
 - (iii) A actuação económica das empresas públicas sob a égide do Direito Privado surge, por isso mesmo, como expressão inevitável da igualdade e da concorrência entre todos os operadores económicos ao nível do Direito Comunitário (v. *supra*, nº 11.2.)⁵⁷⁴;
 - (iv) Tudo isto não impede, porém, a salvaguarda comunitária de um possível regime especial de actuação para as empresas públicas mencionadas no artigo 90º, nº 2, do Tratado da Comunidade Europeia: as empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal (v. *supra*, nº 6.13.);
- c) Em quarto lugar, por último, uma eventual utilização do Direito Administrativo no exercício da actividade das empresas públicas, afastando o Direito Privado, mostrar-se-ia ainda contrária ao princípio constitucional da eficiência do sector público, mais concretamente do sector público empresarial:
- (i) Criando para o Estado um dever de zelo pela eficiência do sector público⁵⁷⁵, o texto constitucional aponta claramente para formas jurídico-privadas de actuação em termos empresariais, tal como já antes se extraiu desta disposição uma preferência da Constituição por formas privadas de organização (v. *supra*, nº 10.7.);
 - (ii) Por conseguinte, ante uma certa inaptidão natural do Direito Administrativo para disciplinar o exercício de uma actividade empresarial⁵⁷⁶, deve considerar-se que a sua aplicação normal seria contrária a tal incumbência constitucional, daí resultando a imperatividade aplicativa de formas jurídico-privadas de actuação

11.11. Sabendo-se que resulta da Constituição que o exercício pelo Estado de uma actividade empresarial de natureza comercial ou industrial - ou seja, de uma intervenção económica directa em tudo semelhante a igual actividade desenvolvida pelos particulares ao abrigo da iniciativa

⁵⁷⁴ Falando em "igualdade diante da concorrência" entre as empresas públicas que agem em mercado concorrencial e as empresas privadas, enquanto decorrência do princípio da neutralidade comunitária, cfr. : ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 94.

⁵⁷⁵ Cfr. CRP, artigo 81º, alínea c).

⁵⁷⁶ Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 503.

económica privada - deve sempre ser pautada pelo Direito Privado (v. *supra*, nº 11.10.), três imediatas conclusões importa extrair:

- a) O regime legal constante do artigo 3º, nº 1, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, estabelecendo o Direito Privado como forma jurídica de actuação das empresas públicas, corresponde hoje, afinal - e não obstante ser anterior à entrada em vigor da Constituição -, à concretização pelo legislador de uma imposição constitucional;
- b) Não há em relação às empresas públicas, tal como já antes se havia concluído em relação à forma de actuação das entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado (v. *supra*, nº 11.2.), qualquer “fuga” do Direito Administrativo para o Direito Privado: o Direito Privado, em especial o Direito Comercial, expressa valores e concretiza princípios constitucionais que o fazem ser o direito típico ou comum regulador de toda e qualquer actuação empresarial num mercado livre e concorrencial;
- c) Pode falar-se, por conseguinte, na existência de uma verdadeira reserva constitucional de Direito Privado a favor de todas as entidades (públicas e privadas) integrantes do sector empresarial do Estado que actuam em mercado concorrencial.

§12º - Controlo das formas de organização e de actuação do sector empresarial do Estado

A) Generalidades

12.1. Se, por um lado, a integração das estruturas empresariais do sector público numa economia de mercado envolve a necessidade de uma autonomia de gestão, daí também a sua actuação sob formas jurídico-privadas, a verdade é que, por outro lado, a sua vinculação em termos directos ou indirectos ao interesse público exige, tanto por si quanto pela qualidade do seu titular, a existência de mecanismos de controlo da respectiva actividade ⁵⁷⁷.

Ora, qualquer mecanismo de controlo traduz o exercício de uma actividade de apreciação ou reexame de um acto, comportamento ou procedimento material já praticados ou a praticar, tendo o objectivo de verificar da sua conformidade com parâmetros pré-estabelecidos ⁵⁷⁸: (i) normas jurídicas, originando um controlo de *legalidade*; (ii) regras e critérios técnicos, determinando um controlo *técnico*; (iii) princípios de oportunidade e conveniência, gerando um controlo de *mérito*.

Tendo por objecto a actividade resultante das formas públicas de organização empresarial e das participações sociais do Estado em empresas organizadas sob formas privadas, o controlo sobre as diversas formas de organização e actuação do sector empresarial do Estado poderá traduzir uma intervenção sobre os seguintes aspectos da actividade desenvolvida:

- a) Em primeiro lugar, temos a apreciação da conformidade da actuação empresarial com as normas jurídicas e os princípios de Direito, dando lugar, conseqüentemente, a um controlo de legalidade. Podem aqui distinguir-se, todavia, dois diferentes níveis:
 - (i) Por um lado, existe o controlo de legalidade que tem como padrão de conformidade as normas imperativas e os princípios gerais de Direito;
 - (ii) Por outro lado, é possível recortar um controlo que encontra na legalidade interna da empresa (v.g., estatutos sociais, deliberações sociais) ou nas directivas e demais actos unilaterais intra-administrativos do Estado o seu padrão de conformidade;
- b) Em segundo lugar, o controlo pode incidir sobre a eficácia da gestão, aferida esta em termos de racionalidade/rentabilidade (= controlo técnico) e de conveniência/

⁵⁷⁷ Sobre o conceito de controlo, cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *O Controlo da Administração Pública em Portugal*, in *Revista dos Quadros Técnicos do Estado*, ano I, 1987, Nov.-Dez., p. 16 seg.; IDEM; *Finanças Públicas...*, I, p. 452-453, nota nº 1.

⁵⁷⁸ Cfr. MICHAEL SCIASCIA, *La Funzione di Controllo nell'Ordinamento Amministrativo Italiano*, Napoli, 1991, p. 13.

/utilidade/oportunidade (= controlo de mérito) das decisões tomadas ou a tomar, isto segundo uma dupla perspectiva:

- (i) Por lado, pode atender-se a uma eficácia de mercado da actividade empresarial do Estado, procedendo-se a um controlo técnico ou de mérito das decisões em termos análogos ao que se poderia efectuar sobre a gestão de quaisquer empresas integradas no sector privado dos meio de produção;
- (ii) Por outro lado, o controlo da eficácia pode dirigir-se à “interpretação” ou “adequação” da gestão empresarial com a prossecução do interesse público definido pelo Governo ⁵⁷⁹, designadamente com o fenómeno de utilização instrumental da intervenção empresarial do Estado para fins macroeconómicos relacionados com a realização do modelo constitucional de bem-estar (v. *supra*, nº 9.9.) ⁵⁸⁰.

Atendendo a outra perspectiva, pode mesmo afirmar-se que o controlo sobre as entidades integrantes do sector empresarial do Estado, incluindo a fiscalização sobre a gestão das participações sociais do Estado, constitui ainda uma manifestação da subordinação do poder económico (público) ao poder político democrático, segundo o princípio geral e fundamental da organização económica formulado pelo artigo 80º, alínea a), da Constituição.

Numa formulação de síntese, pode afirmar-se que resulta da Constituição que a actividade desenvolvida pelo Estado-empresário se subordina à fiscalização ou controlo (jurídico, técnico e de mérito) do Estado-colectividade.

Por isso mesmo, sendo este controlo sobre o sector empresarial do Estado uma expressão do princípio democrático, pode bem concluir-se que a falta de meios, incluindo o afastar pelo legislador de mecanismos de fiscalização que poderia e deveria consagrar na lei, e, por outro lado, algum abstencionismo de exercício de modo eficiente dos próprios mecanismos existentes conduzem a um juízo de que “não há verdadeiro controlo financeiro democrático (nem político nem jurisdicional) do sector empresarial do Estado (...)” ⁵⁸¹.

12.2. A subordinação constitucional da actividade do Estado-empresário ao controlo do Estado-colectividade comporta, agora segundo uma perspectiva resultante do Direito Comunitário, a expressão da influência dominante dos poderes públicos sobre as empresas públicas, enquanto elemento caracterizador da própria natureza pública da actividade empresarial desenvolvida (v.

⁵⁷⁹ Cfr. JOSE BAREA / TERESA BAREA, *Contrôle...*, p. 72-73.

⁵⁸⁰ Falando em poder de “indirizzo” político-administrativo, cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 145; IDEM, *Diritto Amministrativo*, I, 3ª ed., Milano, 1993, p. 220.

⁵⁸¹ Cfr. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Prefácio ao livro de SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes - Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Lisboa, 1993, p. 21.

supra, nºs 6.11. e 10.4.), justificando, por isso mesmo, medidas comunitárias de transparência (v. *supra* nº 6.13.), permitindo “uma clara distinção entre o papel do Estado como poder público e como proprietário”⁵⁸².

Independentemente de toda a diversidade de meios de fiscalização pelo poder público da actuação do sector empresarial do Estado existentes ao nível do direito comparado⁵⁸³, utilizando como único critério de sistematização a função ao abrigo da qual se efectua o controlo⁵⁸⁴, podem recortar-se no direito português os três seguintes principais tipos de controlo dos poderes públicos sobre a actividade desenvolvida pelo Estado como empresário:

- Controlo administrativo;
- Controlo parlamentar;
- Controlo jurisdicional.

Vejamos, seguidamente, cada um destes tipos de controlo sobre o sector empresarial do Estado.

B) Controlo administrativo

1) Princípio da unidade da Administração

12.3. A configuração constitucional do Governo como órgão superior da Administração Pública e, simultaneamente, órgão de condução da política geral do país⁵⁸⁵, responsável politicamente perante a Assembleia da República⁵⁸⁶, confere-lhe, por isso mesmo, poderes de intervenção intra-administrativa sobre quase todas as estruturas decisórias administrativas⁵⁸⁷, enquanto expressão concretizadora do princípio de unidade da Administração⁵⁸⁸. Aqui reside, em bom rigor, a principal manifestação justificativa da titularidade governamental de poderes de controlo sobre o sector empresarial do Estado.

Atribuindo a ordem jurídica ao Governo poderes de intervenção sobre as diferentes estruturas integrantes do sector empresarial do Estado, assegura-lhe, em consequência, uma

⁵⁸² Expressão utilizada no preâmbulo da Directiva nº 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transferência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas.

⁵⁸³ Para um estudo desenvolvido das experiências jurídicas estrangeiras sobre o controlo do sector empresarial do Estado, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 165 seg.

⁵⁸⁴ Apresentando outro critério de sistematização, baseado em estudo efectuado pela ONU, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 140-141.

⁵⁸⁵ Cfr. CRP, artigo 185º.

⁵⁸⁶ Cfr. CRP, artigo 194º, nº 1.

⁵⁸⁷ Cfr. CRP, artigo 202º, alínea d).

⁵⁸⁸ Neste sentido, em termos gerais, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 785 seg.

unidade de acção sobre todo o respectivo universo empresarial, possibilitando, assim, a sua instrumentalização à prossecução de interesses públicos confiados primariamente ao próprio Estado e aos objectivos da política económica definidos pelo Governo.

A titularidade pelo Governo de tais poderes de controlo sobre o sector empresarial do Estado - à semelhança, aliás, do que sucede com todas as restantes entidades públicas menores integrantes da Administração indirecta e da Administração autónoma do Estado -, concretizando o princípio da unidade administrativa, traduz uma manifestação directa da prevalência dos interesses públicos a cargo do Estado relativamente aos interesses confiados a todas as restantes entidades públicas (ou privadas) ⁵⁸⁹.

A ideia de que o Governo goza pela Constituição de uma competência própria que lhe permite intervir em matérias sobre as quais existem também áreas de interesses titulados normalmente por entidades infra-estaduais, visando fazer prevalecer os interesses nacionais por si protagonizados sobre quaisquer interesses prosseguidos por outros entes, encontra expresso acolhimento a nível jurisprudencial:

- a) O Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 53/87, de 22 de Outubro de 1987, reconhece que, ao lado dos poderes de tutela, existem "poderes autónomos do Governo" que lhe permitem agir para a defesa de "valores que relevam quer a nível local que no plano nacional" ⁵⁹⁰;
- b) O Supremo Tribunal Administrativo, por seu lado, viria a acolher esta mesma orientação, reconhecendo ao Governo a titularidade de poderes que lhe servem para a defesa de interesses públicos relevantes que se impõem aos interesses das entidades infra-estaduais ⁵⁹¹.

Ora, é precisamente a prevalência dos interesses confiados pela ordem jurídica ao Estado que, justificando que todos os subsistemas infra-estaduais se movam no âmbito do sistema normativo estadual de nível superior ⁵⁹², acaba por envolver a existência de mecanismos de controlo administrativo do Governo sobre a actividade das entidades do sector empresarial do Estado, procurando harmonizar, orientar ou fiscalizar tal actuação com os interesses superiores e, por isso mesmo, prevalecentes do Estado.

⁵⁸⁹ Sobre a prevalência dos interesses públicos a cargo do Estado e sua articulação com o princípio da unidade da Administração, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, em especial, p.760-761, 808, 824, 838.

⁵⁹⁰ In *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 377, 1988, p. 143.

⁵⁹¹ Cfr., entre outros, Acórdão STA - 1ª Secção, de 27 de Novembro de 1990, (Rodrigues Sousa e Castro, Ldª./Secretário de Estado da Administração Local e Ordenamento do Território), in *Scientia Iuridica*, nº 235/237, 1992, p. 145 seg.; Acórdão STA-Pleno da 1ª Secção, de 7 de Maio de 1996, proc. 30328, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, 1996, p. 40 seg.

⁵⁹² Cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos...*, I, p. 329.

Neste contexto, pode mesmo falar-se na existência de uma obrigação de controlo administrativo sobre as diversas entidades do sector empresarial do Estado⁵⁹³, sendo legítimo dela extrair-se que a escolha da forma jurídica de direito privado de organização empresarial da intervenção do Estado se encontra dependente da garantia de exercício de tais mecanismos de controlo ou influência no sentido de assegurar a prevalência do interesse público (v. *supra*, nº 10.8.).

Mais: a prevalência do interesse público a cargo do Estado manifesta-se ao nível das próprias sociedades anónimas com uma pluralidade de accionistas públicos, devendo aí reconhecer-se que mesmo em situações cuja participação social do Estado não lhe atribua a maioria do capital público, atendendo à dimensão e ao grau de prevalência de certos interesses públicos de índole nacional que o próprio Estado representa, lhe deve ser conferida uma faculdade intra-administrativa de intervenção decisória prevalecente ou, pelo menos, de coordenação com os restantes interesses públicos subjacentes às participações sociais de outras entidades públicas menores. Por outras palavras, ao Estado não está vedado estabelecer por via legislativa mecanismos que permitam centralizar em si - ou numa instituição por si controlada -, verificando-se razões de interesse nacional, a gestão da pluralidade de participações sociais públicas numa mesma entidade de direito privado ou, de qualquer modo, sujeitar a actuação dos restantes accionistas públicos a uma intervenção coordenada e subordinada aos interesses públicos prevalecentes do Estado. Afinal, se razões de interesse nacional justificam a titularidade pelo Estado de poderes exorbitantes e derogatórios do regime geral do Código das Sociedades Comerciais sobre empresas mistas em que participe em termos minoritários (v. *supra*, nº 11.2.), tal como sucede hoje no artigo 15º da lei-quadro das privatizações (v. *infra*, nº 12.6.), por identidade de razão, senão mesmo por maioria de razão, se podem fundamentar mecanismos legais de intervenção do Estado tendentes a fazer prevalecer os interesses por si protagonizados através da participação social minoritária em sociedades que integrem uma pluralidade maioritária ou exclusiva de participações públicas.

12.4. O princípio da unidade da Administração, enquanto principal fundamento habilitador dos mecanismos de controlo administrativo do Governo sobre as entidades integrantes do sector empresarial do Estado não afasta, antes pressupõe, uma estreita articulação com o princípio democrático e o princípio da legalidade, podendo mesmo aferir-se uma relação de instrumentalidade. Vejamos em que termos:

- 1) Em primeiro lugar, pode afirmar-se que o princípio da unidade da Administração reforça a legitimidade democrática do controlo e da actuação do sector empresarial do

⁵⁹³ Neste sentido, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 309 seg.; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 101 seg.

Estado, constituindo, por isso mesmo, instrumento ao serviço do princípio democrático:

- a) Por um lado, o Governo é hoje um órgão dotado de uma legitimidade política democrática ⁵⁹⁴, isto a dois títulos:
 - (i) O Primeiro-Ministro é escolhido por um Presidente da República eleito por sufrágio directo e universal, tendo em conta os resultados eleitorais, além de que o Governo é sempre responsável politicamente perante a assembleia representativa de todos os portugueses;
 - (ii) Cada vez mais, as eleições parlamentares transformam-se num processo de escolha de um Primeiro-Ministro e de um Governo, daí que, assumindo tais eleições um carácter plebiscitário da anterior Administração, o Governo surgido das eleições acabe por ter, quanto mais não seja o respectivo Primeiro-Ministro, uma verdadeira legitimidade democrática directa ⁵⁹⁵;
 - b) Por conseguinte, sempre que Governo controla as entidades integrantes do sector empresarial do Estado, definindo orientações de actuação ou fiscalizando a respectiva execução em termos de prossecução do interesse público e, muito em especial, ao nível das soluções concretas sobre a eficácia da gestão, isto é, a racionalidade/rentabilidade e a conveniência/utilidade/oportunidade das decisões empresariais aferidas em relação aos objectivos da política económica governamental, há aqui uma legitimação democrática de actuação empresarial e, por outro lado, uma possível instrumentalização de tais entidades aos fins do Estado e ao “indirizzo” político do Governo ⁵⁹⁶;
- 2) Em segundo lugar, o princípio da unidade da Administração constitui ainda instrumento idóneo de garantia da legalidade (em sentido amplo) de actuação do sector empresarial do Estado, possibilitando ao Governo exercer em tal âmbito uma função de defesa da legalidade ⁵⁹⁷, sendo isso mesmo visível a dois níveis:
- a) Por um lado, os mecanismos de controlo permitem ao Governo assegurar que as referidas empresas exercem a sua actividade segundo o princípio da prossecução do interesse público, garantindo a satisfação das finalidades que

⁵⁹⁴ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 632-633.

⁵⁹⁵ Para maiores desenvolvimentos, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 326 seg.; IDEM, *Sistema Eleitoral e Modelo Político-Constitucional*, in *Revista Jurídica*, nº 16-17, 1992, p. 115 seg.

⁵⁹⁶ Sobre o “indirizzo” político-económico, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 110 seg.; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 282 seg.

⁵⁹⁷ Cfr. CRP, artigo 202º, alínea f).

presidiram à sua criação pelo Estado ou à sua participação no respectivo capital social;

- b) Por outro lado, os mecanismos de controlo permitem ao Governo garantir junto das entidades do sector empresarial do Estado o cumprimento da legalidade em geral (v. *supra*, nº 12.1.), incluindo a respectiva subordinação à legalidade interna da empresa (v.g., estatutos sociais, deliberações sociais), e, muito em especial, o respeito pelos direitos fundamentais.

12.5. O princípio da unidade da Administração e os inerentes poderes de controlo que confere ao Governo sobre o sector empresarial do Estado não é imune, todavia, à diversidade de formas de organização das respectivas entidades empresariais. Quer isto dizer o seguinte: a pluralidade de formas de organização jurídica do sector empresarial do Estado reflecte-se, inevitavelmente, numa falta de homogeneidade dos poderes de controlo do Governo. O princípio da unidade da Administração é susceptível, por conseguinte, de conferir ao Governo a titularidade de uma diversidade de mecanismos de controlo.

Com efeito, se é certo que as empresas públicas pertencentes ao Estado, enquanto entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito público, nenhuma dificuldade mostram em serem integradas na Administração indirecta do Estado, não deixa de ser verdade, como já tivemos oportunidade de observar, que as sociedades de direito privado integrantes do sector empresarial do Estado constituem uma espécie de “Administração paralela” sob forma privada (v. *supra*, nº 10.4.), podendo falar-se em Administração indirecta privada do Estado (v. *supra*, nº 10.5.).

Neste contexto, resulta do artigo 202º, alínea d), da Constituição o expresse reconhecimento ao Governo de poderes de intervenção administrativa sobre todas as estruturas da Administração indirecta do Estado, os quais se traduzem no exercício da superintendência e da tutela sobre as referidas entidades públicas menores, enquanto instrumentos de unidade da Administração Pública. Assim sendo, numa primeira análise, poder-se-ia ser tentado a dizer que o Governo seria passível de exercer tais poderes intra-administrativos sobre todas as entidades do sector empresarial do Estado.

Sucedem, porém, como já se sabe, que o sector empresarial do Estado não compreende apenas entidades públicas, incluindo, igualmente, sociedades de direito privado, criadas integralmente com capitais do Estado ou, pelo menos, cujo capital social se encontra controlado pela participação accionista maioritária do Estado. Há que fazer, deste modo, uma clara diferenciação entre os poderes de intervenção que o Governo exerce sobre as empresas de direito privado e aqueles que exerce sobre as empresas de direito público integrantes da Administração indirecta do Estado: se é certo que todas as entidades que integram o sector empresarial do

Estado desenvolvem uma actividade instrumentalizável aos fins do próprio Estado (v. *supra*, nº 10.5.), a verdade é que as entidades de direito privado têm, por essa mesma natureza, uma especial protecção e autonomia decorrente da sua capacidade jurídica se pautar exclusivamente pelo Direito Privado (v. *supra*, nºs 11.2 e 11.3.), podendo mesmo afirmar-se, quanto mais não seja em relação às empresas de capitais mistos, a susceptibilidade de serem titulares de direitos fundamentais em relação ao próprio Estado ⁵⁹⁸.

Importa ter presente, por conseguinte, que, sem prejuízo da sua integração no âmbito do princípio da unidade da Administração protagonizado pelo Governo, a diversidade entre a configuração dos poderes de intervenção ou controlo sobre as entidades públicas e sobre as entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado permite formular a seguinte distinção:

- a) No que respeita à intervenção empresarial do Estado feita sob formas organizativas de direito público, gerando a criação de entidades públicas - isto é, as designadas empresas cuja personalidade jurídica é de direito público -, o Governo exerce poderes de controlo também de direito público, ou seja, enquanto órgão de uma típica entidade tutelar sobre os entes públicos menores;
- b) Já no que se refere à intervenção empresarial do Estado efectuada sob formas organizativas de direito privado, determinando a criação de sociedades de capitais públicos ou de capitais mistos, o Governo exercerá normalmente poderes como órgão da entidade accionista, isto é, do Estado como típico sócio participante do capital social de uma empresa privada, sem prejuízo, note-se, da eventual admissibilidade de exercício, a título excepcional, de poderes exorbitantes visando a defesa do interesse público (v. *supra*, nº 11.3.).

Fica por saber, no entanto, se esta diversidade de meios de controlo da Administração sobre o sector empresarial do Estado, correspondendo a uma tendencial ideia de que para formas de organização empresarial de direito privado os meios de controlo são também normalmente de direito privado, tal como para formas organizativas públicas os meios de controlo são também de direito público, traduz qualquer diversidade de grau ou intensidade do controlo efectuado pelo Governo.

Eis o que se procurará determinar de imediato.

⁵⁹⁸ Sobre a temática em torno da titularidade de direitos fundamentais por parte das entidades integrantes do sector empresarial do Estado, tenham elas uma forma organizativa de direito público ou de direito privado, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 179 seg. Especificamente sobre as empresas mistas, cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, p. 148-149.

2) Tipologia do controlo

12.6. Sem embargo de um poder geral de ordenação económica pertencente ao Estado, enquanto titular da faculdade de definir as regras gerais de conformação do desenvolvimento da vida económica⁵⁹⁹, a verdade é que, atendendo aos interesses que tem a seu cargo, o Estado não pode ser um empresário como outro qualquer, gozando de poderes de intervenção e de controlo sobre as empresas em cujo capital social participa que se podem considerar derogatórios do direito comum⁶⁰⁰.

Todavia, tais poderes exorbitantes de intervenção ou controlo sobre as empresas de direito privado objecto de participação accionista do próprio Estado, segundo decorre do princípio de respeito pela forma jurídica escolhida têm sempre de assumir uma natureza excepcional (v. *supra* nº 11.3.), apenas se podendo fundar em razões ou motivos de interesse público justificativos da derrogação por via de lei do direito das sociedades comerciais. É que, urge reafirmar, o princípio da igualdade ao nível do Direito definidor do estatuto jurídico de todos os agentes económicos determina, segundo a Constituição (v. *supra*, nº 11.3.) e o Direito Comunitário (v. *supra*, nº 11.10.), a invalidade de derrogações singulares ao Direito Privado com o objectivo específico de favorecer as sociedades comerciais participadas ou controladas pelo Estado.

Procurando traçar uma tipologia dos principais meios de controlo governamental sobre o sector empresarial do Estado importa começar por diferenciar duas grandes categorias: os meios de controlo sobre as formas empresariais jurídico-públicas e os meios de controlo sobre as formas empresariais jurídico-privadas.

Vejamos, por conseguinte, e de modo sucinto, cada um destes meios de controlo.

1) Independentemente dos meios unilaterais de intervenção especificamente destinados a promover a execução do plano, os principais meios de controlo sobre as formas empresariais jurídico-públicas do sector empresarial do Estado podem assumir a seguinte configuração:

- a) Em primeiro lugar, relativamente às formas empresariais não personalizadas⁶⁰¹, isto é, integradas nas próprias estruturas da Administração directa do Estado, elas estão sujeitas, por isso mesmo, ao *poder de direcção* governamental, enquanto expressão de um vínculo hierárquico típico⁶⁰², podendo este mesmo

⁵⁹⁹ Cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 431.

⁶⁰⁰ Cfr. ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit Public...*, p. 260-261 e 267.

⁶⁰¹ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 141 seg.; IDEM, *Diritto Amministrativo*, I, p. 251 seg.; ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 90.

⁶⁰² Sobre o poder de direcção e a hierarquia administrativa em geral, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, em especial, p. 109 seg. Especificamente sobre as relações hierárquicas ao nível da actividade

regime de gestão, verificadas certas circunstâncias excepcionais, ser aplicável, sempre a título provisório, às empresas públicas dotadas de personalidade jurídica ⁶⁰³;

- b) Em segundo lugar, sobre as empresas públicas em sentido rigoroso, ou seja, sobre as entidades de estrutura empresarial dotadas de personalidade jurídica de direito público, sem prejuízo do respeito pela respectiva autonomia administrativa e de gestão ⁶⁰⁴, o Governo poderá orientar a respectiva actividade, isto através de um *poder de superintendência* ⁶⁰⁵, expresso na emanação de directivas definidoras dos objectivos gerais da sua acção ⁶⁰⁶, além de comportar a definição do enquadramento geral no qual devem desenvolver a respectiva actividade, isto de modo a assegurar a sua harmonização com as políticas económicas ⁶⁰⁷;
- c) Em terceiro lugar, além da possibilidade de sobre as empresas públicas o Governo exercer um poder de orientação expresso na figura da superintendência, a Constituição ⁶⁰⁸ e a lei ⁶⁰⁹ reconhecem a susceptibilidade de sobre tais entidades se exercer ainda um *poder de tutela*, traduzível na faculdade de intervir sobre a respectiva gestão no sentido de assegurar o respeito pela lei e pelo mérito da sua actuação ⁶¹⁰, exigindo informações, inspecções e inquéritos, sujeitando certos actos das empresas públicas a autorização ou a aprovação, senão mesmo, segundo o espaço de liberdade conferido pela Constituição ao legislador, a uma intervenção revogatória ou substitutiva por parte da entidade tutelar;

económica, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 131 e 132; ACHILLE HANNEQUART, *Les Fonctions...*, p. 90.

⁶⁰³ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, artigo 13.º, n.º 3.

Neste preciso âmbito se pode enquadrar a situação das empresas públicas em caso de requisição civil, cfr. Decreto-Lei n.º 637/74, de 20 de Novembro.

⁶⁰⁴ Cfr. ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *L'Autonomie des Entreprises Publiques. Eléments pour une théorie*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1985, p. 1575 seg.; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 72 seg.

⁶⁰⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 228-229.

⁶⁰⁶ Sobre actividade directiva em geral, muito em particular ao nível da Administração Pública, cfr. GIOVANNI MARONGIU, *L'Attività Direttiva nella Teoria Giuridica dell'Organizzazione*, Padova, 1989, em especial, p. 148 seg. Sobre as directivas ao nível da actividade económica, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 128 seg.

⁶⁰⁷ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, artigos 12.º e 13.º.

⁶⁰⁸ Cfr. CRP, artigo 202.º, alínea d).

⁶⁰⁹ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, artigos 12.º e 13.º.

⁶¹⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 221 seg.

- d) Em quarto lugar, o Governo possui ainda o *poder de designar e de destituir*, livremente, os titulares dos órgãos de administração das empresas públicas ⁶¹¹, gozando, deste modo, de um meio de intervenção subjectiva;
- e) Em quinto lugar, mediante os designados contratos económicos ⁶¹² - designadamente através de contratos-programa ⁶¹³ -, respeitados que sejam os princípios constitucionais e comunitários ao nível das contrapartidas por parte do Estado, pode assistir-se a um fenómeno de contratualização das relações entre o Estado e as empresas públicas ⁶¹⁴, falando-se no direito francês em “contratualização da tutela” ⁶¹⁵, isto é, segundo uma terminologia mais rigorosa, o exercício pelo Governo de *poderes contratuais* de intervenção que permitem orientar, conformar e fiscalizar a actividade desenvolvida pelas empresas públicas no âmbito da prossecução do objecto de tais contratos;
- 2) Os meios de controlo sobre as formas empresariais jurídico-privadas do sector empresarial do Estado, por seu lado, são passíveis da seguinte configuração:
- a) Em primeiro lugar, o Governo exerce sobre as sociedades de capitais integralmente públicos ou de capitais mistos, enquanto principal órgão do Estado-sócio ou Estado-accionista, os *poderes normais de um sócio ou accionista*, tal como qualquer outra entidade titular de participações sociais, segundo os termos do Código das Sociedades Comerciais e demais legislação ⁶¹⁶. A amplitude de tais poderes de intervenção está dependente, todavia, à semelhança do que sucede com qualquer outro sócio, do montante da participação, havendo que diferenciar quatro hipóteses:

⁶¹¹ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, quanto aos membros do conselho de administração (artigo 8º, nº 2) e quanto aos membros do conselho de fiscalização (artigo 10º, nº 2).

⁶¹² Sobre os contratos económicos, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, II, Policop., AAFDL, Lisboa, 1979, p. 605 seg.; ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, I, Reimp., AAFDL, Lisboa, 1982-1983, p. 333 seg.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direito Público...*, p. 242 seg.; LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 379 seg.; ANDRÉ DE LAUDADÈRE, *Direito Público...*, p. 422 seg.; SÉRVULO CORREIA, *Os Contratos Económicos...*, p. 95 seg.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS / MARIA EDUARDA GONÇALVES / MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, p. 229 seg.; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública...*, p. 337 seg.; IDEM, *Sumários...*, p. 280 seg.

⁶¹³ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 16º. Especificamente sobre os contratos das empresas públicas, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, I, p. 163 seg.; ANDRÉ DE LAUDADÈRE, *Direito Público...*, p. 506 seg.

⁶¹⁴ Cfr. ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit Public...*, p. 274-275.

⁶¹⁵ Neste sentido, cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 292 seg.

Sobre os modelos de contratualização, cfr. ANNE DRUMAUX, *Contrats de Gestion et Modes de Régulation des Entreprises Publiques*, in BERNARD THIRY / JACQUES VANDAMME (org.), *Les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, em especial, p. 49 seg.

⁶¹⁶ Para um afloramento deste princípio geral, cfr. Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo 4º, nº 2.

- (i) Há uma amplitude máxima do exercício de poderes governamentais de intervenção sobre a sociedade sempre que se verifique uma concentração da totalidade do capital nas mãos do Estado, sendo esse o caso das sociedades unipessoais de capitais públicos;
 - (ii) Haverá ainda uma considerável margem de poderes de intervenção do Governo sobre as sociedades relativamente às quais o Estado seja titular da maioria absoluta do capital social, isto em dois cenários possíveis: em sociedades pluripessoais de capitais públicos e em sociedades de capitais mistos;
 - (iii) Pelo contrário, verificando-se que o Estado apenas detém o controlo de facto da maioria do capital, o grau dos poderes de intervenção do Governo depende mais da falta de entendimento ou de organização dos restantes accionistas do que, em bom rigor, do montante da participação estadual;
 - (iv) Por último, sem prejuízo do que adiante se dirá, se a participação social do Estado num determinada sociedade não lhe garantir o controlo de facto da maioria do capital, significando que somente detém uma posição minoritária no capital social, o Governo apenas gozará dos poderes de intervenção normalmente reconhecidos pela lei geral aos sócios minoritários;
- b) Em segundo lugar, independentemente do montante do capital social titulado pelo Estado e, por isso mesmo, especialmente operante em situações de participação social minoritária - isto é, sublinhe-se, em empresas mistas não integradas no sector empresarial do Estado -, sempre que razões de interesse nacional o requeiram (v, *supra*, nº 11.3.), o Estado pode continuar a deter, a título excepcional, acções privilegiadas (= *golden shares*) que lhe conferem um direito de veto quanto às alterações do pacto social de empresas objecto de privatização e em quaisquer outras deliberações tipificadas nos respectivos estatutos ⁶¹⁷;
- c) Em terceiro lugar, verificando-se razões de interesse nacional que o justifiquem, o Estado pode ainda proceder à nomeação de um administrador para as empresas reprivatizadas, sendo este titular de um verdadeiro poder de veto sobre determinadas deliberações sociais, visando, deste modo, garantir o

⁶¹⁷ Cfr. Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo 15º, nº 3.

interesse público ⁶¹⁸. A este propósito, sublinhe-se, duas observações complementares:

- (i) Por um lado, este administrador nomeado pelo Governo exerce uma dupla função ⁶¹⁹: ele é, simultaneamente, órgão do Estado, fiscalizando a esse título a actividade desenvolvida pela empresa, e órgão da própria empresa, fazendo parte do respectivo Conselho de Administração;
 - (ii) Por outro lado, enquanto órgão do Estado e exclusivamente no âmbito de tal competência ⁶²⁰, o administrador em causa está sujeito ao poder de direcção governamental, significando isto que está vinculado a um dever de obediência às ordens e instruções que o Governo entenda emanar ⁶²¹;
- d) Em quarto lugar, podem estabelecer-se relações contratuais de direito privado entre o Estado e certas sociedades de capitais públicos ou de capitais mistos integrantes do sector empresarial do Estado, visando a criação de vínculos idênticos aos anteriormente referenciados para as empresas públicas sob a designação de contratos económicos, instituindo-se, deste modo, processos de intervenção governamental contratualizados sobre tais entidades empresariais, inclusive uma “influência dominante na direcção” da sociedade ⁶²².

12.7. Traçado o quadro geral dos meios de controlo governamental sobre o sector empresarial do Estado, tanto sobre as formas empresariais jurídico-públicas quanto sobre as formas empresariais jurídico-privadas, cumpre agora responder à interrogação anteriormente colocada (v. *supra* n° 12.5.): será que a diversidade de meios de controlo do Governo sobre cada uma das formas de organização do sector empresarial do Estado traduz qualquer diversidade de grau ou intensidade do controlo efectuado? Será que se pode dizer que as formas jurídico-públicas de organização empresarial comportam um maior grau de intervenção governamental sobre a respectiva gestão?

Na realidade, atendendo aos poderes de intervenção do Governo sobre as entidades empresariais de direito privado objecto de participação social do Estado, incluindo aquelas que

⁶¹⁸ Cfr. Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei n° 11/90, de 5 de Abril, artigo 15°, n° 1.

⁶¹⁹ Faz-se aqui, em boa verdade, uma adaptação do entendimento defendido pelo Professor DIOGO FREITAS DO AMARAL sobre a dupla função dos presidentes das pessoas colectivas de direito público, in *A Função Presidencial nas Pessoas Colectivas de Direito Público*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, p. 9 seg. Esta posição sobre a dupla função dos presidentes das pessoas colectivas de direito público viria a ser por nós, todavia, contestada, in *Conceito e Fundamento...*, p. 240 seg.

⁶²⁰ Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 242.

⁶²¹ Em geral sobre o assunto, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 310 seg.; SEBASTIAN MARTIM-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo...*, I, p. 270-271.

⁶²² Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA, *La Empresa...*, p. 313.

não integram o sector empresarial do Estado - poderes esses tanto mais importantes quanto comparados com os poderes de superintendência e tutela que são exercidos em relação às empresas públicas -, verifica-se que em termos funcionais as sociedades de capitais públicos ou de capitais mistos cujo controlo da maioria do respectivo capital social está nas mãos do Estado se encontram totalmente na disponibilidade do Governo, tendo aqui o Estado ainda uma maior disponibilidade directa sobre a gestão destas do que aquela que possuía antes sobre as mesmas quando assumiam a forma de empresas públicas. Senão vejamos:

- a) Desde logo, sobre as empresas públicas, devendo respeitar o princípio da autonomia de tais entidades públicas, o Estado-Administração tem a sua principal intervenção unilateral limitada ao exercício das faculdades de orientação (= superintendência) e de controlo (= tutela) da actividade desenvolvida, sem poder dirigir ou ordenar em termos jurídicos de forma directa a gestão da empresa, enquanto que sobre as sociedades privadas a intervenção do Estado-accionista tem ao seu dispor todos os meios consagrados aos sócios maioritários pelo Direito das Sociedades;
- b) Por outro lado, mesmo em situações de participação social minoritária do Estado, ou seja, perante empresas que, em princípio, não integrariam o sector empresarial do Estado, a lei confere ao Estado a possibilidade de gozar de prerrogativas especiais, conferindo ao administrador nomeado ou atribuindo às *golden shares* um poder resolutivo sobre as principais deliberações sociais.

Há aqui, por conseguinte, senão uma habilitação para o Estado-accionista exercer sobre a vida interna destas sociedades anónimas poderes de intervenção tão ou mais intensos do que juridicamente pode usar sobre as empresas públicas, pelo menos, reconheça-se, uma idêntica disponibilidade decisória sobre os principais aspectos da actividade empresarial desenvolvida pelas entidades privadas objecto de participação accionista estadual, especialmente quando razões de interesse público de relevo nacional justificam o reforço dos poderes de intervenção do Governo sobre as sociedades de capitais mistos.

3) Titularidade do controlo

12.8. Conhecedores dos principais mecanismos de controlo governamental sobre o sector empresarial do Estado, importa sublinhar que por imperativo constitucional a titularidade de tais poderes deve estar concentrada no Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública, ou em quem este entenda, segundo um modelo de organização que lhe permita sempre, todavia, exercer sobre estas estruturas de controlo poderes de intervenção. Há, deste modo, uma habilitação constitucional que permite ao Governo escolher entre exercer um controlo directo ou um controlo indirecto sobre o sector empresarial do Estado.

Num ponto, porém, não existem dúvidas: a titularidade dos poderes de controlo do Estado sobre o seu sector empresarial pertence sempre ao Governo ou, pelo menos, por ele passa o exercício de mecanismos de intervenção sobre as estruturas decisórias encarregues de exercer um controlo imediato sobre as diversas formas de intervenção empresarial do Estado. Trata-se, em bom rigor, de um corolário directo do princípio da unidade da Administração (v. *supra*, nº 12.3.).

Mais: padece de inconstitucionalidade à luz do estatuto do Governo definido pela Constituição a criação parlamentar de estruturas (públicas ou privadas) de controlo do sector empresarial do Estado sem que o Governo sobre estas entidades tivesse quaisquer mecanismos de intervenção, além de que haveria aqui uma clara violação do princípio da separação de poderes, invadindo a Assembleia da República o poder administrativo pertencente ao Governo mediante a prática de verdadeiros actos administrativos de organização administrativa, tal como seria, por exemplo, a criação por lei do parlamento de uma empresa pública ou de uma sociedade comercial de gestão das participações sociais do Estado.

A temática descrita em torno da titularidade dos mecanismos de controlo pode suscitar, no entanto, duas questões:

- A) Por um lado, no âmbito do controlo governamental directo, deve averiguar-se como se reparte em termos intragovernamentais a titularidade do exercício de tais mecanismos de controlo sobre o sector empresarial do Estado ⁶²³: qual ou quais os ministérios encarregues de exercer os poderes do Estado-accionista ou do Estado-empresário sobre as respectivas empresas?
- B) Por outro lado, uma vez que os mecanismos de controlo governamental podem ser exercidos de forma indirecta, isto é, através de entidades (públicas ou privadas) criadas pelo Estado com o objectivo de concentrarem em si a gestão de diversas empresas ou das participações sociais do Estado, sempre importa recortar os principais traços desta modalidade de controlo administrativo: quais os mecanismos em concreto de controlo governamental indirecto da intervenção empresarial do Estado e, por outro lado, quais os mecanismos de controlo directo do Governo sobre estas entidades?

Vejamos, por conseguinte, cada uma destas duas formas de distribuição da titularidade dos mecanismos de controlo administrativo sobre o sector empresarial do Estado.

12.9. A) Controlo governamental directo

Começando pelas formas de controlo governamental directo, o exercício intragovernamental dos poderes de intervenção administrativa sobre as empresas públicas tem

⁶²³ Sobre a presente temática ao nível do Direito italiano, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 142 seg.

assentado num sistema de bitutela⁶²⁴: a tutela é exercida pelo Ministro das Finanças e por aquele Ministro a cuja matéria se refere o objecto da actividade empresarial⁶²⁵.

De igual modo, especificamente quanto às participações sociais do Estado em empresas dotadas de uma forma jurídico-privada de organização, sem prejuízo das formas indirectas de controlo governamental (v. *infra*, nº 12.10.), a lei ordinária consagra, por princípio, um sistema de competência decisória conjunta entre o Ministro das Finanças e o Ministro da tutela do sector da empresa, designadamente em termos de poderes determinativos da inalienabilidade das participações sociais⁶²⁶. Uma excepção, porém, merece especial referência: compete ao próprio Conselho de Ministros as decisões sobre a transformação das empresas públicas a privatizar em sociedades anónimas⁶²⁷, a deliberação final sobre a reprivatização⁶²⁸, tal como a fixação das condições finais e concretas das operações de cada processo de reprivatização⁶²⁹.

Independentemente do juízo sobre o mérito da distribuição da titularidade do sistema de mecanismos de intervenção intragovernamental sobre as empresas do sector empresarial do Estado⁶³⁰, importa traçar os princípios constitucionais que devem pautar a decisão legislativa sobre a matéria:

- a) Em primeiro lugar, se é certo que pertence à reserva de competência legislativa da Assembleia da República a definição das bases gerais das empresas públicas⁶³¹, tal como a lei-quadro das reprivatizações das empresas cuja nacionalização foi efectuada após o 25 de Abril de 1974⁶³², verdade é que a definição e a configuração intragovernamental do exercício dos poderes de controlo e de decisão sobre o sector empresarial do Estado constitui domínio exclusivo do Governo, segundo a reserva de decreto-lei estabelecida pelo artigo 201º, nº 2, da Constituição⁶³³;
- b) Em segundo lugar, a distribuição intragovernamental da titularidade dos poderes de controlo e de decisão sobre o sector empresarial do Estado, designadamente a opção entre uma forma individual ou colegial de exercício de tal competência, deve pautar-se sempre pelo critério organizativo que, segundo o preceituado pelo artigo 81º, alínea c), determine uma maior e melhor eficiência do sector público;

⁶²⁴ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 435 seg.

⁶²⁵ Cfr. Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, artigo 13º, nº 1.

⁶²⁶ Cfr. Lei nº 71/88, de 24 de Maio, artigo 6º; Decreto-Lei nº 328/88, de 27 de Setembro, artigo 11º.

⁶²⁷ Cfr. Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo 4º, nº 1.

⁶²⁸ Cfr. Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigos 7º, nº 2, e 8º, nº 3.

⁶²⁹ Cfr. Lei-Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei nº 11/90, de 5 de Abril, artigo 14º.

⁶³⁰ Cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 439-440.

⁶³¹ Cfr. CRP, artigo 168º, nº 1, alínea x).

⁶³² Cfr. CRP, artigos 85º, nº 1, e 296º.

⁶³³ Sobre o alcance desta reserva constitucional de decreto-lei, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 642-643.

- c) Em terceiro lugar, especificamente quanto ao princípio da eficiência, a distribuição intragovernamental da titularidade dos mecanismos de controlo sobre o sector empresarial do Estado, envolvendo sempre efeitos (directos ou indirectos) de alcance financeiro ou patrimonial, não pode deixar de respeitar dois postulados integrantes da Constituição material:
- (i) A necessidade de intervenção do Ministro das Finanças, segundo diferentes formas legais que vão da simples informação e inspecção ⁶³⁴ até à decisão, passando por múltiplas modalidades de intervenção *a priori* ou *a posteriori*;
 - (ii) A prevalência decisória da intervenção do Ministro das Finanças sempre que as medidas em causa envolverem aumento das despesas ou diminuição das receitas ⁶³⁵;
- d) Por último, recortados os aspectos integrantes da vinculação constitucional, pode dizer-se que se abre o espaço ou a margem de liberdade do legislador na configuração da distribuição intragovernamental do exercício dos poderes de intervenção sobre o sector empresarial do Estado.

12.10. B) Controlo governamental indirecto

No exercício da liberdade conferida pela Constituição, até como forma de expressão de um entendimento político de uma melhor eficiência do sector empresarial, o Governo pode proceder à criação de estruturas públicas ou privadas, de natureza empresarial ou não, encargues de gerir, em termos globais ou parciais, o sector empresarial do Estado. Trata-se de uma opção que envolve uma lógica de conjunto, isto através de grandes estruturas que funcionam como verdadeiras *holdings* ⁶³⁶.

⁶³⁴ Especificamente sobre o papel da Inspecção-Geral de Finanças no âmbito do Ministério das Finanças, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, I, 2ª ed., p. 295-296; ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas...*, I, p. 279-280; SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 562 seg.

⁶³⁵ O exercício pelo Ministro das Finanças de uma tal competência de aprovação, configurando um verdadeiro veto decisório, conferindo-lhe uma prevalência decisória sobre qualquer outra intervenção governamental ou extragovernamental, está hoje consagrada no artigo 37º da lei orgânica do Governo, aprovada pelo Decreto-Lei nº 296-A/95, de 17 de Novembro. No entanto, o conteúdo desta disposição pode considerar-se integrante da Constituição em sentido material: ele tem estado sempre presente nas leis orgânicas dos sucessivos governos constitucionais, tendo mesmo obtido consagração formal na Constituição de 1933 (artigo 109º, §1º), traduzindo juridicamente uma das condições da reforma financeira que levou o Doutor Oliveira Salazar, em 27 de Abril de 1928, a assumir a pasta das Finanças (cfr. OLIVEIRA SALAZAR, *Discursos...*, I, p. 4-5).

⁶³⁶ Sobre o fenómeno, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Económico*, I, p. 233 seg.; LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 257 seg.; GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 258-259 e 317 seg.; GUSTAVO VIGNOCCHI / GIULIO GHETTI, *Corso di Diritto Pubblico*, 2ª ed., Milano, 1986, p. 443 seg.; ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, II, 15ª ed., Napoli, 1989, p. 1154 seg.; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 278 seg.; NUNO SÁ GOMES, *Nacionalizações...*, p. 246 seg.; JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos...*, I, p. 1216 seg.; PAOLO BARILE,

Mediante esta forma de controlo, passível de operar através de uma ou mais *holdings* dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado - isto sem prejuízo, note-se, da possibilidade de serem criadas entidades públicas que desempenhem uma função directa ou indirecta de verdadeiras *holdings* ou *holding* pública -, o Governo, exercendo directamente sobre estas entidades poderes de controlo e intervenção - ou servindo-se para o efeitos de entes instrumentais -, pode implementar junto de todo o sector empresarial do Estado uma política económica global e coerente, exercendo tais entes de tipo *holding* uma actividade de orientação e controlo sobre as diversas empresas do sector público, incluindo as designadas “sociedades em cascata” resultantes de participação indirecta do Estado (v. *supra*, nº 9.3.).

Visto de diferente perspectiva, pode dizer-se que tais *holdings* ou “empresas-mãe”, apesar de funcionarem em relação às respectivas empresas sob a sua influência em termos exactamente idênticos aos grupos de sociedades integrantes do sector privado dos meios de produção, têm, no entanto, a sua estratégia empresarial e os seus grandes objectivos influenciados pelo Governo, designadamente ao nível das prioridades da política económica e social e do interesse público ⁶³⁷.

Igualmente aqui, sublinhe-se, sem prejuízo de alguns possíveis inconvenientes do sistema em causa ⁶³⁸, se colocam várias questões sobre o modelo organizativo adoptado:

- a) Desde logo, o legislador goza em termos constitucionais da possibilidade de optar por um modelo de uma única entidade de tipo *holding*, concentrando em si a gestão de todo o sector empresarial do Estado, ou, pelo contrário, criar um modelo assente numa pluralidade de *holdings* ou *subholdings*, eventualmente dividido por sectores de actividade, isto sem prejuízo da adopção de modelos mistos;
- b) No entanto, sem prejuízo de uma tal liberdade constitucional de decisão, a verdade é que a adopção de um modelo concentrado de gestão das participações sociais públicas pode bem suscitar possíveis desvios ao regime comunitário da concorrência (v. *supra*, nº 6.13.)⁶³⁹;
- c) Por outro lado, coloca-se a questão da escolha da forma jurídica de organização da própria entidade *holding*, podendo o Governo optar pela criação de um empresa pública tradicional ou, pelo contrário, conferir maior amplitude de gestão, criando uma sociedade anónima;

Istituzioni di Diritto Pubblico, 6ª ed., reimp., Padova, 1994, p. 352 seg.; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 165 seg.; SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo...*, I, p. 268 seg. e 276 seg.; DOMENICO SORACE, *Il Governo...*, p. 818; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Corso...*, p. 720 seg.; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p. 95-96; EDUARDO PAZ FERREIRA, *Sumários...*, p. 208 seg.; L. MAZZAROLLI / G. PERICU / A. ROMANO / F.A.ROVERSI MONACO / F.G. COCA, *Diritto Amministrativo*, I, p. 884 seg.

⁶³⁷ Cf. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 318-319; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 279.

⁶³⁸ Cf. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 282.

⁶³⁹ Neste sentido, cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, p. 336.

d) Por último, não deixa de se colocar ainda aqui uma questão de escolha do modelo intragovernamental de intervenção ou controlo sobre a entidade *holding*, segundo os termos anteriormente equacionados (v. *supra*, nº 12.9.), podendo mesmo levar, tal como sucedeu em Itália, à criação de um Ministério das Participações Estaduais ^{640 641}.

C) Controlo parlamentar

12.11. Expressão privilegiada da subordinação do poder económico público ao poder político democrático, o controlo parlamentar do sector empresarial do Estado constitui elemento essencial de um sistema de governo parlamentar ⁶⁴², assente, por definição, na responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República. Ora, sendo o Governo o órgão superior da Administração Pública, titular de diversos poderes de controlo administrativo sobre o sector empresarial do Estado (v. *supra*, §12º, B)), também pela forma de exercício (ou de não exercício) de tais poderes ele assume responsabilidade política parlamentar.

Segundo já tivemos oportunidade de referir em anterior investigação ⁶⁴³, a responsabilidade política do Governo junto da Assembleia da República compreende as acções e as omissões que aquele órgão praticar no exercício dos poderes de intervenção intra-administrativa, incluindo-se aqui o exercício dos poderes de controlo em relação às entidades integrantes do sector empresarial do Estado, encontrando-se o âmbito da responsabilidade governamental limitado pelo exacto alcance dos respectivos poderes.

Por outro lado, os poderes de intervenção do Governo sobre o sector empresarial do Estado marcam os limites à competência fiscalizadora do parlamento sobre os actos do Estado-

⁶⁴⁰ Cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 322 seg.; ALDO M. SANDULLI, *Manuale...*, II, p. 1115-1116; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público...*, p. 285; GUSTAVO VIGNOCCHI / GIULIO GHETTI, *Corso...*, p. 436 seg.; PAOLO CARETTI / UGO DE SIERVO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Torino, 1992, p. 313 seg.; SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione...*, p.20; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, p. 234 seg. Considerando a existência de um tal Ministério como uma inutilidade, cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 164-165.

⁶⁴¹ O Ministério das Participações Estaduais italiano, criado pela lei nº 1589, de 22 de Dezembro de 1956, viria, no entanto, a ser extinto na sequência do referendo popular de 18 de Abril de 1992, passando as respectivas funções para o Presidente do Conselho, cfr. LUIGI ARCIDIACONO / ANTONIO CARULLO / GIOVANNI RIZZA, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Bologna, 1993, p. 686; DOMENICO SORACE, *Il Governo...*, p. 818-819; L. MAZZAROLLI / G. PERICU / A. ROMANO / F.A.ROVERSI MONACO / F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, I, p.883 seg.

⁶⁴² Neste sentido sobre o sistema de governo português, e para mais desenvolvimentos, cfr. PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 336 seg., em especial, p. 342 seg.

⁶⁴³ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição...*, II, p. 793 seg.

ente-tutelar sobre as empresas públicas e do Estado-accionista sobre as empresas organizadas sob formas jurídico-privadas ⁶⁴⁴.

Com efeito, dentro do respeito pelo princípio da separação de poderes, a Assembleia da República poderá apreciar os actos da Administração ⁶⁴⁵, segundo a “janela” que os poderes de intervenção do Governo lhe permitem “ver”, envolvendo isto, porém, os seguintes esclarecimentos adicionais:

- a) Em primeiro lugar, há que estabelecer uma diferença entre o tipo de apreciação parlamentar sobre os actos do Governo que têm por objecto entidades integrantes do sector empresarial do Estado e aqueles que têm por objecto outro tipo de estruturas administrativas sem natureza empresarial:
 - (i) Desde logo, deve reconhecer-se uma menor intensidade no grau de intervenção parlamentar no controlo das entidades do sector empresarial do Estado, podendo aqui a regra do segredo dos negócios da sociedade se configurar como uma causa legítima de recusa ou limitação do grau de informações a prestar pelo Governo ⁶⁴⁶;
 - (ii) Por outro lado, as entidades integrantes do sector empresarial do Estado, ao invés das estruturas administrativas meramente burocráticas, envolvendo na sua criação, modificação, transformação ou extinção movimentos financeiros, estão (ou devem estar) sujeitas a um maior controlo financeiro pelo parlamento, designadamente através da aprovação do Orçamento do Estado e, posteriormente, da apreciação da Conta Geral do Estado e das contas das outras entidades públicas, aqui se podendo incluir, assim a lei o estabeleça, as contas das empresas públicas ⁶⁴⁷;
- b) Em segundo lugar, deve também existir uma diferença sobre o tipo de apreciação ou controlo que o parlamento faz em relação aos actos do Governo sobre as entidades empresariais integradas na Administração indirecta pública e os actos governamentais que têm como destinatárias as empresas integradas na Administração indirecta privada: as primeiras, comportando entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito público, estão sujeitas a uma maior permeabilidade da incidência do controlo parlamentar, isto ao contrário das entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, especialmente se forem sociedades de capitais mistos, titulares, por

⁶⁴⁴ Sublinhando a crise do controlo parlamentar sobre o sector empresarial do Estado, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 270 seg.; ROBERT SAVY, *Direito Público Económico*, Lisboa, 1984, p. 163-164; JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 180 seg.

⁶⁴⁵ Cfr. CRP, artigo 165º, alínea a).

⁶⁴⁶ Cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, p. 150.

⁶⁴⁷ Cfr. CRP, artigo 165º, alínea d).

isso mesmo, de direitos fundamentais (v. *supra*, nº 12.5.), limitativos do grau de intervenção parlamentar, designadamente ao nível da apreciação das respectivas contas;

- c) Em terceiro lugar, independentemente da natureza das entidades integrantes do sector empresarial, a verdade é que a Assembleia da República nunca se poderá substituir ao Governo no exercício das suas funções de controlo como órgão do ente tutelar ou do Estado-accionista sobre tais entidades empresariais, nem poderá praticar por si quaisquer actos administrativos ou jurídico-privados de decisão concreta sobre uma ou várias entidades do sector empresarial do Estado;
- d) Em quarto lugar, conclua-se, não podendo a Assembleia da República antecipar-se ao Governo no exercício em concreto dos poderes de controlo sobre o sector empresarial do Estado, nem substituir ou revogar as decisões que este tenha adoptado como órgão do ente tutelar ou do ente accionista, a verdade é que parlamento, exercendo uma função geral de "indirizzo" político-económico⁶⁴⁸, e sem prejuízo da sua acção por via legislativa - incluindo a aprovação das leis das grandes opções dos planos e do Orçamento do Estado⁶⁴⁹ -, sempre poderá apreciar as acções ou omissões do Governo, gozando para o efeito de diversos meios procedimentais:
- (i) Requerer ao Governo os elementos e as informações sobre o sector empresarial do Estado que sejam consideradas necessárias⁶⁵⁰;
 - (ii) Fazer perguntas ao Governo sobre um ou vários aspectos do sector empresarial do Estado⁶⁵¹, incluindo pedidos de esclarecimento⁶⁵²;
 - (iii) Interpelar o Governo, provocando a abertura de um debate⁶⁵³, por exemplo, sobre o sector empresarial do Estado ou sobre um seu aspecto em concreto;
 - (iv) Criar comissões parlamentares de inquérito ou de acompanhamento de aspectos relativos ao sector empresarial do Estado⁶⁵⁴;
 - (v) Apreciar em plenário diversos actos que podem assumir relevância - directa ou indirecta, a título principal ou acessório - em termos de controlo parlamentar sobre o sector empresarial do Estado: o programa do Governo, as petições

⁶⁴⁸ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico...*, p. 282-283; GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 273 seg.

⁶⁴⁹ Cfr. CRP, artigo 164º, alínea h).

⁶⁵⁰ Cfr. CRP, artigo 159º, alínea d).

⁶⁵¹ Cfr. CRP, artigo 159º, alínea c).

⁶⁵² Cfr. CRP, artigo 180º, nº 2.

⁶⁵³ Cfr. CRP, artigo 183º, nº 2, alínea c).

⁶⁵⁴ Cfr. CR, artigos 159º, alínea e), 181º e 183º, nº 2, alínea e).

Sobre o papel das comissões parlamentares no controlo do sector empresarial do Estado, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 279 seg.; SEBASTIAN MARTIM-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo...*, I, p. 275-276.

colectivas dirigidas à Assembleia da República, os relatórios de Provedor Justiça, do Tribunal de Contas ou de outras entidades;

- (vi) Votação e aprovação de recomendações ao Governo, de moções de rejeição do programa ou de censura ao Governo, tendo como motivo determinante ou principalmente determinante factores relacionados com a política a adoptar (ou já adoptada) ou decisões concretas já tomadas pelo Governo sobre o sector empresarial do Estado.

O exposto não inviabiliza, todavia, a possibilidade de uma lei geral sobre mecanismos de controlo parlamentar da actividade empresarial do Estado determinar, à semelhança do que sucede em outros países⁶⁵⁵, uma vinculação para o Governo, por exemplo, apresentar anualmente ao parlamento um relatório sobre o número, a actividade e os resultados económicos das empresas públicas, empresas objecto de participação social estadual e suas filiais.

12.12. Independentemente do controlo parlamentar directo sobre a forma de actuação do Governo em relação ao sector empresarial do Estado, importa referir que a Constituição consagra a possibilidade de a própria Assembleia da República apreciar os actos de outras estruturas da Administração⁶⁵⁶, incluindo a faculdade de os deputados requerer os elementos e as informações que necessitem directamente aos órgãos de qualquer entidade pública⁶⁵⁷ e das comissões parlamentares solicitarem o depoimento de titulares de diversas estruturas decisórias públicas e privadas⁶⁵⁸.

Significa isto, por outras palavras, que o controlo parlamentar sobre o sector empresarial do Estado não está apenas dependente da apreciação e fiscalização dos actos do Governo sobre as diversas empresas integrantes do mencionado sector, como é passível de compreender, paralelamente, mecanismos directos de controlo sobre as próprias entidades empresariais⁶⁵⁹.

Deve entender-se, todavia, que qualquer apreciação parlamentar sobre o sector empresarial do Estado deve sempre ser feita no respeito pela posição jurídico-constitucional do Governo, enquanto órgão superior da Administração encarregue da unidade administrativa (v. *supra*, nº 12.3.) e titular de poderes de intervenção (v. *supra*, nº 12.8.): a Assembleia da República não pode exercer sobre o sector empresarial do Estado poderes de intervenção administrativa a título substitutivo do Governo, nem exigir de tais empresas aquilo que nunca poderia fazer directamente ao Governo. Tanto mais que, sublinhe-se, as entidades privadas

⁶⁵⁵ Cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 291; PAOLO BARILE, *Istituzioni...*, p. 354.

⁶⁵⁶ Cfr. CRP, artigo 165º, alínea a).

⁶⁵⁷ Cfr. CRP, artigo 159º, alínea d).

⁶⁵⁸ Cfr. CRP, artigo 181º, nº 3.

⁶⁵⁹ Para uma análise das actuais relações de controlo do parlamento britânico sobre o sector empresarial público, cfr. H.W.R. WADE / C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, p. 175.

integrantes do sector empresarial do Estado têm uma posição *sui generis* no contexto da Administração (v. *supra*, n.ºs 10.5. e 12.5.) e, por isso mesmo, no âmbito do controlo parlamentar da respectiva actividade.

Neste contexto, importa traçar o seguinte quadro de actuação:

- a) O parlamento pode realizar inquéritos tendentes a apreciar os actos da Administração, incluindo, por conseguinte, a possibilidade de serem desencadeados inquéritos destinados a averiguar certos aspectos específicos ou gerais do sector empresarial do Estado;
- b) As comissões parlamentares podem solicitar o depoimento e requerer a presença de dirigentes ou empregados do sector empresarial do Estado ⁶⁶⁰, aqui se incluindo as empresas públicas, as sociedades de capitais públicos e as sociedades de capitais mistos maioritariamente titulados pelo Estado;
- c) Não se encontra impedida, por outro lado, a possibilidade de o parlamento constituir uma comissão eventual ⁶⁶¹, senão mesmo uma comissão especializada permanente ⁶⁶², tendo como competência acompanhar e apreciar a actuação do sector empresarial do Estado ou a actuação do Governo sobre este conjunto da Administração ⁶⁶³;
- d) No âmbito da sua competência, as comissões parlamentares podem requerer ou proceder a quaisquer diligências necessárias ao bom exercício das suas funções, designadamente solicitar informações ou pareceres, realizar audições parlamentares efectuar missões de informação ou de estudo, incluindo requisitar e contratar especialistas para as coadjuvar nos seus trabalhos ⁶⁶⁴;
- e) No entanto, também aqui, uma vez mais, há que distinguir o grau dos poderes de intervenção do parlamento sobre as entidades do sector empresarial que têm uma personalidade de direito público e aquelas que estão organizadas sob formas jurídico-privadas, especialmente quando conjugam capitais mistos: a intervenção da

⁶⁶⁰ Cfr. Regimento da Assembleia da República, artigo 111.º, n.º 1.

⁶⁶¹ Cfr. Regimento da Assembleia da República, artigos 39.º e 40.º.

⁶⁶² Cfr. Regimento da Assembleia da República, artigo 36.º.

⁶⁶³ Durante a IV República francesa foi adoptada uma solução análoga, tendo a lei de 21 de Março de 1947, criado uma subcomissão parlamentar permanente encarregue de controlar as empresas nacionalizadas (cfr. ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit Public...*, p. 272). Igual solução chegou a ser institucionalizada no Reino Unido (cfr. SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo...*, I, p. 275), tendo sido objecto de alteração em 1979 (cfr. H.W.R. WADE / C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, p. 175).

Já durante a V República francesa, por outro lado, desaparecida a existência de uma comissão parlamentar permanente com funções idênticas à citada da IV República (cfr. ANDRÉ DE LAUDADÈRE, *Direito Público...*, p. 503-504), foram criadas diversas comissões eventuais sobre aspectos pontuais do sector empresarial do Estado, tal como foi o caso da comissão sobre as privatizações em 1989 (comissão Douyère) e da comissão sobre o caso Lyonnais em 1994 (comissão d'Aubert), cfr. JEAN-PHILIPPE COLSON, *Droit Public...*, p. 291.

⁶⁶⁴ Cfr. Regimento da Assembleia da República, artigo 112.º, n.º 1.

Assembleia da República poderá ser bem mais intensa quanto às empresas públicas, devendo ser muito mais debilitada quanto às sociedades de capitais mistos;

- f) Em qualquer caso, porém, os titulares dos diversos órgãos das entidades do sector empresarial do Estado não estão impossibilitados de fundamentadamente invocar a regra do segredo do negócio, escudando-se na necessidade de autorização da entidade de tutela ou na invocação de normas legais ou estatutárias para responder a certas questões passíveis de colocar em causa a posição económica de mercado da empresa ⁶⁶⁵ ou direitos de terceiros legalmente protegidos ⁶⁶⁶;
- g) Por último, a intervenção parlamentar directa sobre as entidades do sector empresarial do Estado, além de dever sempre respeitar os poderes constitucionais e legais do Governo sobre a matéria, deve sempre obedecer a um princípio de subsidiariedade e de mediação governamental: o controlo parlamentar sobre o sector empresarial do Estado nunca pode ser feito sem primeiro a Assembleia da República ter exercido poderes de controlo sobre a actuação do Governo em relação a tais empresas (v. *supra* n.º 12.11.), nem o controlo sobre o sector empresarial do Estado pode ser feito à margem da participação governamental no respectivo processo de fiscalização.

D) Controlo jurisdicional

12.13. Uma primeira questão que se pode colocar em termos de controlo jurisdicional consiste na fiscalização financeira da actividade do sector empresarial do Estado pelo Tribunal da Contas. Trata-se, todavia, de uma temática objecto de recente e desenvolvido estudo ao nível da doutrina portuguesa e cujas linhas essenciais são aqui acolhidas e reproduzidas ⁶⁶⁷.

Neste sentido, podemos adiantar as seguintes principais ideias sobre o controlo financeiro do sector empresarial do Estado pelo Tribunal de Contas:

- a) Em primeiro lugar, observando-se o direito ordinário, em especial a Lei n.º 86/89, de 8 de Setembro, verifica-se que não há qualquer controlo do Tribunal de Contas sobre as empresas públicas, sociedades de capitais públicos e sociedades de capitais mistos

⁶⁶⁵ Sobre solução algo semelhante no direito francês, cfr. ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF, *Droit Public...*, p. 272.

⁶⁶⁶ Sobre a tutela dos privados titulares minoritários de participações sociais no capital de uma sociedade mista, cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, III, p.146 e 149.

⁶⁶⁷ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, em especial, p. 535 seg.

(controladas ou meramente participadas)⁶⁶⁸. Cumpre, no entanto, ter presente as duas seguintes observações complementares:

- (i) Competindo ao Tribunal de Contas emitir parecer sobre a Conta Geral do Estado⁶⁶⁹, aí apreciando a actividade financeira do Estado, incluindo a actividade financeira patrimonial que compreende as relações financeiras com o sector empresarial do Estado, pode existir aqui uma intervenção fiscalizadora indirecta por parte do Tribunal de Contas, compreendendo uma apreciação global do financiamento e da gestão do sector empresarial do Estado⁶⁷⁰;
 - (ii) Ao nível da alienação de participações sociais do sector público, desde que a entidade alienante esteja sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas, pode este órgão jurisdicional exercer uma fiscalização limitada e condicionada⁶⁷¹, o mesmo sucedendo com a matéria da reprivatização de empresas nacionalizadas⁶⁷², utilizando em ambos os casos os meios normais de controlo preventivo ou sucessivo, além do parecer sobre a Conta Geral do Estado;
- b) Em segundo lugar, sem prejuízo do entendimento restritivo do legislador na configuração dos poderes de controlo jurisdicional do Tribunal Contas sobre o sector empresarial do Estado, a verdade é que, segundo o artigo 216º, nº 1, alínea c), da Constituição, o legislador está habilitado a conferir outras competências ao Tribunal de Contas:
- (i) Pode, por isso mesmo, uma futura lei sobre a matéria, integrar expressamente no elenco de poderes de Tribunal de Contas o controlo da actividade financeira de todas as entidades (públicas e privadas) integrantes do sector empresarial do Estado, incluindo as sociedades de capitais mistos não controladas juridicamente pelo Estado⁶⁷³;
 - (ii) É possível mesmo defender, atendendo à integração das entidades do sector empresarial do Estado na Administração indirecta privada (v. *supra*, nº 10.5.),

⁶⁶⁸ Em bom rigor, já o artigo 29º do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, exclui as contas das empresas públicas de serem submetidas ao julgamento do Tribunal de Contas, podendo daqui retirar-se, segundo um argumento por maioria de razão, igual exclusão legal por parte das sociedades de direito privado integrantes do sector empresarial do Estado.

⁶⁶⁹ Cfr. ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas...*, I, p. 477.

⁶⁷⁰ Neste sentido, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 117 seg.

⁶⁷¹ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 123-124.

⁶⁷² Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 121 seg.

⁶⁷³ Neste sentido, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, em especial, p. 117 e 568; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 328 e 331.

Esta trata-se, aliás, da solução vigente no Direito espanhol, cfr. SEBASTIAN MARTIM-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo...*, I, p. 271-272; ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, *Las Empresas...*, p. 276 seg.

o dever constitucional de o legislador subordinar ao controlo do Tribunal de Contas a actividade financeira de tais entidades, isto por três ordens de razões:

- 1ª) - As entidades do sector empresarial do Estado, além de desenvolverem uma actividade tendo por base a prossecução do interesse público (v. *supra*, nºs 6.6. e 9.8.) e pautada por especiais vinculações juridico-públicas (v. *supra*, nºs 11.3., 11.4. e 11.6.), envolvem a utilização de dinheiros públicos relativamente aos quais se colocam as mesmas questões de confiança, responsabilização e controlo que estão presentes na justificação da actual fiscalização pelo Tribunal de Contas da actividade financeira do Estado e de outras entidades públicas de natureza não empresarial;
- 2ª) - Excluir o sector empresarial do Estado da sujeição ao controlo pelo Tribunal de Contas será um incentivo conducente a uma prática fraudulenta que leve ao exercício encapotado de funções sem natureza empresarial, apesar de envolverem a utilização de dinheiros públicos, por entidades formalmente empresariais dominadas pelo Estado ou, pura e simplesmente, conduza a criar entidades de direito privado com o fim específico de fugir à fiscalização do Tribunal de Contas ⁶⁷⁴;
- 3ª) - Tal como na Administração Pública de natureza não empresarial os mecanismos de controlo gracioso nunca prejudicam o acesso à via contenciosa, a verdade é também os controlos internos existentes nas diversas entidades empresariais do sector público (v.g., comissão de fiscalização, conselho fiscal ou revisor oficial de contas) não passando de meras ficções ⁶⁷⁵, nunca devem prejudicar a intervenção do Tribunal de Contas, a qual, sendo bastante diferente das finalidades que presidem aos mecanismos de controlo interno ⁶⁷⁶, expressa uma exigência de subordinação da actividade administrativa ao controlo jurisdicional e, por isso mesmo, ao princípio democrático (v. *supra*, nº 12.1.).

c) Em terceiro lugar, uma futura disciplina jurídica do controlo pelo Tribunal de Contas da actividade do sector empresarial do Estado será passível de compreender os seguintes aspectos:

⁶⁷⁴ Condenando este último aspecto, referindo que “seria verdadeiramente inadmissível que, pelo simples facto de constituir uma sociedade comercial, o Estado (ou outros entes públicos) deixassem de estar submetidos à fiscalização financeira do Tribunal de Contas”, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 568.

⁶⁷⁵ Sublinhando o carácter de ficção dos controlos privados sobre as entidades públicas sob formas privadas, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga...*, p. 329.

⁶⁷⁶ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 569.

- (i) Desde logo, deverão estar sujeitas à fiscalização obrigatória do Tribunal de Contas as empresas públicas, as sociedades de capitais públicos, as sociedade de capitais mistos integradas no sector empresarial do Estado, podendo, porém, a lei adoptar ainda formas de fiscalização facultativa para as sociedades de capitais mistos não integradas no sector empresarial do Estado⁶⁷⁷;
 - (ii) Por outro lado, o julgamento das contas das entidades sujeitas a fiscalização do Tribunal de Contas deve ser entendido em termos de envolver um “juízo de legalidade sobre a actividade financeira pública como um juízo amplo, que abrange necessariamente a avaliação do cumprimento de um dever de boa-gestão na prossecução do interesse público”^{678 679};
 - (iii) De igual modo, visando a preservação dos interesses patrimoniais do Estado, deve estar consagrado na lei um reforço dos poderes do Tribunal de Contas no acompanhamento dos processos de reprivatização de empresas e de alienação das participações sociais do Estado⁶⁸⁰;
- d) Em quarto lugar, e em conclusão, urge fazer uma reforma do actual sistema de controlo do Tribunal de Contas sobre a actividade financeira do sector empresarial do Estado, uma vez que o presente défice de mecanismos de fiscalização da legalidade jurídico-financeira coloca em causa a própria exigência constitucional de subordinação do poder económico público ao princípio democrático e ao poder político (v. *supra*, nº 12.1.).

12.14. Diferentemente do controlo jurisdicional sobre a legalidade financeira da actuação do sector empresarial do Estado, e sem prejuízo de todos os mecanismos normais de fiscalização concentrada ou difusa da constitucionalidade de actos normativos que de modo directo ou indirecto digam respeito ao sector empresarial do Estado, a verdade é que as formas jurídicas de organização e de actuação das entidades integrantes do sector empresarial do Estado estão ainda sujeitas aos seguintes mecanismos de controlo jurisdicional:

- a) Os actos jurídicos-públicos de criação de empresas públicas ou de participação no capital social de entidades empresariais (v. *supra*, nº 9.7. e 9.8.) e também os actos destacáveis que permitam a criação pelo Estado de entidades sob forma jurídico-privada de organização (v. *supra*, nº 10.12.) ou que determinem a actuação de entidades públicas sob a égide do direito privado (v. *supra*, nº 11.9.), enquanto

⁶⁷⁷ Neste sentido, cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 575-576.

⁶⁷⁸ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 570.

⁶⁷⁹ Sobre os limites à intervenção fiscalizadora do Tribunal de Contas, cfr. GIOVANNI QUADRI, *Diritto Pubblico...*, p. 282 seg.

⁶⁸⁰ Cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização...*, p. 576 seg.

decisões materialmente administrativas, são sempre passíveis de recurso contencioso junto dos tribunais administrativos;

- b) No que respeita aos actos de autoridade praticados por entidades empresariais ao abrigo de prerrogativas reguladas pelo Direito Administrativo, independentemente da sua natureza excepcional no contexto das relações entre a forma de organização e os poderes em causa (v. *supra*, nº 10.8.), eles estão sempre sujeitos aos meios processuais típicos do contencioso administrativo ⁶⁸¹;
- c) Pelo contrário, os actos de gestão privada praticados pelas entidades integrantes do sector empresarial do Estado, sejam elas empresas dotadas de uma personalidade de Direito Público ou de Direito Privado, estão sujeitos ao controlo jurisdicional pelos tribunais judiciais ⁶⁸², não obstante a possibilidade de aí serem suscitadas questões prejudiciais referentes à validade de actos administrativos e cuja competência pertence ao conhecimento dos tribunais administrativos (v. *supra*, nºs 10.12. e 11.9.), salvo, nesta última hipótese, tratando-se de um caso de nulidade do acto administrativo, uma vez que se deve reconhecer ao tribunal judicial competência para conhecer a título incidental de uma tal nulidade ⁶⁸³.

⁶⁸¹ Neste sentido se podem apontar dois exemplos: (i) as empresas públicas de “interesse político”, segundo decorre do artigo 46º, nº 2, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril; (ii) as empresas concessionárias, quanto aos actos administrativos que pratiquem, isto nos termos do artigo 51º, nº 1, alínea d), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 129/84, de 27 de Abril.

⁶⁸² Neste sentido, especificamente quanto às empresas públicas típicas, cfr. artigo 46º, nº 1, do Estatuto das Empresas Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril.

⁶⁸³ Neste último sentido, cfr. artigo 134º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo.

§13° - Síntese do capítulo III

O estudo desenvolvido ao longo deste capítulo em torno das formas jurídicas de organização e de actuação do sector empresarial do Estado possibilita que se retire a seguinte síntese das principais ideias:

- 1) A utilização de formas jurídicas de Direito Privado na organização empresarial pública, sendo historicamente anterior ao Estado liberal, traduz hoje, todavia, uma forma de privatização formal das empresas do Estado, podendo esconder uma tal fuga para modelos societários de organização empresarial a continuação, senão mesmo a ampliação, da intervenção económica pública;
- 2) As actuais formas de intervenção empresarial do Estado têm a sua fonte em uma de três situações:
 - (i) Em acto de autoridade ablativo do direito de propriedade privada;
 - (ii) Em processo de criação *ex novo* de empresas sob forma jurídica pública ou privada;
 - (iii) Na participação (directa ou indirecta) no capital social de empresas já existentes de capitais públicos ou de capitais privados;
- 3) A Constituição, expressando um modelo de economia mista de bem-estar, confere ao legislador uma ampla liberdade conformadora na opção entre uma intervenção empresarial pública directa e o recurso à concessão a entidades privadas ou a outras formas de colaboração e participação empresarial entre entidades públicas e entidades privadas;
- 4) A Constituição não impossibilita que a intervenção empresarial do Estado possa envolver um juízo de prognose, ponderando, segundo o princípio da proporcionalidade ao nível do balanço custos-vantagens, entre os prováveis benefícios resultantes de uma tal intervenção e os seus eventuais aspectos negativos, comparando com outros mecanismos alternativos de intervenção económica pública;
- 5) A liberdade de escolha da intervenção empresarial do Estado conferida pela Constituição ao legislador, além de sofrer especiais limites ao nível da actividade empresarial que tem por objecto o ensino e a educação, está ainda particularmente vinculada ao respeito pelo princípio da igualdade, pelos direitos fundamentais dos cidadãos e pelo princípio da prossecução do interesse público;

- 6) O princípio constitucional da prossecução do interesse público, enquanto fundamento, critério e limite da intervenção empresarial do Estado, determina que o objecto da actividade das entidades empresariais criadas ou participadas pelo Estado vise prosseguir finalidades públicas, podendo extrair-se, por isso mesmo, uma regra de preferência pela participação maioritária do Estado no capital social de empresas mistas, enquanto instrumento de garantia de uma direcção e controlo de gestão tendentes a fazer prevalecer o interesse público;
 - 7) Sendo a prevalência do interesse público no âmbito do sector empresarial do Estado feita no quadro de um sistema económico social de mercado, a intervenção empresarial do Estado pode ser instrumentalizada ao serviço do modelo constitucional de Estado de bem-estar e da defesa do próprio sistema de mercado, remetendo ainda a Constituição para o legislador a definição das situações subsumíveis no conceito de interesse público habilitador da intervenção empresarial do Estado;
 - 8) A existência de uma actual profunda reformulação na estrutura orgânica da Administração Pública e no direito regulador da sua actividade, permite compreender a possibilidade de serem prosseguidos fins de entidades públicas através de entidades de direito privado por aquelas criadas e instrumentalizáveis para a concretização de tais fins públicos, falando-se na existência de uma Administração paralela sob forma privada: as entidades privadas integrantes do sector empresarial do Estado constituem uma Administração indirecta privada do Estado;
 - 9) Não existindo hoje na Constituição qualquer garantia institucional da tradicional forma das empresas públicas, enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, e sem prejuízo da liberdade conformadora do legislador na determinação exacta das formas jurídicas de organização do sector empresarial do Estado, pode extrair-se do texto constitucional - segundo resulta dos princípios da eficiência do sector público e da reprivatização, além da própria simpatia da Constituição pelas empresas de capitais públicos - uma preferência implícita por formas jurídico-privadas de organização da intervenção empresarial do Estado;
 - 10) A liberdade preferencial na determinação da forma jurídica de organização do sector empresarial do Estado sofre limitações decorrentes da natureza dos poderes que se exercem, do respeito pelos princípios da legalidade democrática, da igualdade, imparcialidade, da certeza jurídica e da intervenção
-

de controlo por parte do Estado, além de um conjunto de vinculações decorrentes do Direito Comunitário e dos direitos fundamentais:

- (i) Resulta da Constituição a exigência de uma forma jurídico-pública para o desenvolvimento normal ou permanente de prerrogativas de autoridade ou para uma actuação sob a égide do Direito Administrativo em áreas típicas ou nucleares da actividade administrativa;
 - (ii) A mesma entidade sujeita a uma influência dominante dos poderes públicos não pode ter como objecto de acção regular determinado sector de actividade, exercendo uma função tipicamente de autoridade pública, e exercer também, em simultâneo, uma acção de exploração económica no respectivo sector de actividade, sujeita a motivações de natureza empresarial tal como qualquer agente económico privado;
 - (iii) A opção por formas jurídico-privadas, não pode ser determinada, nem conduzir, a uma diminuição do nível de garantia ou de protecção das posições jurídico-subjectivas dos particulares;
 - (iv) A liberdade de escolha da forma de organização do sector empresarial nunca se pode transformar num processo mediante o qual a Administração ganhe de facto um poder de escolher o direito disciplinador da sua actuação;
 - (v) Se não for possível a utilização pelo Estado de quaisquer meios de direcção ou de fiscalização tendentes a assegurar os fins públicos da actividade empresarial desenvolvida, não será admissível em termos constitucionais a liberdade de opção por formas jurídico-privadas de intervenção empresarial;
 - (vi) O legislador ordinário, segundo decorre do princípio democrático, poderá, dentro do quadro constitucional de liberdade, criar ainda toda uma série de limitações à escolha da forma de organização do sector empresarial do Estado;
- 11) As limitações à liberdade constitucional de escolha das formas de organização empresarial do Estado podem ser introduzidas pelo legislador e, fora das áreas de reserva de lei, pelo Governo através de regulamentos independentes fundados no artigo 202º, alínea g), da Constituição, isto sem prejuízo da preferência constitucional pela primeira modalidade;
- 12) A decisão em concreto sobre a forma jurídica a adoptar para certa intervenção empresarial do Estado ou a liberdade de decisão sobre as diversas modalidades

- de intervenção económica a seguir num cenário fixado pela lei constitui um espaço reservado da Administração;
- 13) A decisão de escolha de formas jurídico-privadas de intervenção empresarial do Estado, incluindo a criação de uma empresa e a adopção de uma forma jurídica de organização de Direito Privado ou a aquisição/alienação de participações sociais em mercado directamente por uma entidade pública, envolve sempre um procedimento decisório prévio de formação da vontade por parte de órgãos de entes públicos e um inerente acto (expresso ou implícito) regidos pelo Direito Administrativo e, por isso mesmo, passível de controlo contencioso a título de acto destacável;
 - 14) Não podendo as entidades privadas escolher a aplicação do Direito Administrativo na sua forma de actuação, há uma verdadeira reserva constitucional de Direito Privado a favor da actuação empresarial das entidades privadas;
 - 15) Sempre que a intervenção empresarial do Estado assumir uma forma jurídico-privada de organização, as subsequentes sociedades de Direito Privado integrantes do sector empresarial do Estado não podem escolher o Direito Administrativo como direito regulador da sua forma de actuação, antes estão adstritas, segundo valores tutelados pela Constituição e pelo Direito Comunitário, a aplicar um Direito Privado semipublicizado, isto é, sujeito a certas vinculações jurídico-públicas;
 - 16) A escolha entre uma forma jurídica de actuação regida pelo Direito Privado ou pelo Direito Público constitui uma opção reservada às entidades que gozam de uma personalidade de Direito Público;
 - 17) No contexto de uma especial ordenação hierárquica de fontes, o artigo 3º do Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, manda aplicar o Direito Privado às empresas públicas. Trata-se, porém, de um Direito Privado ainda mais publicizado do que aquele que à aplicado às entidades de Direito Privado integrantes do sector empresarial do Estado;
 - 18) A existência de uma reserva de Direito Administrativo garantida pela Constituição determina que uma “fuga” da actuação administrativa envolvendo o exercício de poderes de autoridade para formas jurídico-privadas, representando um afastamento do Direito Administrativo, seja inconstitucional: trata-se de uma solução contrária a valores e interesses constitucionalmente tutelados pelo Direito Privado, além de mutilar a reserva constitucional de competência contenciosa a favor dos tribunais administrativos, incluindo a

configuração constitucional das garantias contenciosas dos administrados contra a actuação da Administração violadora da legalidade objectiva ou lesiva das posições jurídicas subjectivas dos particulares;

- 19) No entanto, tratando-se de uma actividade administrativa que não envolve o exercício de poderes de autoridade, a Constituição não impõe qualquer forma jurídica pública ou privada de actuação, remetendo antes para a decisão do legislador ou para a Administração - segundo habilitação legal para o efeito - uma tal escolha;
- 20) Mais: o exercício pelo Estado de uma actividade empresarial de natureza comercial ou industrial em situação de livre concorrência - seja através de formas de organização privadas ou públicas - deve sempre ser pautada, segundo exigência da Constituição e do Direito Comunitário, pelo Direito Privado;
- 21) Resulta da Constituição, por conseguinte, uma verdadeira reserva de Direito Privado a favor de todas as entidades (públicas e privadas) integrantes do sector empresarial do Estado que desenvolvam a sua actividade em mercado concorrencial;
- 22) Nos termos da Constituição, enquanto expressão do princípio democrático, a actividade desenvolvida pelo Estado-empresário está subordinada ao controlo jurídico, técnico e de mérito do Estado-colectividade;
- 23) O controlo administrativo pelo Governo do sector empresarial do Estado traduz a expressão do princípio da unidade da Administração, articulando-se com o princípio democrático e o princípio da legalidade;
- 24) A diversidade de mecanismos de controlo pelo Governo do sector empresarial do Estado reflecte a diferenciação entre as formas de organização empresariais de Direito Privado e as de Direito Público;
- 25) Segundo o regime legal, o Estado-accionista está habilitado a exercer sobre a vida interna das sociedades anónimas de capitais públicos ou de capitais mistos poderes de intervenção tão ou mais intensos do que aqueles que juridicamente pode usar sobre as empresas públicas, especialmente quando razões de interesse público de relevo nacional justificam o reforço dos poderes de intervenção do Governo sobre as sociedades de capitais mistos;
- 26) O Governo goza de uma competência reservada para exercer controlo sobre o sector empresarial do Estado, podendo optar, todavia, por formas de controlo directo ou indirecto;

- 27) A distribuição intragovernamental do exercício da competência administrativa do Governo constitui uma competência legislativa reservada deste, assumindo particular relevância a intervenção do Ministro das Finanças no controlo dos efeitos financeiros ou patrimoniais do sector empresarial do Estado;
 - 28) O controlo parlamentar pode incidir sobre a actuação do Governo em relação ao sector empresarial do Estado ou sobre as próprias entidades integrantes do sector empresarial do Estado, sem prejuízo do respeito pela posição jurídico-constitucional do Governo e não obstante certas limitações quanto ao respectivo grau de fiscalização;
 - 29) Enquanto expressão de um verdadeiro dever constitucional, a actividade do sector empresarial do Estado com relevância financeira deveria estar sujeita à fiscalização directa do Tribunal de Contas;
 - 30) Os actos mediante os quais o Estado cria entidades integrantes do sector empresarial do Estado ou determina a participação no seu capital social, tal como os actos resultantes das diversas formas jurídicas de actuação destas entidades, estão sempre sujeitos a controlo jurisdicional.
-

CONCLUSÃO

§14º - Conclusões gerais

14.1. *Primeira conclusão:*

A consagração pela Constituição de um modelo de economia social de mercado ou economia mista de bem-estar implica a convivência entre um intervencionismo público tendente a implementar a cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social e, por outro lado, uma tendencial regra de subsidiariedade da intervenção do Estado.

14.2. *Segunda conclusão:*

A intervenção económica pública directa, incluindo o exercício pelo Estado de uma “função accionista” através da participação no capital social de empresas sob forma jurídica privada, tanto se pode inserir no sector público quanto se poderá situar no âmbito do sector privado dos meios de produção.

14.3. *Terceira conclusão:*

Não obstante a consagração constitucional dos princípios da apropriação colectiva dos meios de produção e da existência de sectores básicos vedados à actividade de entidades privadas, o sector público empresarial tem a sua exacta dimensão e a respectiva importância mais dependente da vontade política do legislador ordinário do que de qualquer garantia conferida pela Constituição, salvaguardando, porém, este modelo de Constituição económica aberta à vontade popular o respeito por três limites:

- (i) O princípio da coexistência entre os diferentes sectores de propriedade dos meios de produção;
- (ii) A relevância operativa da cláusula de bem-estar;
- (iii) As vinculações decorrentes do Direito Comunitário.

14.4. *Quarta conclusão:*

O Estado goza pela Constituição de uma genérica iniciativa económica pública, enquanto expressão de uma competência constitucional de concretização da cláusula de bem-estar, representando o interesse público o fundamento, o limite e o critério de uma actuação económica estadual subordinada ao princípio da necessidade e ao respeito pelo Direito Comunitário, especialmente ao regime comunitário da concorrência.

14.5. Quinta conclusão:

A intervenção empresarial do Estado, visando a prossecução do interesse público e reflectindo nas respectivas entidades empresariais criadas ou participadas tais finalidades públicas, envolve, sempre que se traduza na criação ou integração no sector empresarial do Estado de entidades privadas, a formação de uma Administração indirecta do Estado sob forma privada.

14.6. Sexta conclusão:

No contexto de uma considerável liberdade conferida pela Constituição ao legislador na determinação do modelo de intervenção económica do Estado, é possível recortar ao nível da escolha das formas jurídicas de organização da intervenção empresarial duas regras:

- (i) Existe uma preferência constitucional implícita por formas jurídico-privadas de organização da intervenção empresarial do Estado;
- (ii) Há mesmo uma preferência constitucional pela participação maioritária do Estado no capital social de empresas mistas.

14.7. Sétima conclusão:

A liberdade preferencial de escolha da forma jurídica de organização da intervenção empresarial do Estado decorrente da Constituição, além de ser uma decisão concreta inserida num espaço reservado à Administração, susceptível de poder ser limitado por acto legislativo ou decreto regulamentar, nunca pode envolver, no entanto, a atribuição a título normal ou permanente a entidades empresariais sob forma privada do exercício de poderes de autoridade pública, nem traduzir um expediente de fuga às vinculações constitucionais e comunitárias ou ao controlo por parte do Estado.

14.8. Oitava conclusão:

Existindo uma reserva constitucional de Direito Administrativo e uma outra de Direito Privado, deve entender-se que todas as entidades (públicas ou privadas) integrantes do sector empresarial do Estado que desenvolvam uma actividade empresarial em mercado concorrencial têm, segundo decorre da Constituição e do Direito Comunitário, de pautar sempre a sua actuação pelo Direito Privado.

14.9. Nona conclusão:

O Direito Privado aplicado pelas entidades integrantes do sector empresarial do Estado, enquanto empresas sujeitas a uma influência dominante do poder público, é um Direito Privado *sui generis*, sujeito a diferentes graus de publicização, afastando-se em certos aspectos, por isso

mesmo, do Direito Privado aplicado pelas empresas integrantes do sector privado dos meios de produção.

14.10. Décima conclusão:

A actividade desenvolvida pelo sector empresarial do Estado deve estar sujeita, segundo resulta de diversos princípios acolhidos pela Constituição, designadamente o princípio da subordinação do poder económico público ao poder político democrático, a mecanismos de controlo governamental, parlamentar e jurisdicional, abrangendo estes dois últimos as próprias formas de exercício do controlo governamental sobre o sector empresarial do Estado.

Título: Livro Branco do Sector Empresarial do Estado

*GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL PARA A ANÁLISE E AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO
E DAS PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO DO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO*

Lisboa, 1998

Paginação e edição: Ministério das Finanças

Capa, fotolito e montagem: Departamento de Documentação e Artes Gráficas
da Direcção-Geral da Administração Pública

Impressão: Silvas, CRL

Encadernação: Departamento de Documentação e Artes Gráficas
da Direcção-Geral da Administração Pública

Depósito Legal – 127 978/98

ISBN: 972-9244-48-0