

ISSN 0874-4181

TEMAS DE INTEGRAÇÃO



ALMEDINA

5.º VOLUME • 1.º SEMESTRE DE 2000 • NÚMERO 9

Temas de Integração

Publicação Semestral

Directores:

Manuel Porto e Francisco Amaral

Conselho Científico:

J. Xavier de Basto, P. Borba Casella, P. Pitta e Cunha, Renato Flôres,
R. Moura Ramos e Werter Faria

Secretário da Redacção:

J. Santos Quelhas

Editor:

LIVRARIA ALMEDINA – COIMBRA

Distribuidores:

LIVRARIA ALMEDINA
ARCO DE ALMEDINA, 15
TELEF. 239851900
FAX. 239851901
3004-509 COIMBRA – PORTUGAL
www.almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA – PORTO
R. DE CEUTA, 79
TELEF. 22 2059773
FAX. 22 2039497
4050 PORTO – PORTUGAL

EDIÇÕES GLOBO, LDA.
R. S. FILIPE NERY, 37-A (AO RATO)
TELEF. 21 3857619
FAX 21 3844661
1250 LISBOA – PORTUGAL

LIVRARIA ALMEDINA
ATRIUM SALDANHA
LOJA 31
PRAÇA DUQUE DE SALDANHA, 1
TELEF. 21 3712690
atrium@almedina.net

Execução Gráfica:

G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Email: producao@graficadecoimbra.pt

Depósito Legal n.º 14030/99

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Esta revista beneficia de apoio da JNICT

TEMAS DE INTEGRAÇÃO

5.º VOLUME

1.º SEMESTRE DE 2000 • N.º 9

ÍNDICE

Livre Circulação de Serviços na Comunidade Europeia e no MERCOSUL por <i>Werter R. Faria</i>	5
Concentrações de Empresas — Forças motrizes e consequências económicas por <i>Alfredo Marques</i>	17
MERCOSUL: Desafios e Perspectivas por <i>Alberto do Amaral Júnior</i>	51
O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados-Membros pela Violação do Direito Comunitário. Delineamento e Aperfeiçoamento Progressivo por <i>Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro</i>	67
O Âmbito Material de Aplicação da Directiva 77/187/CE de 14 de Fevereiro de 1977, — A manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de esta- belecimentos —, à luz da jurisprudência do Tribunal das Comunidades por <i>Vasco Moura Ramos</i>	91
Vária	111
Uma Carta sem Destino? — Breve apresentação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE por <i>Miguel Gorjão-Henriques</i>	113
Recensão	135

LIVRE CIRCULAÇÃO DE SERVIÇOS NA COMUNIDADE EUROPÉIA E NO MERCOSUL

por *Werter R. Faria**

A decisão de estabelecer um mercado comum expressa no Tratado de Assunção enfrenta dificuldades de realização que provém do próprio acordo constitutivo, do projeto de uma organização internacional de integração totalmente dependente dos governos das Partes Contratantes. Os mercados comuns são criados para promover a unificação de mercados nacionais e, por motivos óbvios, pressupõem o caráter supranacional da entidade. A reunião desses mercados em um só importa a formação de ordenamentos jurídicos próprios, distintos dos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados Partes.

Uma das maiores singularidades do ordenamento jurídico da Comunidade Européia reside na adoção das normas jurídicas pelos órgãos a que transferiram competências em matérias sobre as quais legislavam soberanamente. A necessidade da cessão de competências decorre da natureza supranacional dessas organizações de integração.

Com relação ao Mercosul, as Partes Contratantes propuseram-se constituir uma entidade que denominaram mercado comum, embora carente do atributo da supranacionalidade, dotado de estrutura intergovernamental, cujos órgãos deliberativos podem estabelecer normas. Como elas não têm origem em cessão de competências das Partes Contratantes para o Mercosul, exigem atos de recepção para se integrarem nos respectivos ordenamentos jurídicos. Pelo contrário, os atos normativos da Comunidade Européia assemelhados às leis apli-

* Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) e Presidente da Associação de Estudos de Integração da Comunidade Européia no Brasil (ECSA-Brasil).

cam-se diretamente nos territórios dos Estados membros, e sua interpretação uniforme é garantida pelo Tribunal de Luxemburgo, que exerce competências diferentes das atribuídas ao Poder Judiciário dos Estados membros.

O Tratado de Assunção prevê a livre circulação de bens, de pessoas, de serviços e de capitais, porém assegura e normatiza apenas a circulação de mercadorias, nos termos do Programa de Liberalização Comercial (anexo I). As outras liberdades ainda não foram normatizadas e asseguradas. De acordo com o calendário de desgravação progressiva, linear e automática, operou-se a eliminação dos direitos aduaneiros incidentes sobre todos os produtos compreendidos no universo tarifário. Contudo, prossegue o entrave às trocas comerciais causado por medidas de efeito equivalente aos direitos aduaneiros e por restrições quantitativas a importações.

O art. 2º, c), do Tratado da Comunidade Européia enuncia as características de um mercado comum: a livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais, em consequência da abolição, entre os Estados membros, das medidas protecionistas existentes. O conceito de mercado comum baseado nestas características era universalmente admitido ao tempo da assinatura do Tratado de Assunção. Recorde-se que o seu art. 1º dispõe: "Este Mercado Comum implica a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos", isto é, trabalho e capital.

O art. 60 do Tratado de Roma fixa o sentido do termo "serviços: são as prestações realizadas normalmente mediante remuneração e que não se enquadram nas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de pessoas e de capitais. E enumera, de forma exemplificativa, os serviços compreendidos nessa definição:

- atividades de natureza industrial;
- atividades de natureza comercial;
- atividades artesanais; e
- atividades das profissões liberais.

Uma das notas individualizadoras dos serviços é a remuneração correspondente à prestação. A outra consiste no caráter temporário ou permanente do exercício das atividades não-assalariadas.

A livre circulação de pessoas, quer no Tratado de Roma, quer no Tratado de Assunção, é um dos requisitos necessários para a construção dos mercados comuns que esses instrumentos têm em vista estabelecer. O Tratado de Roma faz referência à abolição, entre os Estados membros, dos obstáculos à livre circulação, tanto de mercadorias,

como de pessoas, de serviços e de capitais. O Tratado de Assunção só menciona a eliminação dos entraves relacionados com a circulação de mercadorias. A construção do mercado comum é um propósito cuja consecução depende de novos acordos internacionais que regulem a abolição, entre as Partes Contratantes, dos obstáculos à livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais.

A livre circulação de pessoas na Comunidade Europeia concretiza-se por meio da aplicação de medidas destinadas a extinguir as barreiras à entrada, permanência e saída dos nacionais de um Estado membro no território de outro Estado membro, bem como pelo acesso e exercício de uma atividade econômica, assalariada ou independente. Quando se trata de atividade assalariada, aplicam-se as normas sobre a livre circulação dos operários, o que traz como consequência a eliminação de qualquer espécie de discriminação, entre os trabalhadores dos Estados membros, em razão da nacionalidade. No caso de atividade independente, incidem outras normas, que são as relativas à livre prestação de serviços e ao direito de estabelecimento, segundo o caráter temporário ou permanente do exercício. A diferença entre a livre prestação de serviços e o direito de estabelecimento encontra-se na forma como são exercitadas as atividades não-assalariadas. O estabelecimento é a fixação do nacional de um Estado membro em outro Estado membro, seja pessoa singular ou coletiva, para o exercício não-assalariado e permanente de uma atividade econômica; a prestação de serviços, o desempenho de atividade econômica não-assalariada, por nacional de um Estado membro em outro Estado membro, a título temporário e mediante remuneração. Comparadas as duas definições, verifica-se que a diferença entre prestação de serviços e estabelecimento reside na forma temporária ou permanente do exercício da atividade econômica não-assalariada.

A noção de serviços, cuja livre prestação é uma das características que deve possuir o Mercosul, não pode ser diferente na interpretação dos Tratados de Assunção e de Roma. Por força da norma geral do art. 21 da Convenção de Viena, os termos de um tratado devem ser interpretados conforme o seu sentido ordinário ou corrente e no contexto do instrumento. **Antonio Remiro Brotons**, no seu *Direito dos Tratados*, Vol. II do *Direito Internacional Público* (p. 310), ensina que *“o sentido ordinário de um termo num contexto jurídico, convencional e especializado, será frequentemente um sentido técnico e especializado. Para sua determinação será útil recorrer a tratados análogos da mesma época...”*

A liberdade de serviços é indissociável da noção de mercado comum, expressão que designa um espaço sem fronteiras interiores no qual a livre circulação de mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do tratado constitutivo.

Os mercados comuns formam-se progressivamente, mediante a eliminação dos entraves à liberdade de circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais e a execução das ações ou medidas para fundir os mercados nacionais dos Estados membros. Segundo a expressão usada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão *Gaston Schul*, o mercado comum realiza, tanto quanto possível, as condições de um verdadeiro mercado interno. Para que isso se verifique, os nacionais dos Estados membros, pessoas singulares ou coletivas, devem gozar da liberdade de circulação com o acesso e exercício de uma atividade independente, sob a forma de prestação de serviços ou de estabelecimento. A livre prestação de serviços e o direito de estabelecimento dos nacionais dos Estados membros concretizam-se pela supressão de todas as restrições constantes de disposições legais, regulamentares ou administrativas que, em razão da nacionalidade, afetem ou possam afetar essas liberdades.

A liberdade da prestação de serviços significa que os nacionais dos Estados membros dos mercados comuns têm o direito de exercer, em outro Estado membro, as suas atividades profissionais, a título temporário, nas mesmas condições que este impõe aos seus próprios nacionais. Deste modo, os Estados são obrigados a suprimir as restrições existentes e, por outro lado, a harmonizar as suas legislações.

Para este efeito, a Comunidade Europeia dispõe de um instrumento jurídico inovador e singular — a diretiva — mediante a qual estabelece uma obrigação de resultado a cargo dos Estados membros destinatários. A diretiva vincula-os a transpor o ato comunitário para os seus ordenamentos jurídicos, de acordo com a forma e os meios previstos em suas legislações nacionais. Podem desenvolver o conteúdo normativo da diretiva, com a condição de que a transposição se atenha às margens de ampliação e aos limites da aclaração.

Os autores do Tratado de Assunção desprezaram esse novo método de harmonização das legislações das Partes Contratantes para continuar aplicando os instrumentos do direito internacional, totalmente inadequados à criação de um mercado comum. As normas internacionais constantes dos Tratados e outros acordos entre Estados só produzem efeito nos seus territórios se as Partes Contratantes adotarem medidas

de recepção que as tornem aplicáveis em suas ordens internas. O processo de recepção consiste na aprovação parlamentar do Tratado, na forma do direito constitucional dos Estados Partes. O art. 49, I, da Constituição brasileira atribui competência ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou convenções internacionais. Após a aprovação e publicação, as disposições dos tratados integram-se no direito interno dos Estados Partes, como normas internacionais, na posição hierárquica que lhes reserva o direito destes. Pela jurisprudência brasileira equiparam-se às leis.

O art. 38 do Protocolo de Ouro Preto determina que os Estados Partes adotem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das normas produzidas pelos órgãos deliberativos do Mercosul — Conselho, Grupo e Comissão de Comércio — através da incorporação aos seus ordenamentos jurídicos nacionais. Por seu modo de formação, os atos normativos criados pelas organizações internacionais são disposições de direito internacional, permanecem com esta qualificação quando incorporados aos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes e não originam ordenamentos jurídicos próprios e autônomos.

As organizações de integração não podem funcionar satisfatoriamente se os seus órgãos deliberativos não tiverem competência para estatuir, com base nos tratados constitutivos, normas aplicáveis aos cidadãos e aos Estados membros, sem nenhum ato de recepção. Outras peias são a falta de supra-estatalidade do órgão executivo e a inexistência de um órgão jurisdicional.

No caso do Mercosul há também o risco de desviar-se da concepção de organização de integração na qual as mercadorias, as pessoas, os serviços e os capitais circulam livremente. O art. 1º do Tratado de Assunção declara que o Mercosul implica a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. A livre circulação de serviços, como a de mercadorias, de pessoas e de capitais, é inerente a qualquer mercado comum, e se torna efetiva pela supressão das restrições que pesarem sobre os nacionais dos Estados membros.

A livre circulação das pessoas pode estar ou não vinculada ao exercício de uma atividade econômica. Os industriais, os comerciantes, os artesãos e os profissionais liberais podem atravessar a fronteira de seus países como cidadãos ou como agentes econômicos interessados no estabelecimento ou na prestação de serviços, temporária ou permanente, noutro Estado membro, nas condições a que estão sujeitos os seus nacionais. Quando o fazem nesta última qualidade, podem ter a intenção de gozar da liberdade de estabelecimento ou de presta-

ção de serviços num Estado membro que não coincide com o da sua nacionalidade. Em ambos os casos, a liberdade de acesso e exercício de uma atividade econômica independente pressupõe a não-discriminação em razão da nacionalidade, salvo as exceções previstas no próprio Tratado. As liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços fazem parte dos fundamentos da Comunidade Européia, como elementos do mercado comum que tem a missão de manter em funcionamento.

O mercado comum do Tratado de Assunção é a própria razão da existência da Organização Internacional que visa criar, e não um dos meios, como na Comunidade Européia, para a realização de seus fins.

Os beneficiários da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços são os nacionais dos Estados membros que pretendam valer-se da possibilidade de exercer atividades econômicas noutro Estado membro. O direito de estabelecimento e de prestação de serviços pressupõem a livre circulação e o exercício de uma atividade por conta própria e remunerada.

Os Estados Partes no Tratado de Assunção subscreveram o Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços no Mercosul, cujo preâmbulo reafirma que, nos termos daquele acordo, o Mercosul implica a livre circulação de serviços no mercado ampliado. Entretanto, a promoção do livre comércio de serviços não se confunde com a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, fundamentais para a constituição e o funcionamento de um mercado comum. **Araminta de A. Mercadante** em trabalho sobre os aspectos jurídicos do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil/Paulo Borba Casella, Araminta de Azevedo Mercadante, coordenadores. — São Paulo, LTr., 1998, p. 419) conceitua comércio internacional de serviços como

“o conjunto de atividades econômicas em que há movimento transfronteira de invisíveis ou de pessoas que os executam, sem envolver mercadorias. Abrange, pois, o movimento de serviços, de consumidores e de fatores de produção através das fronteiras, quando tal movimento for essencial aos fornecedores e consumidores”.

A liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços permite que os nacionais dos Estados membros de uma organização de integração se desloquem de um país para outro, afim de exercerem

atividade econômica. Os beneficiários do direito de estabelecimento são todos os nacionais de um Estado membro que desejarem instalar-se no território de outro Estado membro com aquela finalidade, e da prestação de serviços, todos os nacionais de um Estado membro estabelecidos num Estado membro diferente daquele em que o destinatário da prestação se encontre. O direito de estabelecimento e a livre prestação de serviços estão condicionados ao desempenho de uma atividade de natureza econômica. **Maria Luísa Duarte** (A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário, Coimbra Editora, 1992, p. 149) observa que

“A referência do art. 2º do Tratado CEE às atividades econômicas não constitui obstáculo à expansibilidade da competência comunitária, pois, é certo que qualquer atividade humana pode ostentar uma componente econômica ou ser encarada sob uma perspectiva econômica”.

Depois de acrescentar que o campo econômico não se circunscreve à simples atividade de produção e comercialização de bens, conclui:

“uma interpretação ampla das normas comunitárias relativas à não-discriminação implica uma noção igualmente extensiva de atividade econômica”.

A livre circulação de serviços a que alude o art. 1º do Tratado de Assunção é a exigida para o funcionamento do Mercosul, assim como no mercado comum europeu. Trata-se de uma noção expansiva, porquanto a integração econômica tende a ultrapassar a fase em que predominam os aspectos econômicos e avançar sobre outros domínios (político, cultural, social, etc.). **Duarte** menciona profissões que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias considera abrangidas pela liberalização dos serviços: a atividade de mandatário judicial, ciclista e motociclista profissionais, de agentes de seguros, futebolista, a atividade bancária, de agentes artísticos e escritórios de colocação de artistas, de emissão e distribuição de mensagens televisivas por cabo, de emprego de colocação de mão-de-obra.

O objetivo de Protocolo de Montevideu é a liberalização do comércio de serviços entre os países do Mercosul, mediante o tratamento da nação mais favorecida. Cada Estado Parte obriga-se a outorgar, imediata e incondicionalmente, aos serviços e aos prestadores de serviços de qualquer outro Estado Parte um tratamento não menos

favorável que o concedido aos serviços similares e aos prestadores de serviços similares de qualquer outro Estado Parte ou de terceiros países. Cada Estado Parte obriga-se, também, a conceder ao serviços e aos prestadores de serviços de qualquer outro Estado Parte, a respeito de todas as medidas que afetam a prestação de serviços, um tratamento não menos favorável que o dispensado ao seus próprios serviços similares ou prestadores de serviços similares.

Em termos análogos aos do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, o art. 2º, nº 2, do Protocolo define o comércio de serviços como prestação de serviços realizada numa das quatro formas descritas nestes instrumentos. **Mercadante** expõe e exemplifica estas modalidades com as seguinte palavras:

“a) O fornecimento transfronteiriço de serviços, isto é, serviços provenientes do território de um Estado membro com destinação ao território de qualquer outro Membro, e.g., serviço de transportes. b) Os serviços prestados no território de um Membro aos consumidores de qualquer outro Membro (consumo realizado no exterior), e.g., turismo, hotelaria. c) Serviços prestados por entidades (estabelecimento comercial ou profissional) no território de qualquer outro Membro (presença comercial), e.g., serviços bancários. d) Serviços prestados por pessoas físicas de um Membro no território de qualquer outro Membro (presença de pessoas físicas prestadores de serviços), e.g., projetos de construção, consultoria”.

Nos processos de constituição de um mercado comum os beneficiários da livre circulação de serviços devem ser os nacionais dos países que os protagonizam. Por isso, a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços não pode beneficiar o restante número de pessoas singulares ou coletivas que praticam o comércio de serviços, isto é, os empresários comerciais de serviços.

O Preâmbulo do Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do Mercosul reafirma que, “de acordo com o Tratado de Assunção, o Mercado Comum implica dentre outros compromissos, a livre circulação de serviços no mercado ampliado”. Entretanto, esse acordo internacional de efeito equivalente ao de um tratado não regula a livre prestação de serviços e o direito de estabelecimento como um dos seus fundamentos. Liberaliza o “comércio de serviços”, mas não assegura a livre prestação de serviços e o direito de estabelecimento

dos nacionais dos Estados Partes, relativamente a todas as atividades não-assalariadas. O art. 2º, nº 2, define o comércio de serviços como a prestação destes:

- entre lugares de Estados diferentes;
- entre prestadores de serviços e consumidores localizados em Estados diferentes;
- mediante a presença comercial dos prestadores de um Estado Parte no território de outro; e
- mediante a presença de pessoas físicas dos prestadores de serviços de um Estado Parte no território de outro.

Os destinatários das normas do Protocolo de Montevideú não são os nacionais dos Estados Partes, mas estes mesmos, e dizem respeito às medidas adotadas que afetem o comércio de serviços no Mercosul e se referem à respectiva prestação, utilização, remuneração, etc. Essas medidas devem envolver fundamentalmente a concessão aos serviços e aos prestadores de serviços provenientes de um Estado Parte de um tratamento não menos favorável que o dispensado aos serviços similares e aos prestadores de serviços similares de qualquer Estado Parte ou de terceiros países (tratamento da nação mais favorecida). No que respeita ao acesso aos mercados, nas quatro modalidades especificadas, cada Estado Parte outorgará aos serviços e aos prestadores de serviços dos outros Estados Partes um tratamento não menos favorável que o previsto na respectiva relação de compromissos específicos acerca de medidas que afetem o comércio de serviços nos seus setores, subsetores e atividades (tratamento nacional).

A livre prestação de serviços e o direito de estabelecimento no mercado comum criado pelo Tratado de Roma beneficiam as pessoas singulares e coletivas, nacionais dos Estados membros, quanto às atividades não-assalariadas de natureza econômica (industriais, comerciais, artesanais e das profissões liberais).

Se o exercício dessas atividades tiver caráter permanente e se tratar, portanto, da liberdade de estabelecimento, os seus beneficiários podem aceder às atividades não-assalariadas e exercê-las noutro Estado membro. Com esse objetivo, as pessoas singulares ou coletivas constituem e administram empresas no país de acolhimento ou transferem para o seu território o centro principal das suas atividades. O art. 52 do Tratado de Roma prevê, ainda, a criação de agências, sucursais ou filiais.

O art. 58 do Tratado de Roma equipara às pessoas singulares, nacionais dos Estados membros, as sociedades constituídas na confor-

midade da lei de outro Estado membro e que tenham a sua sede social, administrativa central ou estabelecimento principal na Comunidade. O termo "sociedade" designa as sociedades de direito civil ou comercial, inclusive as cooperativas, bem como as outras pessoas coletivas de direito público ou privado que tenham fim lucrativo.

Efetua-se o estabelecimento das sociedades, quer a título principal, quer a título secundário, mediante as operações de criação ou de transferência da sede social, ou de abertura de filial.

A prestação de serviços num Estado membro distinto daquele onde a sociedade está estabelecida pressupõe a sua constituição regular. O acesso ao estabelecimento principal subordina-se à vinculação jurídica ao Estado membro em que se situa a sede social, a administração central ou o centro principal de atividade. As que preenchem essa condição habilitam-se a gozar da liberdade de prestar serviços ou de estabelecerem-se noutro Estado membro da Comunidade, equiparadas às pessoas singulares, nacionais deste, inclusive no que se refere aos serviços, segundo prevê o art. 66 do Tratado de Roma. A assimilação decorrente da remissão ao art. 55, observam **Berthold Goldman** e **Antoine Lyon-Caen**, no manual de *Droit Commercial Européen* (p. 125),

"explica-se pela necessidade, já encontrada, de 'transportar' a noção de nacionalidade, pivô do princípio de não-discriminação, quando se aplica às pessoas jurídicas, e também de definir, em função da sua categoria jurídica e do seu objeto, as pessoas jurídicas que tenciona que se beneficiem do acesso aos mercados comuns".

A livre circulação de serviços deve ser assegurada aos trabalhadores do Mercosul e aos nacionais dos Estados membros de qualquer um dos países para o acesso às diversas categorias de atividades não-assalariadas e o seu exercício, bem como a prestação de serviços remunerados, no Mercado Comum, pelos nacionais dos Estados membros estabelecidos num Estado membro que não corresponda ao do destinatário da prestação. Em princípio, todas as atividades não-assalariadas têm de receber igual tratamento. O Protocolo de Montevidéu privilegia a atividade econômica em que há conexão com o comércio de serviços, definido como prestação de um serviço numa das quatro modalidades referidas. Assim como o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, o Protocolo liberaliza tipos de transações e a movimentação de pessoas físicas prestadoras de serviços traduzíveis em atos comerciais.

A promoção do livre comércio de serviços no Mercosul, objetivo do Protocolo, não é instrumento para a constituição de uma organização de integração na forma da instituída no Tratado de Assunção. Como está expresso no art. 1º deste instrumento, o Mercosul implica a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. Com referência às mercadorias, o Tratado indica o meio para garantir a livre circulação: a eliminação dos direitos alfandegários, restrições não-tarifárias e qualquer outra medida de efeito equivalente. Pelo fato de não dispôr sobre as liberdades concernentes à circulação de pessoas, de serviços e de capitais, o Tratado deixa de mencionar o meio para serem asseguradas. A maneira de atingir esse fim é a abolição das discriminações derivadas da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados membros do mercado comum, a fim de que possam deslocar-se livremente nos territórios destes para exercer uma atividade laboral; é a proibição das restrições à liberdade de estabelecimento numa determinada atividade dos nacionais de um Estado membro no território de outro Estado membro; é a supressão das restrições à livre prestação de serviços, pelos nacionais dos Estados membros estabelecidos em um deles, decorrentes da nacionalidade ou da residência.

O Protocolo contém normas e princípios para o comércio de serviços, com vistas à sua expansão. A livre circulação das pessoas tem a outra finalidade e alcance: a construção de um mercado comum e o exercício de qualquer atividade econômica independente, no Estado de acolhimento, em caráter permanente (direito de estabelecimento) ou temporário (serviços). Dessas liberdades dependem a integração dos diversos setores de atividade econômica e a formação de um só mercado de serviços.



CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS

— Forças motrizes e consequências económicas —

por *Alfredo Marques**

INTRODUÇÃO

Um dos traços mais marcantes da vida económica na Europa e a nível mundial ao longo das duas últimas décadas tem sido o movimento de concentração de empresas e de reforço dos grupos económicos e financeiros com base em operações de fusão e aquisição (ver Anexo 1). Tal movimento levou nomeadamente a que, no contexto da UE, tivesse sido adoptada, em finais dos anos 80, regulamentação específica no âmbito da política comunitária de concorrência para enquadrar este tipo de operações que escapava em grande medida ao sistema de controlo até aí em vigor. Atendendo à relação que pode existir entre concentração e poder de mercado e às possíveis consequências deste poder no plano económico, social e político, estas concentrações têm naturalmente atraído a atenção dos estudiosos, ao mesmo tempo que suscitam apreensão e perplexidade na opinião pública.

Embora o fenómeno das concentrações, nomeadamente na indústria e no sector financeiro, tenha acompanhado de forma marcante a evolução do capitalismo industrial desde os seus primeiros tempos e se tenha revelado particularmente vigoroso, no passado, em certas fases desta evolução, a verdade, porém, é que a grande empresa e os grandes grupos parecem desempenhar hoje um papel ainda mais importante do que antes na configuração das economias nacionais e na estruturação do espaço económico a nível mundial. Não falta quem sustente nos nossos dias que as empresas multinacionais, face mais

* Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

visível deste fenómeno, detêm um poder superior ao dos Estados e controlam a seu bel-prazer os recursos económicos à escala mundial.

A observação no longo prazo mostra, contudo, uma realidade complexa a este respeito. Assim, por um lado, o fenómeno das concentrações, enquanto tendência dominante, não se tem manifestado de forma linear ao longo do tempo, mas sim por vagas de uma duração limitada. Por outro lado, quer em alternância temporal com esses movimentos, quer mesmo concomitantemente com eles, as pequenas e as médias empresas parecem ocupar um lugar de destaque e desempenhar um papel insubstituível na actividade económica, atraindo para si um grande número de investidores, resistindo aos ventos adversos e beneficiando da protecção dos poderes públicos. O que a evolução de longo prazo parece, assim, mostrar a este respeito é uma persistente coexistência de diferentes escalas de dimensão das empresas, e não a supremacia definitiva de uma delas em relação às outras.

Importa, assim, a esta luz, olhar com distanciamento crítico o actual movimento de concentração, não deixando de ver o que de diferente coexiste com ele e de admitir, apesar da pujança que manifesta, o seu possível carácter transitório enquanto tendência dominante. Aliás, se os anos 80 e 90 foram marcados pelo gigantismo, basta recuarmos apenas uma década para encontrarmos a moda do *small is beautiful*, e se olharmos para os dois períodos globalmente constatamos que nenhum dos dois modelos eliminou o outro. A literatura económica actual é, de resto, a isso que convida, pois, ao mesmo tempo que uma parte apreciável desta literatura se preocupa em justificar, no plano da teoria ou da análise empírica, o crescimento das empresas, face à realidade mundial dos nossos dias, seja por via orgânica, por fusão ou por aquisição, uma outra parte igualmente importante procura demonstrar as vantagens das pequenas ou médias empresas, face a esta mesma realidade, seja através da sua criação de raiz (*start-up*) ou a partir do *outsourcing* ou *spinoff* de unidades de grande dimensão pré-existentes.

A atitude que se impõe é, assim, a de abordar este movimento procurando identificar as forças concretas susceptíveis de o determinar no contexto económico actual, e não a de encará-lo como a confirmação ou negação, consoante os pressupostos adoptados, de uma qualquer lei geral relativa à economia de mercado em que vivemos. É essa a preocupação deste trabalho, cujo desenvolvimento obedece ao seguinte plano: num primeiro ponto (1.), far-se-á uma rápida incursão na história do pensamento económico, para reveritar as diferentes teorias

que, desde o séc. XIX, foram, explícita ou implicitamente, tornando inteligível o fenómeno da concentração; a seguir, desdobrada em três pontos sucessivos, far-se-á a abordagem daquilo que parecem ser os três principais tipos de factores determinantes das concentrações: as forças de natureza tecnológica (ponto 2.), as motivações relacionadas com o poder de mercado (3.) e, por último, os custos de organização da actividade económica (4.).

1. As concentrações e o paradigma da concorrência

O tema das concentrações tem aparecido na literatura económica, ao longo do tempo, associado à questão da concorrência e ao problema da eficiência em termos que tornam estas três realidades, à primeira vista, globalmente incompatíveis entre si. Assim, por um lado, considera-se a concorrência uma condição da eficiência e a concentração um obstáculo natural à concorrência. Contudo, por outro lado, a grande empresa pode, ela própria, revelar-se geradora de eficiência. Resta, assim, saber até que ponto é possível conciliar concentração e concorrência, de modo a que a eficiência possa beneficiar de ambas ao mesmo tempo.

O pensamento económico do séc. XIX legou-nos, a este respeito, dois paradigmas radicais. Por um lado, o elaborado por K. Marx (1867, Cap. XXV), segundo o qual o capitalismo, pela sua própria natureza, desaguarda inevitavelmente na concentração e no monopólio, sendo a grande empresa a unidade económica mais representativa deste sistema. Esse gigantismo teria na sua origem dois movimentos distintos, mas complementares entre si. Por um lado, aquilo a que o autor chama a *concentração* propriamente dita e que corresponde *grosso modo* à noção actual de crescimento interno, ou orgânico, da empresa (embora na sua óptica tal fenómeno ocorra exclusivamente ao nível do empresário individual). As unidades económicas inicialmente pequenas tornar-se-iam progressivamente maiores, num movimento imparável, pois a produtividade dependeria, em todos os sectores da economia e de forma aparentemente ilimitada, da escala de produção. As que não conseguissem crescer por falta de meios ou de talento do seu proprietário, estariam condenadas a desaparecer na voragem da concorrência (porque os seus custos seriam mais elevados), ou passariam para as mãos das mais eficientes para poderem aumentar de dimensão.

É esta segunda alternativa, consistindo na junção de diferentes empresas individuais numa só de maior dimensão, que configura o

segundo aspecto do movimento em questão e que o autor designa por *centralização* do capital. É um fenómeno intimamente ligado à figura jurídica da sociedade anónima, a qual vai constituir o seu instrumento, e ao desenvolvimento do crédito bancário, que garante os meios para a sua realização. Trata-se, assim, de uma noção com correspondência ao que se designa actualmente por crescimento externo da empresa por fusão ou aquisição. Segundo a autor, tal movimento constituiria a forma mais rápida de crescimento para a empresa e de acumulação de capital produtivo para a sociedade e só teria um fim quando, em cada sector de actividade, passasse a existir uma só empresa (sob a forma societária) em situação de monopólio. Aliás, o autor vai mais longe, afirmando que esta lógica conduziria, no seu termo, à existência de um só capitalista ou de um só grupo de capitalistas em toda a economia.

A esta profecia (já que a realidade do séc. XIX estava ainda muito longe de um tal desenlace) contrapõe-se a representação neoclássica da mesma economia, tal como construída pelo marginalismo (Jevons, Menger, Walras, ...). Esta representação assenta no modelo da concorrência pura e perfeita, na qual, tal como a conhecemos dos manuais de Economia, a unidade económica de referência é o pequeno produtor individual, totalmente passivo, simples aceitante de preços, sem estratégia nem influência no mercado. Todos os seus concorrentes têm características idênticas às suas, não existindo qualquer tipo de barreira à entrada no mercado. Num tal universo, não há lugar para a concentração, pois, como o modelo pressupõe rendimentos marginais dos factores decrescentes e, portanto, custos marginais de produção crescentes, a grande escala de produção seria um factor de ineficiência. O contraste com o paradigma anterior é, assim, evidente: enquanto para Marx a concentração é um factor de progresso económico, embora deva ser combatida devido às suas consequências no plano social, no marginalismo, a grande empresa é um obstáculo a esse progresso, devendo por isso ser reprimida por razões económicas. Num caso e noutro, porém, a concentração é considerada incompatível com a concorrência.

Estas duas visões claramente redutoras da realidade, cada uma à sua maneira, e mesmo um tanto caricaturais, vão começar a ser superadas nos anos 30 do século XX pela teoria da *concorrência imperfeita*, ou *monopolística*, elaborada simultaneamente por J. Robinson (1933) e E. H. Chamberlin (1933). A contribuição destes autores para a abordagem da concorrência reside, antes de mais, na inversão operada em relação à teoria marginalista anterior, no que diz respeito ao

próprio ponto de aplicação da análise. Assim, de algum modo na esteira de Cournot, que, com a sua teoria do duopólio, precedendo o advento do marginalismo, tinha partido da empresa para chegar ao mercado e à concorrência, a teoria da concorrência imperfeita vai passar do ponto de vista do consumidor, anteriormente predominante, para o da empresa como centro de decisão.

Esta inversão é ilustrada, no que respeita em particular à contribuição de Chamberlin, pelo abandono da hipótese de homogeneidade do produto, também ela parte integrante da análise marginalista anterior. No seu modelo supõe-se a existência de um grande número de produtores, todos eles produzindo produtos diferenciados e substituíveis do ponto de vista do consumidor. Cada produtor dispõe do monopólio do seu produto, pelo que não haverá entre eles concorrência pelo preço (cada um deles é *price maker*). Contudo, a concorrência vai estar presente, manifestando-se pela variedade. Como a situação de monopólio permite a cada produtor fixar o preço acima do custo marginal (proporcionando-lhe um lucro extraordinário), esta forma de concorrência não poderá, evidentemente, ser considerada eficiente pela minimização dos custos. Deve, contudo, sustenta o autor, considerar-se a diversidade da oferta uma forma de eficiência. Assim, neste contexto, a concentração não impede a concorrência (sob a forma indicada, isto é, entre produtos substituíveis), ao mesmo tempo que se revela um factor de progresso (entendido como o aumento da variedade).

Em ruptura mais profunda com o paradigma marginalista herdado do século anterior e com uma abordagem muito própria, J. Schumpeter (1926 e 1942) irá, entre os anos 20 e os anos 40, defender abertamente a grande empresa e o monopólio como factores de progresso tecnológico e de desenvolvimento económico. Toda a sua análise vai ser construída a partir de uma perspectiva dinâmica da vida económica, em total oposição àquele paradigma, de onde o tempo está totalmente ausente. De facto, como já tinha mostrado A. Marshall, o estaticismo revelava-se uma das principais limitações da análise marginalista, pois afastava esta análise excessivamente da realidade, impedindo-a, nomeadamente, de ter em conta as mutações tecnológicas.

Com a sua teoria do empresário inovador, Schumpeter vai ocupar-se, sobretudo, com as transformações estruturais da economia e as suas implicações ou correspondências na configuração das empresas. Esse empresário, que tanto pode ser o capitão de indústria da Revolução Industrial, como o director de empresa (que não participa na propriedade), como ainda o fundador (que lança negócios, mas não

participa na gestão), é o verdadeiro herói da economia, pois toma iniciativas que geram inovação (ou “novas combinações” de factores de produção, segundo a terminologia do autor), e estas novas combinações constituem o verdadeiro motor da actividade económica. Elas podem, a seus olhos, assumir cinco formas diferentes: um novo produto, um novo processo de fabrico, um novo mercado, uma nova fonte de matérias-primas ou ainda uma nova forma de organização da produção (sendo esta última forma ilustrada, por exemplo, pela integração vertical).

Ora, para poder realizar-se, a inovação requer uma capacidade económica e financeira elevada, ao mesmo tempo que produz resultados que supõem ou são susceptíveis de conduzir ao monopólio. Este, por sua vez, gera lucros extraordinários, mas estes lucros não só devem ser considerados um preço justo a pagar pela sociedade pelo progresso que lhe é proporcionado, como são indispensáveis à acumulação dos meios financeiros necessários aos investimentos requeridos pela inovação (já que, segundo Schumpeter, o crédito bancário não é suficiente para esse financiamento). Por outro lado, tal monopólio é inevitavelmente apenas temporário, pois o progresso técnico e económico é um processo dinâmico, onde as estruturas antigas são incessantemente transformadas ou substituídas por novas, num permanente movimento de destruição criadora. O lucro assim gerado não pode, por isso, segundo o autor, confundir-se com a habitual noção de renda de monopólio. Num tal contexto, a concorrência não deixa de existir, mas manifesta-se pela inovação, e não pelo preço. Deve ser entendida como um *processo*, e não como um *estado*.

Seria, deste modo, um erro, defende o autor, impor sistematicamente restrições aos monopólios, como decorre da teoria da concorrência perfeita, ou simplesmente considerá-los um mal menor, pois é deles que vai depender a eficiência da economia. Citando a sua própria conclusão sobre o tema, “devemos reconhecer que a grande unidade se tornou actualmente no motor mais poderoso deste progresso (o progresso económico) e, em particular, da expansão da produção global a longo prazo” (Schumpeter, 1942, p. 106). Esta visão dinâmica da concorrência iria torna-se uma imagem de marca da chamada *escola austríaca*, da qual se considera geralmente que Schumpeter faz parte, apesar das particularidades da sua análise.

A ideia da concorrência como *processo dinâmico* iria encontrar novos desenvolvimentos em J. M. Clark (1940 e 1961), com a sua

noção de *concorrência praticável*, proposta em finais dos anos 30, e as contribuições posteriores do autor. A sua preocupação é identificar as condições necessárias ao funcionamento da concorrência, numa perspectiva dinâmica, visando mostrar que ela não está ligada a uma forma única de estrutura de mercado. Entre essas condições encontra-se a não existência de barreiras artificiais à entrada ou saída do mercado, incluindo barreiras legais. O problema da concorrenciaisidade e da eficiência não reside, deste modo, necessariamente na presença de grandes ou pequenas empresas no mercado, mas sim na maior ou menor facilidade de outros concorrentes poderem entrar nesse mercado e de os *insiders* poderem sair sem custos significativos.

A questão das barreiras à entrada iria tornar-se a seguir num tema dominante da análise dos mercados e da concorrência, e iria encontrar, nos anos 50 e 60, em J. S. Bain (1956 e 1959) o seu principal teorizador. Para este autor, que é também um dos principais nomes de referência do paradigma *estrutura-comportamento-performance* (que iria ter uma influência marcante nos estudos de economia industrial) e da chamada *escola estruturalista* (ou *das concentrações*), existem três grandes categorias de barreiras à entrada: vantagens absolutas nos custos por parte das empresas já instaladas, diferenciação dos produtos e economias de escala.

Para esta escola, que baseia as suas conclusões e predições muito mais em estudos empíricos do que em postulados teóricos, a situação normal dos mercados é a da existência destas barreiras, as quais configuram assim situações de concorrência imperfeita nestes mercados. Contrariamente a algumas das teses referidas anteriormente, a grande dimensão e o monopólio não estão aqui, contudo, necessariamente associados a ganhos de eficiência, devendo antes presumir-se, à partida, que eles visam conquistar poder de mercado e as vantagens que lhe são inerentes, nomeadamente em matéria de preços. A conclusão é, assim, a de que, como a concentração, em princípio, não gera um melhor desempenho da economia e constitui um obstáculo à concorrência, deve ser olhada com desconfiança. Esta conclusão foi, na verdade, a fonte de inspiração da actuação das autoridades reguladoras da concorrência em matéria de fusões e aquisições, entre os anos 50 e os anos 70, nos Estados-Unidos e na Europa. O resultado desta inspiração, como é óbvio, não podia deixar de ser uma atitude bastante repressiva destas autoridades em relação a este tipo de operações.

Embora tenha continuado a exercer forte influência no universo acadêmico e nos círculos políticos, e tenha beneficiado de importantes contribuições posteriores de outros autores, o paradigma estruturalista começou a sofrer severa contestação desde os anos 70 por parte da chamada *escola de Chicago*, onde sobressaem os nomes de G. J. Stigler (1971), R.A. Posner (1976), S. Peltzman (1976) e R. H. Bork (1978). A ideia básica é aqui a de que, se não houvesse intervenção dos poderes públicos nos mercados, estes funcionariam aproximadamente de acordo com o modelo de concorrência perfeita. As barreiras à entrada, com exceção das que resultam da intervenção estatal, assim como o poder de mercado, são, em geral, apenas temporários, pois basta a pressão exercida pelos potenciais concorrentes para eliminá-los. Estes efeitos da concorrência potencial viriam a ser analisados mais recentemente (nos anos 80) com maior profundidade e rigor no âmbito da teoria dos mercados contestáveis, proposta por W. J. Baumol, J. Panzar, e R. Willig (1982).

De acordo com este paradigma, onde, ao contrário do estruturalismo, a argumentação teórica tem um peso muito maior do que a análise empírica, basta, assim, que o Estado se abstenha de intervir nos mercados, nomeadamente através de regulamentação, para que a concentração deixe de constituir um entrave à concorrência e um factor de ineficiência. As fusões e aquisições, em particular, deverão, a esta luz, ser consideradas, em regra, como tentativas realizadas pelos agentes envolvidos para obter ganhos de eficiência, e não poder de mercado. A recomendação em termos de controlo destas operações é óbvia: quanto mais controlo e repressão, menores as possibilidades de o mercado funcionar eficientemente. A compatibilidade entre concentração e concorrência depende, assim, neste contexto, apenas do comportamento dos poderes públicos, já que, à partida, está assegurada automaticamente pelo livre funcionamento do mercado.

Numa outra linha, o estruturalismo viria ainda a ser posto em causa, a partir dos anos 80, mas para ser enriquecido e não propriamente rejeitado, no quadro da chamada Nova Economia Industrial (NEI) (V. Jacquemin, 1985). Para além das barreiras à entrada tradicionalmente postas em relevo pelo estruturalismo e geradoras de concorrência imperfeita, a NEI sublinha a importância das barreiras de carácter estratégico na configuração das estruturas de mercado e analisa essas barreiras, nomeadamente, com base na teoria dos jogos. O comportamento das empresas, em vez de ser o resultado da estrutura do mercado, como no estruturalismo, determina, aqui, ele próprio essa estrutura. A concorrência não é, neste contexto, afectada pela

concentração em si mesma, mas sim pelo comportamento estratégico das empresas. A capacidade de exercer influência no mercado pela via estratégica depende, contudo, em grande medida, da dimensão.

A explicação das concentrações viria, por último, a encontrar novos argumentos nas últimas décadas, no quadro da problemática das organizações, onde a empresa se encontra no centro da análise e o mercado perde o relevo que lhe é atribuído pela maior parte dos paradigmas referidos atrás. As principais contribuições para esta explicação provêm aqui de duas teorias distintas, embora com pontos comuns entre si: a teoria dos custos de transacção e a teoria de agência.

Para a teoria dos custos de transacção, em particular, iniciada por R. Coase (1937) nos anos 30 e desenvolvida hoje por diversos autores, entre os quais se destaca O. E. Williamson (1985), o mercado é gerador de custos, e não apenas de eficiência, sendo o crescimento da empresa, em particular através da integração vertical, encarado como um meio de economizar nesses custos, internalizando as transacções antes realizadas através do mercado. A concentração surge, assim, como uma forma de racionalização global da actividade económica, tendo em conta, simultaneamente, os custos de produção e os custos de transacção. A concorrência não se encontra, deste modo, posta em causa, mas manifesta-se de forma diferente: passa a deslocar-se, em grande parte, para o domínio da própria organização interna da empresa. Daí, a atenção prestada e o grande número de trabalhos dedicados por esta corrente de análise às formas de organização, em particular em torno do conceito de hierarquia.

Esta breve descrição da evolução do pensamento económico em matéria de concentração, eficiência e concorrência, e das suas relações recíprocas, permite constatar que a base de argumentação neste domínio se foi alargando progressivamente, ao mesmo tempo que se iam ultrapassando as visões mais simplistas herdadas do passado, onde se concebia a concentração seja como um *Deus-ex-machina* do progresso, seja como um obstáculo inultrapassável à concorrência. Desta evolução não resultou, contudo, uma interpretação global e sistemática do fenómeno da concentração, isto é, uma teoria geral, mas antes modelos de análise parcelares, centrados em aspectos particulares do problema e recorrendo nuns casos mais ao raciocínio dedutivo, noutros sobretudo à análise empírica. É, assim, neste quadro de eclectismo metodológico que tem de situar-se hoje a análise da concentração. A questão da sua razão de ser e dos seus efeitos deve colocar-se a partir dos factores concretos que podem estar na origem de um tal

movimento, recorrendo-se ao quadro teórico apropriado para explicar cada aspecto particular do problema.

2. Factores tecnológicos

A tentativa de obtenção de ganhos de eficiência técnica, traduzidos na redução dos custos unitários de produção, é uma das razões mais frequentemente referidas quer na literatura da especialidade, quer pelos agentes económicos, para o aumento da dimensão das unidades de produção, seja ao nível do estabelecimento, da empresa ou do grupo. Apontam-se três fontes possíveis para este aumento da eficiência resultante da concentração: as economias de escala, as economias de gama e os ganhos ligados à curva de aprendizagem.

Economias de escala

As *economias de escala* parecem ser a mais importante destas três fontes de eficiência técnica. Numa acepção lata, estas economias definem-se como a redução do custo médio de produção quando o volume produzido aumenta. Trata-se, assim, de uma definição que não relaciona estes ganhos com qualquer factor de produção preciso, seja a quantidade de mão-de-obra, a capacidade produtiva em termos de equipamentos, as tecnologias utilizadas ou as formas de organização adoptadas. Numa acepção mais restrita, considera-se que há economias de escala, ou rendimentos crescentes com a escala, quando, para um mesmo aumento relativo das quantidades utilizadas dos factores capital e trabalho, há um aumento mais do que proporcional da produção obtida. Os ganhos de eficiência são, neste caso, directamente associados à variação das quantidades utilizadas dos factores físicos, isolando assim este efeito do que pode resultar da alteração das técnicas produtivas, da qualificação da mão-de-obra ou das formas de organização.

Esta última concepção das economias de escala, onde se supõe a invariabilidade da tecnologia e das formas de organização quando a dimensão das unidades produtivas aumenta presta-se, contudo, a controvérsia, pois, se a tecnologia e a organização não se alteram, resta saber a que se podem ficar a dever exactamente tais ganhos de eficiência. Uma primeira resposta possível são as chamadas *indivisi-*

lidades da função de produção, ou seja, a existência de custos fixos mínimos, especialmente ligados ao factor capital, que, em certas actividades, podem ser elevados, independentemente da quantidade produzida. Quanto mais a produção aumentar, até ao limite da capacidade produtiva instalada, maior será, assim, a diluição desses custos. É fácil verificar, contudo, que as economias de escala estão, neste caso, intimamente relacionadas com uma determinada combinação de factores produtivos, que é a requerida pela tecnologia utilizada. Outra tecnologia levará a uma diferente combinação de factores, que, por sua vez, alterará os custos fixos. A verdadeira resposta parece, assim, residir na tecnologia.

Uma outra fonte possível de economias de escala, e que é porventura a que tem maior expressão na literatura económica desde Adam Smith, é a relacionada com a *divisão técnica do trabalho* no processo produtivo. Uma maior escala de produção pode permitir uma maior especialização das tarefas e das funções, de onde podem advir custos mais baixos por unidade produzida. Resta contudo saber, também aqui, como pode realizar-se esta alteração na divisão do trabalho sem alteração nas técnicas de produção utilizadas, nas qualificações da mão-de-obra e nas formas de organização. A resposta parece também encontrar-se, neste caso, no factor inovação, seja ao nível da tecnologia utilizada, seja noutros domínios da realidade da empresa (em particular, no da organização).

Estas ambiguidades em torno da origem exacta das economias de escala não retiram, porém, significado ao fenómeno, nem devem levar a subestimar a importância que geralmente lhe é atribuída. De facto, depois de A. Smith, muitos outros economistas de primeiro plano têm dedicado particular atenção ao tema. É de destacar, a este respeito, a contribuição de A. Marshall, distinguindo as economias de escala internas (à empresa) e as economias de escala externas. Embora este último conceito seja ambíguo, esta combinação de economias de escala e economias externas viria a revelar-se fecunda, nomeadamente para a análise do desenvolvimento dos territórios, quer num quadro nacional, quer no quadro, por exemplo, de processos de integração económica. Um dos principais campos de aplicação empírica deste quadro teórico tem sido, precisamente, o espaço da Europa comunitária.

Para além disso, as economias de escala podem manifestar-se não apenas ao nível da produção, mas também em diversos outros domínios da actividade da organização, tais como a distribuição, o

marketing, a I&D, etc.. Por exemplo, o argumento da indivisibilidade dos custos é pertinente no caso das redes de vendas ou da I&D, pois os volumes mínimos de investimento tecnicamente necessário são aqui, frequentemente, elevados. Do mesmo modo, a questão da especialização pode ser relevante no caso da I&D, tendo em conta, nomeadamente, que esta actividade requer modernamente, em geral, equipas pluridisciplinares de investigadores e um numeroso pessoal técnico de apoio. Acresce, no caso ainda da I&D, a vantagem de dispor de um mercado de dimensão elevada para permitir a recuperação do investimento em caso de sucesso do projecto.

Foi, em grande medida, com base no argumento das economias de escala potenciais a estes diferentes níveis e, em especial, ao nível da produção, que foi adoptado, em meados dos anos 80, o programa para a plena realização do mercado único europeu até 31 de dezembro de 1992. Nos estudos realizados com vista à preparação deste programa (Emerson et al., 1989) mostrava-se, com efeito, que os ganhos susceptíveis de resultar da exploração integral destas economias num mercado europeu totalmente liberto de barreiras às trocas comerciais eram consideráveis. Esses ganhos eram, porém, muito variáveis de uns sectores de actividade para outros.

No plano formal, os efeitos das economias de escala encontram-se estabelecidos pela teoria microeconómica em termos rigorosos. Admite-se que, em cada sector de actividade, existe uma escala mínima de produção, chamada escala mínima de eficiência, que permite minimizar o custo médio de longo prazo. Assim, se a escala mínima eficiente num determinado sector for superior à dimensão do mercado, esse sector constitui um monopólio natural, pois requer a presença de uma só empresa para se maximizar a eficiência no quadro desse mercado.

Como em qualquer outra forma de monopólio, o resultado do monopólio natural vai ser a fixação do preço a um nível superior ao da concorrência perfeita (que seria o do custo marginal) e a redução da quantidade produzida também em relação à que resultaria da concorrência perfeita. Contudo, em comparação com um monopólio não associado à redução de custos (resultante, por exemplo, da simples integração de empresas pré-existentes num centro de decisão comum sem alteração das funções de produção), o monopólio natural gera um custo social mais baixo. Mais: se as economias de escala forem elevadas e, portanto, a redução de custo substancial, o monopólio natural

pode mesmo vir a traduzir-se por um aumento líquido do bem-estar social em relação à concorrência perfeita (ver Anexo 2).

De qualquer modo, a teoria prevê a intervenção dos poderes públicos para regulamentar estes monopólios, de modo a que a sociedade possa efectivamente beneficiar das economias de escala que estão na sua origem. Os principais critérios habitualmente seguidos nesta regulamentação são a imposição de um certo nível de preço, que pode ser o nível do custo marginal, o do custo médio, ou ainda um preço fixo de longo prazo que tanto pode permitir à empresa a realização de lucro extraordinário como levá-la a sofrer prejuízos. Por outro lado, um dos efeitos benéficos geralmente apontados à unificação dos mercados à escala internacional, em particular num contexto de integração económica (onde essa unificação vai mais longe) é o de eliminar de forma espontânea, isto é, através da concorrência, certos monopólios que, num contexto nacional, teriam um carácter "natural", mas que deixam de o ter no quadro de um mercado mais vasto.

A dificuldade atrás referida de determinar a fonte exacta das economias de escala e, em particular, de as dissociar do factor inovação, pode, contudo, prestar-se a equívocos a respeito destas economias e levar a erros no controlo exercido pelos poderes públicos sobre as concentrações. Assim, podem ser atribuídos às economias de escala ganhos de eficiência que, eventualmente, poderiam também ser obtidos com uma escala de produção mais reduzida e com uma estrutura concorrencial do mercado (ver, a este propósito, Gold, 1981). Na verdade, existe frequentemente uma maior indeterminação do que se poderia supor em relação à forma exacta da curva de custos nas diferentes actividades e, em particular, no que se refere à escala mínima de eficiência.

Assim, num *survey* de diferentes estudos sobre economias de escala em sectores onde se considera geralmente que estas economias são mais elevadas, elaborado para a Comissão Europeia por C. Pratten (1988) no quadro dos trabalhos preparatórios do programa do mercado único e cobrindo o período de 1951 a 1982, pode verificar-se, para os USA e alguns países europeus, que há uma fortíssima variação, de uns estudos para os outros, da escala mínima eficiente no mesmo sector e aproximadamente na mesma data. Por exemplo, na refinação de petróleo e na produção de cimento, a variação atinge 70%, enquanto na produção de cerveja chega a elevar-se a mais de 300%. Num outro *survey* relativo especificamente ao sector automóvel (ver Morvan, 1991,

p. 234), mostra-se, por exemplo, que, no fabrico de motores e caixas de velocidade, a escala mínima de eficiência é, segundo certos estudos, quatro vezes superior à que resulta de outros.

Por outro lado, no domínio da I&D, onde se julga habitualmente que, devido às economias de escala, praticamente só as grandes empresas se dedicam a esta actividade, a realidade é hoje também mais complexa. Assim, no conjunto dos países da OCDE, a parcela das despesas totais de I&D realizada por empresas relativa às unidades de maior dimensão continua a ser mais elevada do que a relativa às PME (empresas com menos de 500 empregados), mas a diferença tem vindo a reduzir-se progressivamente desde os anos 80. Por outro lado, no que se refere ao esforço de I&D, medido pelo rácio entre as despesas de I&D e o volume de vendas, este esforço também é tradicionalmente maior por parte das grandes empresas, mas, nos EUA (país habitualmente pioneiro no domínio em análise), a tendência inverteu-se a partir da segunda metade dos anos 90, tendo as PME passado a apresentar um rácio superior ao das grandes empresas e distanciando-se cada vez mais em relação a estas (NSF, 2000). Sucede, porém, que as PME transferem frequentemente para as unidades de maior dimensão os resultados de I&D que produzem (Guellec, 1999, pp. 37-43), o que mostra que as grandes empresas continuam a ter o domínio do mercado, e possivelmente a reforçar esse domínio através de operações de fusão e aquisição, mesmo quando deixam de ter superioridade a montante da cadeia de valor.

É claro que todas as imprecisões e ambiguidades referidas em torno do conceito e da medida das economias de escala não invalidam as conclusões teóricas sobre a sua importância como possível factor de eficiência. Mostram, porém, os limites da tese das economias de escala como argumento de carácter geral para justificar a concentração. Na verdade, para além do papel das PME na I&D que acaba se ser sublinhado, também são geralmente reconhecidas vantagens às empresas de menor dimensão em matéria de flexibilidade organizacional e de capacidade de adaptação à mudança. Por outro lado, um dos efeitos importantes da evolução tecnológica das últimas décadas tem sido o de esta evolução tornar possível, em muitas actividades, reduzir a escala de produção sem perdas de eficiência. Deste modo, as PME passam a poder constituir uma solução eficiente em termos tecnológicos em certas actividades onde, antes, eficiência técnica era sinónimo de grande dimensão.

Economias de gama

Um outro factor de natureza tecnológica susceptível de levar à concentração como forma de obter ganhos de produtividade reside nas economias de gama. Considera-se que estas economias ocorrem quando uma só empresa produz um determinado nível de diferentes produtos a custos mais baixos do que o conseguido, para o mesmo nível de produção, por empresas distintas (Bailey e Friedlaender, 1982). A combinação de diferentes linhas de produção, nomeadamente através da fusão de empresas especializadas pré-existentes numa empresa única multi-produtos, pode, assim, constituir uma fonte de eficiência.

A origem destas economias radica na existência de factores polivalentes, de natureza corpórea ou incorpórea. O exemplo mais simples a este respeito é o da criação de ovinos, de onde resultam, com o mesmo factor de produção, dois produtos distintos: por um lado, a lã, por outro, a carne. Outros exemplos clássicos são as linhas férreas (servindo, por um lado, para o transporte de passageiros e, por outro, de pessoas), as estações nodais de transporte (onde uma mesma infraestrutura serve diferentes tipos de transporte), ou os activos imateriais (conhecimentos) susceptíveis de aplicação na produção de diferentes produtos, mas não decomponíveis e transaccionáveis. Outro exemplo ainda é o das telecomunicações, onde uma mesma rede pode servir para diferentes tipos de serviços.

As economias de gama, sendo um fenómeno distinto das economias de escala, podem, evidentemente, ocorrer na total ausência destas últimas. Podem, contudo, surgir também em associação com elas. Por exemplo, um equipamento de custos fixos elevados, mas polivalente, pode eventualmente ser utilizado de forma eficiente num mercado sem dimensão adequada face à sua capacidade produtiva, na medida em que proporciona, ao mesmo tempo, os dois tipos de economias. Esta associação constitui, aliás, mais uma fonte de confusão possível entre economias de escala e outras fontes de eficiência, neste caso as economias de gama.

Curva de aprendizagem

Um outro factor de eficiência susceptível de explicar a produção em grande escala encontra-se na chamada curva de aprendizagem. A identificação deste factor baseia-se na observação de que, em muitas actividades, com as mesmas técnicas de produção e as mesmas

quantidades de factores, o tempo necessário à produção de uma unidade de produto vai diminuindo à medida que o número de unidades produzidas aumenta. A conclusão tirada desta observação é a de que a repetição das mesmas tarefas proporciona uma acumulação de saber geradora de ganhos de produtividade. Este efeito, traduzido pela popular expressão "learning by doing", pode, assim, justificar a produção em larga escala para maximizar os ganhos em questão.

O estudo deste fenómeno mostra, contudo, que a sua importância deve ser relativizada por três razões principais. (Morvan, 1991, pp. 49-65). Em primeiro lugar, porque, embora ele seja detectável em praticamente todos os sectores da economia, manifesta-se sobretudo nas actividades intensivas em trabalho e onde existem operações de montagem. Parece estar ligado ao aumento da destreza manual e à melhor percepção do ambiente de trabalho proporcionados pela repetição de tarefas. Não pode, assim, constituir um argumento de carácter geral para justificar a concentração, pois a actividade económica tende, em média, a ser cada vez mais intensiva em capital, e não em trabalho. Em segundo lugar, o efeito de aprendizagem parece obedecer a uma curva degressiva e de forte inclinação, sendo assim cada vez mais reduzido à medida que a produção aumenta e encontrando rapidamente um ponto de saturação, em que se esgota totalmente. Por último, tal como nas economias de escala, parece difícil, na prática, isolar um efeito puro de aprendizagem de outros tipos de progresso técnico, tais como a alteração das técnicas de produção e das formas de organização.

Devido a esta dificuldade de dissociação de efeitos de natureza diferente, costuma, por vezes, distinguir-se a curva de aprendizagem da curva de experiência. A primeira traduziria o efeito puro de aumento da eficiência do factor trabalho, para uma quantidade de capital e um sistema de organização constantes. Em linguagem de teoria do crescimento económico, seria um progresso técnico não incorporado (ao factor capital, entenda-se), isto é, obtido sem investimentos suplementares. Por sua vez, a curva de experiência constituiria uma expressão sintética de três tipos de ganhos de produtividade associados ao aumento da escala de produção: os ganhos de aprendizagem propriamente ditos, as economias de escala e os efeitos resultantes da alteração das técnicas de produção e das formas de organização.

Prolongamentos do argumento tecnológico

Estas três fontes de eficiência ligadas à dimensão da produção (economias de escala, economias de gama e ganhos de aprendizagem), a despeito das imprecisões que as rodeiam, constituem, sem dúvida, três forças poderosas no sentido da concentração. Contudo, as dificuldades de avaliação descritas, aliadas à força persuasiva do argumento da dimensão em si mesmo, fazem com que estes factores, e em especial as economias de escala, se prestem também, por vezes, a servir de biombo atrás do qual se podem esconder motivações de outro tipo. Assim, estas economias podem servir como pretexto seja para a conquista de poder de mercado e capacidade de influenciar o preço, seja para a obtenção de massa crítica com vista ao reforço do poder negocial nos mercados dos factores de produção, nos mercados externos ou face aos fornecedores e aos poderes públicos. As concentrações podem, deste modo, começar por justificar-se no terreno da eficiência técnica e acabar por prolongar-se por outras razões¹.

Importa ainda ter presente, a este respeito, que os próprios poderes públicos contribuem, por vezes, para a confusão que tende a estabelecer-se entre estes diferentes tipos de motivações, pois certas estratégias de política industrial, nomeadamente numa perspectiva de competitividade da economia nacional (por exemplo, a chamada política industrial, ou comercial, estratégica), apostam frequentemente na grande dimensão empresarial para além das economias de escala ou de outra natureza que possam existir ligadas a esse gigantismo. A criação de campeões nacionais, a quem é permitida a obtenção de rendas no mercado nacional para poderem enfrentar os mercados externos com ganhos reduzidos ou, eventualmente, perdas, é uma conhecida ilustração de tais estratégias. Essas apostas poderão eventualmente justificar-se numa óptica mais geral de eficiência, ou simplesmente do ponto de vista do interesse nacional (por exemplo, por razões de segurança), mas torna-se difícil fazer a sua avaliação em termos económicos rigorosos se não for possível distinguir e ponderar os diferentes factores em presença.

¹ As economias ligadas à dimensão podem ainda servir para dissimular outras motivações, mesmo sem relação directa com objectivos de carácter económico. Assim, há estudos que mostram (ver Seabright, 1994) que a simples vontade de constituir um império e adquirir poder e influência na sociedade ou na esfera política tem constituído o factor determinante de certos processos de concentração.

Se isto é um exemplo de dificuldades criadas à avaliação da natureza das concentrações pela intervenção dos poderes públicos nacionais, convém ainda acrescentar que este mesmo tipo de problema encontra a sua correspondência a nível comunitário, em particular na delicada e problemática articulação existente entre a política de concorrência e a política de competitividade da União (V. Buigues, Jacquemin e Sapir, 1995). Assim, enquanto a política de concorrência procura actuar segundo uma lógica própria, dispondo de poderes para isso (que lhe são conferidos pelo Tratado), a política de competitividade, que dispõe de meios muito inferiores, procura instrumentalizá-la para conseguir atingir os seus objectivos.

3. Poder de mercado

A conquista de poder de mercado é, sem dúvida, uma das motivações mais óbvias da concentração. Em sentido estrito, esse poder consiste na capacidade para fixar o preço de forma discricionária, isto é, sem ter em conta os concorrentes. Essa capacidade pode, assim, avaliar-se, nomeadamente, pela diferença entre o preço praticado e o custo marginal: quanto maior for esse desvio, reportado ao preço praticado (*índice de Lerner*), maior é o poder de mercado. Por definição, o poder de mercado está ausente na concorrência perfeita e é máximo no monopólio. Como mostram diversos estudos (ver referências em Ferguson e Ferguson, 1994, p. 84), ele tende, nos outros tipos de mercado, a ser função crescente do grau de concentração.

No quadro da análise convencional, o poder de mercado assim definido pode dar origem a uma ineficiente afectação dos recursos e a um menor bem-estar social. Contudo, como já foi sublinhado atrás a propósito dos efeitos das economias de escala, quando ao poder de mercado está associado um decréscimo dos custos médios de produção, como no monopólio natural, o resultado pode até vir a ser um aumento desse bem-estar. Por outro lado, nos mercados de concorrência imperfeita (ou seja, de concorrência monopolística ou de concorrência oligopolística), também não pode considerar-se que exista uma relação mecânica entre poder de mercado e ineficiência.

Na verdade, os efeitos do poder de mercado são muito mais complexos do que aquilo que resulta da simples análise formal, pelo que a sua avaliação recorre hoje, quer no domínio dos estudos académicos, quer no âmbito das políticas de controlo das concentra-

ções, a um conjunto de critérios relativamente vasto. A própria medição desse poder segue geralmente outras vias, para além da referência ao custo marginal, pois não só este custo é, por vezes, difícil de determinar, como o poder de mercado pode manifestar-se noutros domínios que não unicamente o do preço.

Quota de mercado

A quota de mercado constitui uma forma indirecta, mas simples, de avaliar o poder de mercado. É, geralmente, este o critério de base utilizado para esta avaliação no âmbito das políticas de concorrência em matéria de controlo das concentrações (CCE, 1994). Existe, a este propósito, um conjunto de limiares, testados pela experiência, que permitem estabelecer as condições gerais em que o poder de mercado pode efectivamente traduzir-se por distorções de concorrência e por ineficiência na afectação dos recursos. No quadro da política comunitária de concorrência, trata-se de fazer a distinção entre a existência de uma posição dominante (que resulta simplesmente da presença de poder de mercado) e o abuso de posição dominante (que pressupõe um certo grau do poder em questão).

Para além desses limiares, a quota de mercado pode ser ponderada com base em diversos critérios. Um dos mais significativos, numa perspectiva Schumpeteriana, é o do carácter mais ou menos dinâmico do mercado em causa. Assim, em mercados caracterizados por um ritmo elevado de desenvolvimento tecnológico (como a informática ou as telecomunicações), a detenção de uma quota de mercado elevada pode não ser sinónimo de posição de força, pois a dinâmica de inovação no sector pode tornar precária a vantagem detida num dado momento. Em contrapartida, em mercados que já atingiram a maturidade (como, por exemplo, a aeronáutica), uma quota de mercado equivalente já pode representar, à partida, um maior perigo para a concorrência.

Um outro critério revelador é o eventual efeito multiplicador de uma fusão, comparando o mercado final da entidade resultante dessa fusão com a soma dos mercados detidos previamente pelas empresas envolvidas. Se o todo for maior do que a soma das partes, o efeito potencial de distorção de concorrência é maior do que se ocorrer o contrário. Outros critérios ainda possíveis são o da capacidade financeira das empresas envolvidas, o acesso à tecnologia, a estratégia de marketing, etc..

Contrapesos

Para além dos factores de ponderação referidos, há um conjunto de contrapesos, ou elementos compensatórios, que podem ser tidos em conta para avaliar os efeitos do poder de mercado. Um deles é o poder dos concorrentes existentes, ou seja, a capacidade de estes poderem exercer concorrência efectiva. Um critério simples para avaliar esta capacidade é a comparação da quota de mercado da maior empresa (a que constitui a principal ameaça à concorrência) com a quota da empresa que se lhe segue em dimensão. Se houver uma grande diferença entre a posição das duas empresas neste domínio, pode presumir-se que há um maior perigo de distorção de concorrência por parte da empresa maior do que se a diferença for pequena.

Um outro critério possível é o do poder dos clientes. A existência de clientes de grande dimensão pode constituir um factor de pressão no sentido de fazer funcionar a concorrência entre fornecedores, mesmo que um destes seja muito maior do que os outros. A força de compra não se manifesta, contudo, em geral, no caso de consumidores finais, mas sim ao nível, por exemplo, da distribuição. Essa força pode, assim, contrabalançar o poder de mercado ao nível da produção, embora a capacidade para exercer um tal contra-poder esteja, aparentemente, reservada a certos tipos de agentes.

Um terceiro contrapeso, a que é dado actualmente um grande relevo na literatura económica, é o constituído pela concorrência potencial. A existência de uma ameaça crível de entrada no mercado por parte de um ou mais concorrentes poderosos pode dissuadir uma grande empresa que resultou, por exemplo, de uma fusão de exercer efectivamente o poder de mercado que eventualmente adquiriu, isto é, pode impedir que a existência de uma posição dominante dê lugar a um abuso dessa posição. O quadro teórico para esta análise é a teoria dos mercados contestáveis (ou abertos) de Baumol e outros (ver ponto 1.).

O conceito-chave é, aqui, o de *liberdade de entrada*. Considera-se que há entrada livre num mercado (ou seja, ausência de barreiras à entrada) se existirem concorrentes potenciais com a mesma função de custo das empresas já instaladas e em condições de poderem entrar e sair sem sofrerem perdas de capital durante o tempo que seria necessário aos *insiders* para baixarem os preços. Considera-se que estas condições se encontram reunidas quando a entrada não implica investimentos irreversíveis, ou seja, quando os investimentos do novo concorrente que entra no mercado são recuperáveis antes de a empresa

instalada ter reagido, modificando as condições, nomeadamente de preço, em que se realizou a entrada. A forma de os *insiders* dissuadirem os potenciais concorrentes de entrarem no mercado é praticarem um preço igual ao custo marginal. Neste caso, a maximização da eficiência não passa pela existência de um grande número de empresas concorrentes, mas sim pela liberdade de entrada e saída do mercado.

A esta luz, a regulamentação dos mercados, incluindo os monopólios naturais, seria desnecessária, pois a concorrência potencial asseguraria o mesmo resultado. O papel dos poderes públicos seria aqui o de velar pela liberdade de entrada e saída, podendo mesmo ir até ao ponto de o Estado suportar o encargo dos custos irre recuperáveis (*sunk costs*).

Esta teoria, que exerce hoje uma influência considerável no meio académico e junto dos responsáveis das políticas de concorrência, quer na Europa, quer nos EUA, é contudo também objecto de severas críticas, ligadas em particular a alguns dos seus pressupostos. Assim, em especial, a condição de recuperabilidade de todos os custos antes de os *insiders* poderem reagir parece muito difícil de preencher, pois, por vezes (como se verificou, por exemplo, em Portugal, com a entrada no mercado do terceiro operador de telefones móveis), as empresas já instaladas começam a alterar as condições do mercado, nomeadamente em matéria de preço, antes mesmo de a entrada do novo concorrente se ter efectivamente realizado. Por outro lado, certos tipos de despesas, tais como as ligadas à compra de tecnologia ou à publicidade, apresentam geralmente um grau de irre recuperabilidade muito elevado num horizonte temporal muito curto. Por último, no que se refere aos equipamentos, mesmo os contratos de *leasing* (que são referidos na literatura, nomeadamente a respeito do transporte aéreo, como um exemplo de custos facilmente recuperáveis), cobrem sempre um certo período de tempo que se pode revelar excessivo face à rapidez de reacção das empresas instaladas. A hipótese de custos recuperáveis parece, assim, reduzir fortemente o âmbito de aplicação da noção de concorrência potencial.

De qualquer modo, o conjunto dos critérios de análise aqui referidos mostra que uma quota de mercado elevada não significa necessariamente ausência de concorrência. O poder de mercado pode, assim, constituir um motivo de concentração, mas vai deparar, na prática, com um conjunto de forças opostas susceptíveis de moderar esse poder e impedi-lo de gerar ineficiência e perdas de bem-estar para a sociedade. Não fica, contudo, demonstrado o carácter dispensável do con-

trolado exercido pelos poderes públicos sobre as concentrações, como se pretende, em particular, no âmbito da teoria dos mercados contestáveis. Pelo contrário, a experiência mostra que a atenuação do poder de mercado com base nas forças referidas e a sua compatibilização com o funcionamento efectivo da concorrência não têm um carácter automático, mas dependem largamente, precisamente, dessa acção dos poderes públicos, quer pela via da regulamentação, quer através de intervenções casuísticas.

4. Custos de organização

A organização da actividade económica, tal como é realizada no sistema económico-social em que vivemos, é geradora de custos próprios que podem ter um peso determinante na configuração das empresas, actuando, em particular, como forças no sentido da concentração. Trata-se dos custos do próprio mercado (ou custos de transacção) e dos chamados custos de agência.

Custos de transacção

Segundo a teoria dos custos de transacção (Coase, 1937; Richardson, 1972; Williamson, 1975 e 1985), o mercado não constitui apenas um factor de eficiência, mas é ele próprio gerador de custos. Trata-se das despesas necessárias à obtenção de informação, à selecção de fornecedores e clientes, à negociação dos contratos, à execução e controlo destes contratos, etc.. Para determinar as soluções eficientes em matéria de afectação dos recursos, não basta, assim, considerar os custos de produção, mas é necessário atender globalmente aos custos de organização da actividade económica, ou custos de coordenação, os quais incluem tanto os custos de produção propriamente ditos como os custos de funcionamento do mercado (ou custos de transacção).

Tendo em conta, por um lado, os custos de organização da produção no interior da empresa e, por outro, os custos do recurso ao mercado (ou custo das trocas) para obter aí os mesmos bens ou serviços, a empresa pode optar entre fazer *outsourcing* para reduzir os custos de organização, ou internalizar a produção para reduzir os custos de transacção. Pode, assim, haver mais empresa e menos mercado ou, ao invés, mais mercado e menos empresa, consoante os custos respec-

tivos. Trata-se, contudo, de uma divisão do trabalho entre empresa e mercado, e não de duas alternativas radicais para a coordenação da afectação dos recursos (Richardson, 1972). A solução organizacional mais eficiente é aquela que permite minimizar globalmente o custo de produção e o custo de transacção de um determinado bem ou serviço. Assim, a dimensão óptima da empresa é atingida quando o custo de organização de uma operação suplementar no seio da empresa for igual ao custo do recurso ao mercado.

Considerando o papel determinante que, neste contexto, os custos de transacção desempenham no que respeita à configuração da empresa, nomeadamente em termos de dimensão, a análise vai consistir em determinar os factores susceptíveis de influenciar a dimensão de tais custos. São, assim, identificados três factores principais a este propósito, actuando como forças no sentido do crescimento da empresa: a racionalidade limitada dos agentes, o oportunismo e a especificidade dos activos.

Racionalidade limitada

Em oposição directa ao paradigma dominante, a teoria dos custos de transacção postula a racionalidade limitada dos agentes económicos. Estes agentes são aqui supostos terem uma capacidade limitada para tomarem decisões racionais, o que se explica por duas ordens de razões. Primeiro, pela incerteza que envolve as decisões: ninguém conhece à partida os estados do mundo que prevalecerão numa data futura, pois a informação disponível é insuficiente a esse respeito. Não há, assim, qualquer garantia de se tomarem as decisões acertadas à luz de um determinado critério de comportamento. A racionalidade é limitada, em segundo lugar, pela complexidade das situações com que os agentes económicos geralmente se encontram confrontados. Tal complexidade impede-os de efectuarem cálculos rigorosos e leva-os a adoptarem procedimentos rotineiros.

Estas limitações vão ter dois tipos de consequências nas opções da empresa em matéria de organização. Por um lado, a incerteza quanto ao futuro e a complexidade da vida real levam a que os contratos entre os agentes sejam incompletos, pois ninguém detém informação suficiente para torná-los à prova de tudo. Estes contratos são, assim, geradores de insegurança, a qual pode ser minimizada através da opção pela internalização, já que os membros da organização se

conhecem melhor e estabelecem entre si relações de maior confiança do que a que existe entre os agentes que se confrontam no mercado. Por outro lado, as limitações da capacidade decisória traduzem-se por riscos nas decisões tomadas, os quais podem também ser minimizados se tudo se passar no interior da organização, onde existe mais informação e maior capacidade de actuação sobre o curso dos acontecimentos.

Oportunismo

Um outro aspecto da imperfeição da informação, para além do seu carácter limitado para todos os agentes, é o facto de que ela é assimétrica, ou seja, reparte-se desigualmente pelos diferentes agentes económicos. Os que detêm maior quantidade de informação podem, assim, procurar tirar partido dessa vantagem e manipular as regras do jogo a seu favor. Este oportunismo, por sua vez, tem tanto mais possibilidades de se manifestar quanto mais autónomos forem os agentes económicos uns em relação aos outros, isto é, quanto maior for o recurso ao mercado. A opção pela internalização aparece aqui, assim, como uma forma de limitar a assimetria da informação.

Especificidade dos activos

A especificidade dos activos constitui um outro factor determinante de custos de transacção. Considera-se que um activo é específico quando apenas pode ser utilizado para o fim para que foi constituído ou que lhe foi inicialmente atribuído, ou ainda quando a sua reconversão para outros fins envolve custos significativos. Esta especificidade tanto pode, assim, dizer respeito a factores físicos de produção como a factores humanos.

A especificidade dos activos cria dois tipos de problemas no que respeita à celebração e gestão dos contratos. Por um lado, torna-os mais complexos do que os contratos relativos a activos polivalentes, pois a especificidade obriga à definição minuciosa de todos os direitos e obrigações das partes. Por outro lado, atendendo aos investimentos particulares que estes activos requerem e à escassez de oferta com que o comprador se depara, ambas as partes têm interesse em optar por contratos de longo prazo. Ora, num horizonte temporal alargado surgem mais imprevistos do que no curto prazo, o que pode implicar a

revisão do contrato. Essa revisão pode, contudo, revelar-se problemática, dadas as expectativas iniciais, levando eventualmente a litígios insanáveis.

Deste modo, quer pela via da complexidade dos contratos, quer em virtude do horizonte temporal em que estes se situam, a especificidade dos activos é geradora de custos de transacção, que serão tanto mais elevados quanto maior for essa especificidade. A vantagem da internalização das relações antes consumadas em contratos efectuados através do mercado torna-se, assim, evidente.

Os três factores descritos (racionalidade limitada, oportunismo e especificidade dos activos) fazem, deste modo, deslocar a análise da eficiência para variáveis completamente ausentes da microeconomia tradicional. A esta nova luz, certas operações de concentração que, de acordo com a teoria convencional (mesmo nas suas versões mais actualizadas), poderiam ser consideradas como ameaças à concorrência e factores de redução do bem-estar, podem vir a revelar-se portadoras de efeitos positivos. Mais: de acordo com a teoria dos custos de transacção, a tendência natural das empresas é a de maximizarem a eficiência, no sentido aqui referido, e não a de procurarem conquistar poder de mercado. Deste modo, as concentrações (assim como, de resto, os acordos entre empresas, que são considerados uma solução intermédia entre mercado e integração) devem beneficiar, à partida, de uma presunção favorável quanto aos seus efeitos económicos, nomeadamente no quadro das políticas de concorrência.

Custos de agência

A opção pela organização em detrimento do mercado tem, contudo, os seus limites, pois há que atender às possíveis deseconomias de escala a partir de certa dimensão da organização, assim como a um conjunto de outros custos relacionados, em particular, com as divergências de interesses entre os membros da organização, nomeadamente entre proprietários e gestores. Este último tipo de custos tem sido objecto de um vasto desenvolvimento na literatura económica, ao longo das últimas três décadas, em torno do conceito de custos de agência. À imagem da teoria dos custos de transacção, também aqui a análise recorre à noção de relação contratual e se baseia na hipótese de informação assimétrica.

Os custos de agência são inerentes à chamada relação de agência. Considera-se relação de agência (Jensen e Meckling, 1976) um contrato no qual uma pessoa ou entidade (designada por principal) incumbe uma outra (o agente) de executar em seu nome uma determinada acção delegando nesse agente um certo poder de decisão. Se ambas as partes desta relação procurarem maximizar o seu bem-estar, há boas razões para pensar, defende esta teoria, que o agente não actuará sempre em conformidade com os interesses do principal. São exemplos de relações de agência, as relações entre o empregador e o empregado num contrato laboral, entre os accionistas e os gestores numa organização empresarial, entre as chefias e os subordinados na Administração Pública, entre o Estado e um concessionário, entre uma empresa (actuando como principal) e um consultor (actuando como agente), etc..

No que respeita, em particular à relação entre accionistas e gestores, existe nela, como em qualquer outra relação de agência, um problema de incerteza quanto ao comportamento do agente, designado por risco moral, de onde podem resultar custos, por diversas vias. Em primeiro lugar, pode haver um desvio do comportamento do agente (os gestores) em relação aos interesses do principal (os accionistas), consistindo na realização de um esforço insuficiente para atingir os objectivos fixados. É provável que ocorra, deste modo, uma perda de eficiência da organização, a qual é susceptível de tornar a empresa num alvo fácil para uma operação de aquisição hostil. As fronteiras da organização podem, assim, vir a encontrar-se alteradas.

Pode existir uma segunda fonte de custos de agência no problema chamado de selecção adversa. Atendendo a que há geralmente uma relação positiva entre o volume de negócios da empresa e a remuneração dos gestores, a tendência natural deste últimos é para fazerem crescer a empresa o mais possível e no mais curto espaço de tempo. Se, face aos investimentos necessários ao crescimento da empresa, os gestores conseguirem obter facilmente financiamento, mesmo para os projectos de risco mais elevado e retorno mais incerto, junto de investidores em capital (accionistas anteriores ou outros), em vez do recurso ao crédito, que comporta encargos fixos, poderão ser levados a fazer crescer a empresa desproporcionadamente, no seu próprio interesse, mas provocando a deterioração do valor dos activos e prejuízos aos accionistas.

Duas outras vias através das quais podem surgir custos de agência são, por um lado, a dos incentivos e, por outro, a do controlo sobre

o agente. Uma forma de garantir a adequação do comportamento do agente em relação aos interesses do principal é a da atribuição de incentivos ao agente, nomeadamente de carácter financeiro. Um outro meio para atingir o mesmo fim, é o controlo permanente do seu comportamento. Qualquer uma das duas soluções pode, contudo, revelar-se dispendiosa.

A teoria da relação de agência projecta, assim, uma nova luz sobre a questão da configuração da empresa, fornecendo uma pista interessante para compreender, em particular, as fusões e aquisições determinadas por razões de carácter financeiro. De facto, os estudos empíricos existentes sobre os efeitos no plano financeiro das concentrações realizadas nas duas últimas décadas parecem confirmar razoavelmente algumas das conclusões desta teoria acerca das divergências de interesses entre gestores e proprietários. Assim, enquanto os proprietários da empresa-alvo são habitualmente ganhadores, os resultados das concentrações para os accionistas da empresa compradora parecem longe de poderem justificar, só por si, estas operações. De facto, elas parecem ter-se traduzido para eles frequentemente por prejuízos, e raramente têm proporcionado lucros significativos. Em contrapartida, os gestores destas empresas parecem geralmente ver o seu nível de remuneração aumentar em virtude de tais operações, seja pela via do salário, dos prémios de gestão ou das opções de aquisição de acções. (ver referências da literatura sobre estes efeitos em Matos e Rodrigues, 2000).

Custos de transacção e custos de agência constituem, deste modo, duas bases de argumentação adicionais a propósito das motivações e dos efeitos das concentrações. Não obstante o rigor formal que já acompanha hoje a explanação destes novos argumentos na literatura económica, eles parecem, contudo, sofrer ainda de duas limitações importantes. Por um lado, as provas empíricas da sua validade permanecem, por enquanto, reduzidas. Por outro, eles parecem sacralizar a empresa e perder de vista o consumidor. Em todo o caso, a distribuição dos ganhos de bem-estar parece realizar-se aqui em circuito fechado, beneficiando apenas os agentes directamente envolvidos na vida das empresas envolvidas em tais processos de concentração (proprietários, gestores e, eventualmente, empregados).

CONCLUSÃO

Decorre desta exposição que as concentrações, nomeadamente com base em operações de fusão ou aquisição, podem ser impulsionadas por uma multiplicidade de forças e que os seus efeitos económicos dependem dos factores concretos que actuam em cada caso. Muitos destes factores podem fazer das concentrações um meio para aumentar a eficiência económica e o bem-estar social.

A conquista de poder de mercado e, sobretudo, da capacidade para abusar deste poder, constitui, no entanto, um dos perigos inerentes às concentrações, pois o abuso de poder de mercado pode levar à ineficiência e à redução do bem-estar. Embora o próprio mercado seja ele próprio gerador de contrapesos a esse poder, esses contrapesos não impedem necessariamente a ocorrência destas perdas de eficiência e de bem-estar. Assim, a despeito da tendência existente numa parte da literatura económica actual para pôr em causa a intervenção dos poderes públicos (ou de outros órgãos reguladores) em matéria de concentrações, essa intervenção continua a revelar-se necessária, devido à incapacidade de auto-regulação do mercado.

Sucede, porém, que os próprios poderes públicos se encontram, eles próprios, frequentemente entre as forças estimuladoras da concentração, por razões que não têm necessariamente a ver com objectivos de eficiência, mas antes utilizando as políticas de concorrência como instrumentos das políticas industriais ou de outras políticas. Num tal contexto, torna-se particularmente difícil discernir a natureza dos diferentes factores em jogo e, em particular, distinguir os que são geradores de eficiência, sob qualquer uma das suas formas possíveis, dos que estão relacionados com objectivos de outra natureza, mesmo que socialmente justificáveis. Deste modo, se a auto-regulação do mercado é insuficiente como tal, também não é bastante, em si mesma, a existência de uma autoridade reguladora fora do mercado; é ainda necessário que esta autoridade possa reger-se por critérios rigorosos e possa actuar segundo a sua própria lógica.

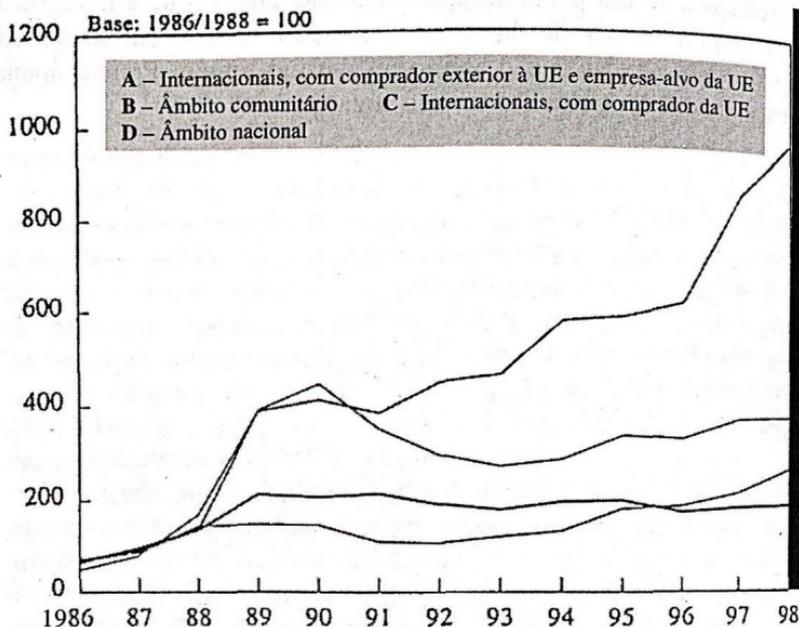
Uma regulação com estas características parece ser a melhor forma de assegurar saldos de bem-estar positivos para a sociedade como resultado das concentrações e de garantir a necessária coexistência entre as grandes, as médias e as pequenas empresa. De facto, se existem forças económicas poderosas no sentido da concentração e se o contexto actual na Europa e à escala mundial é propício à acção de algumas dessas forças, também é verdade que nenhuma delas só por

si, nem todas no seu conjunto, parecem encerrar um potencial ilimitado de benefícios, de modo a transformar a grande empresa na solução organizacional ideal em termos gerais. Na verdade, como escreveu Schumacher (1973, p. 200) no seu *Small is Beautiful*, lembrando que as tendências para a centralização e para a descentralização são como as oscilações de um pêndulo, provavelmente aquilo que é necessário, em matéria de dimensão das empresas, não é ter *isto* em detrimento *daquilo*, mas sim ter isto e aquilo ao mesmo tempo. Poderá apenas acrescentar-se: e cada coisa no seu lugar.

ANEXO 1

Fusões e aquisições

Envolvendo empresas da UE e realizadas quer à escala europeia, quer à escala internacional



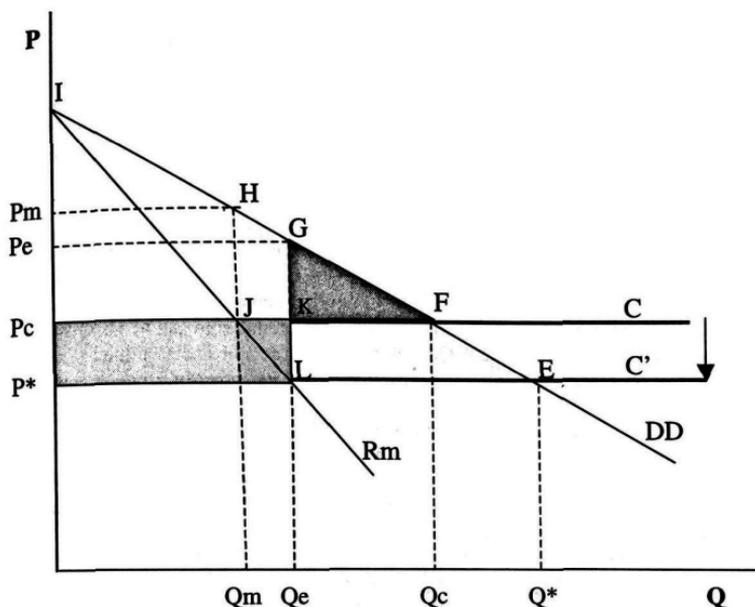
Ano	Número total de operações	Variação %
1987	2775	-
1988	4242	52.9%
1989	6945	63.7%
1990	7003	0.8%
1991	6607	-5.7%
1992	6005	-9.1%
1993	5740	-4.4%
1994	6334	10.3%
1995	6810	7.5%
1996	6327	-7.1%
1997	7097	12.1%
1998(est.)	7600	7.3%

Fonte: CCE (1999)

ANEXO 2

Efeitos do monopólio natural

(Economias de escala)



Na figura estão representadas três situações distintas:

Concorrência perfeita, a que corresponde a curva de custo (e de oferta) C , admitindo-se, por comodidade, custos constantes (custo médio e custo marginal são, assim, idênticos);

Monopólio com a mesma curva de custo C da concorrência perfeita, resultando, por hipótese, da simples integração de unidades produtivas anteriores num centro de decisão comum, sem alteração das estruturas produtivas;

Monopólio natural, com a curva de custo (médio e marginal) C' , abaixo de C , em resultado da ocorrência de economias de escala.

Em concorrência perfeita, tendo em conta que a receita marginal é igual ao preço², o equilíbrio de mercado do sector em questão obtém-se no ponto F , a que

² Em concorrência perfeita, a venda de uma unidade suplementar não supõe a redução do preço, pois cada empresa produz uma quantidade negligenciável em relação à oferta total do sector.

corresponde o preço P_c e a quantidade produzida Q_c . O excedente do consumidor é dado pela área IFPc, não havendo lugar a excedente do produtor visto os custos serem constantes.

Em monopólio com os mesmos custos da concorrência perfeita, tendo em conta a curva de receita marginal do monopólio Rm^3 , a condição marginal de maximização do lucro é verificada no ponto J (igualdade entre custo marginal e receita marginal) e o equilíbrio de mercado encontra-se no ponto H. O preço subiu para P_m e a produção desceu para Q_m . O excedente do consumidor reduziu-se para IHPm. A parte PmHJPc do excedente do consumidor anterior (IFPc) foi transferida para os produtores sob a forma de lucro extraordinário (quantidade produzida Q_m multiplicada pela diferença entre o preço de mercado P_m e o custo marginal P_c). A parte HFJ desse mesmo excedente inicial (IFPc) desapareceu, dando origem a uma perda de bem-estar social. O saldo deste tipo de monopólio em termos de bem-estar é, assim, negativo.

Por sua vez, no monopólio natural, onde a curva de custo desce para C' , em resultado de economias de escala, a condição marginal de maximização do lucro é verificada no ponto L (intercepção da nova curva de custo marginal C' com a curva de receita marginal) e o equilíbrio de mercado obtém-se no ponto G. O nível de produção que lhe corresponde é Q_e , inferior ao de concorrência perfeita (Q_c), mas superior ao do monopólio anterior (Q_m). O preço é P_e , superior ao de concorrência perfeita (P_c), mas inferior ao do monopólio anterior (P_m). Em termos de bem-estar e em relação à concorrência perfeita, o excedente do consumidor reduziu-se para IGPe. A parcela GFK desapareceu, representando uma perda de bem-estar social. Contudo, o lucro extraordinário é agora dado por PeGLP* (quantidade produzida multiplicada pela diferença entre o preço de mercado P_e e o custo marginal P^*). A parcela PeGKPC deste lucro resulta de uma transferência de rendimento dos consumidores para os produtores; a parcela PcKLP* corresponde a um acréscimo de bem-estar social proporcionado pela redução do custo de produção.

Assim, o monopólio natural gera uma perda correspondente ao triângulo GFK e um ganho dado pelo rectângulo PcKLP*. O resultado líquido depende do tamanho respectivo destas duas áreas. Se a redução de custos proporcionada pelas economias de escala for substancial (isto é, se houver um forte afastamento da curva C' em relação a C), o ganho pode exceder a perda, fazendo aparecer um saldo de bem-estar social positivo. O monopólio natural constitui, neste caso, uma solução mais eficiente do que a concorrência perfeita.

³ Em monopólio, a curva de receita marginal encontra-se abaixo da curva de procura, pois, como a oferta do sector corresponde à produção de uma só empresa, a venda de uma unidade suplementar supõe a redução do preço, e esta redução faz baixar a receita relativa às unidades anteriores.

BIBLIOGRAFIA (*)

- BAILEY, E. E. e FRIEDLAENDER, A. F. (1982), "Market Structure and Multiproduct Industries", *Journal of Economic Literature*, Vol. XX, Setembro.
- BAIN, J. S. (1956), *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge (US).
- BAIN, J. S. (1959), *Industrial Organization*, Wiley, Nova Iorque, 1968.
- BAUMOL, W. J. (1982), "Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure", *American Economic Review*, vol. 72.
- W. J. BAUMOL, PANZAR, J. e WILLIG, R., (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, Nova Iorque.
- BORK, R. H. (1978), *The Antitrust Paradox: a Policy at War With Itself*, Basic Books, Nova Iorque.
- BUCKLEY, P. J. e MICHIE, J. (ed.) (1996), *Firms, Organizations and Contracts – A Reader in Industrial Organization*, Oxford University Press, Nova Iorque.
- BUGUES, P.; JACQUEMIN, A. e SAPIR, A. (ed.) (1995), *European Policies on Competition, Trade and Industry: Conflict and Complementarities*, Edward Elgar, Aldershot (UK).
- CABRAL, L. (1994), *Economia Industrial*, McGraw-Hill, Lisboa.
- CCE (Comissão da Comunidade Europeia) (1994), *Economie Européenne*, N° 5 (Concurrence et intégration: Politique communautaire de contrôle des concentrations).
- CCE (1999), *Economie Européenne*, Suplemento A, n° 2, Fevereiro (Fusions et acquisitions).
- CLARK, J. M. (1940), "Towards a Concept of Workable Competition", *American Economic Review*, vol. 30, Maio (referido em Clark, 1961).
- CLARK, J. M. (1961), *Competition as a Dynamic Process*, Brookings Institution, Washington, D. C. .
- COASE, R. H. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, Novembro, in Williamson, O. E. (ed.) (1990), *Industrial Organization*, Edward Elgar, Hants (UK).
- EMERSON, M. et al. (1989), *1992: La nouvelle économie européenne; Une évaluation par la Commission de la C.E. des effets économiques de l'achèvement du marché intérieur*, De Boeck, Bruxelas.
- FERGUSON, P. R. e FERGUSON, G. J. (1994), *Industrial Economics – Issues and Perspectives*, 2ª ed., The MacMillan Press Ltd, Londres.
- GOLD, B. (1981), "Changing Perspectives on Size, Scale and Returns: An Interpretive Survey", *Journal of Economic Literature*, Vol. XIX, Março.
- GUELLEC, D. (1999), *Economie de l'innovation*, La Découverte, Paris.
- JACQUEMIN, A. (1985), *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Economica, Paris.

(*) Nas obras em relação às quais são indicadas duas datas, a mais antiga refere-se à primeira edição que a obra conheceu e a mais recente à edição consultada.

- JENSEN, M. C. e Meckling (1976), W. H. "The Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, in Buckley e Michie, 1996.
- MARX, Karl (1867) *Le Capital, Livre I*, in *Oeuvres*, I, Editions Gallimard, Paris, 1965.
- MATOS, P. V. e RODRIGUES, V. (2000), *Fusões e aquisições; Motivações, Efeitos e Política*, Princípiá, S. João do Estoril.
- MORVAN, Y. (1991), *Fondements d'économie industrielle*, 2ª ed., Economica, Paris.
- NSF (National Science Foundation) (EUA) (2000), *Science and Engineering Indicators*, Anexo estatístico.
- PELTZMAN, S. (1976) "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, vol. 19.
- POSNER, R. A. (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago.
- PRATTEN, C. (1988), "A Survey of the Economies of Scale", *Research on the Cost of the non-Europe*, vol. 2, Série D, Documents de la Commission de la Communauté Européenne, Bruxelas.
- RICHARDSON, G. (1972), "The Organization of Industry", *Economic Journal*, in Buckley e Michie, 1996.
- ROSS, S. (1973), "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem", *American Economic Review*, vol. 63, nº 2, Maio.
- SCHUMACHER, E. F. (1973), *Small is Beautiful – Um estudo de economia em que as pessoas também contam*, Publicações Dom Quixote, 1980.
- SCHUMPETER, Joseph (1926), *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz, 1935.
- SCHUMPETER, Joseph (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*, 5ª ed., George Allen & Unwin, Ltd., Londres, 1952.
- SEABRIGHT, P. "Détournement des objectifs de la réglementation, subsidiarité et politique européenne en matière de concentrations", in CCE, 1994.
- STIGLER, G. J. (1971), "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2.
- WILLIAMSON, O. E. (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press (Macmillan), Nova Iorque.
- WILLIAMSON, O. E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press (Macmillan), Nova Iorque.
- WILLIAMSON, O. E. (ed.) (1990), *Industrial Organization*, Edward Elgar, Hants (UK).

MERCOSUL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

por *Alberto do Amaral Júnior**

INTRODUÇÃO

O Mercosul é, em menos de uma década, uma experiência de integração bem sucedida. Os fluxos comerciais entre o Brasil e a Argentina quintuplicaram de 1990 a 1998, impulsionados pela progressiva eliminação das barreiras alfandegárias. Se, no momento atual, ainda não existe um mercado comum, é preciso reconhecer que avanços substanciais se verificaram com a criação de uma área de livre comércio e de uma união aduaneira. A instituição do mercado comum parece ser o fim para cuja realização os Estados membros procuram empenhar-se.

A tentativa de consolidação do Mercosul convive, hoje, com as negociações para a criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), prevista para ocorrer até o final de 2005. A ALCA representa, inegavelmente, vantagens e riscos para o Mercosul. Os eventuais benefícios decorrentes do aumento de escala e de redução de preços dos produtos e serviços coexistem com os riscos de desindustrialização no Brasil, o país mais desenvolvido da América Latina. Há, ainda, a probabilidade de que a ALCA contribua para a erosão do Mercosul como bloco econômico regional.

A integração sul-americana ganhou novo alento com a iniciativa brasileira de promover a Cúpula de Brasília, nos dias 31 de Agosto e 1 de Setembro de 2000. A reunião, que contou com a presença de 12 presidentes sul-americanos, deu início aos entendimentos com a finalidade de aprofundar a cooperação na América do Sul. Prova disso,

* Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

foi a decisão de intensificar o relacionamento comercial com a Comunidade Andina com a celebração de um acordo de preferências tarifárias entre os dois blocos. Os desafios postos pela criação da ALCA e as novas perspectivas de cooperação na América do Sul definirão, em grande parte, o papel da região no cenário internacional. A compreensão dos desafios do Mercosul, porém, exige breve referência aos fatores que permitiram a sua constituição e que de certa forma permeiam a integração da América do Sul no limiar do século XXI.

1. Os primórdios da Integração na América do Sul: A Experiência da ALALC e da ALADI

As tentativas de integração econômica na América Latina remontam ao final dos anos 50 quando os estudos da CEPAL indicavam a diminuição do intercâmbio comercial entre os países da região. A integração econômica foi então recomendada como meio capaz de permitir a formação de mercados mais abrangentes e dinâmicos, que facilitariam o processo de substituição das importações.

Sob esta ótica, onze países celebraram, em 18 de fevereiro de 1960, com base em um projeto elaborado por técnicos da CEPAL, o Tratado de Montevidéu, que criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), cuja sede funcionaria na capital do Uruguai ¹. O objetivo era instituir uma zona de livre comércio, no prazo de doze anos, que ampliaria as trocas econômicas incentivando o desenvolvimento industrial. Desde o início, o governo norte-americano condenou a criação da ALALC, salientando que o comércio no continente deveria apoiar-se nos esquemas bilaterais ².

Apesar de não alcançar o resultado almejado, a criação de uma zona de livre comércio, a ALALC teve méritos incontestáveis. Em 1977, o volume do comércio regional atingiu a cifra de 14,1% dobrando em relação à taxa de 7,1% registrada em 1962 ³.

¹ V. Betiol, Laércio. "Integração Econômica e União Política Internacional", São Paulo, RT, 1968.

² Soares, Guido. "A Compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT", BILA, n.16, abril de 1995, pág. 24.

³ Dados da CEPAL, apud BARRIA, Fernando Morales. "ALADI Comentários Preliminares al Tratado de Montevidéu de 1980", Santiago, Editora jurídica de Chile, 1981, pág. 16.

Na primeira fase de sua existência, de 1960 a 1969, ocorreu a maior parte das 12.000 concessões outorgadas em Listas Nacionais. Já na segunda fase, que cobre o período de 1970 a 1980, faltou o empenho efetivo dos governos com vistas a aumentar o número das concessões obtidas. Para eliminar o risco de extinção iminente foi firmado, em 1972, um protocolo prorrogando o período de transição previsto pelo Tratado de Montevidéu até 31-12-1980.

Fiel ao espírito integracionista, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru concluíram, em 1969, o Tratado de Cartagena, que originou o Pacto Andino. A Venezuela aderiu ao Tratado de Cartagena em 1973, três anos antes da retirada do Chile, verificada em 1976.

Com o propósito de corrigir as imperfeições da ALALC e aprofundar o nível de integração econômica, os onze Estados-Partes deliberaram criar a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), prevista no segundo Tratado de Montevidéu, celebrado em 12 de agosto de 1980. Não se pretendia, agora, fixar prazos rigorosos para a constituição da área de livre comércio. Segundo se acreditava, o estabelecimento de uma área de preferências desembocaria, inevitavelmente, na formação de um mercado comum latino-americano.

A área de preferências compõe-se de três mecanismos: a Preferência Aduaneira Zonal, os Acordos de Alcance Regional e os Acordos de Alcance Parcial⁴. Enquanto os Acordos de Alcance Regional visavam a suprimir as medidas administrativas que restringiam o comércio, os Acordos de Alcance Parcial (AAP) objetivavam estimular a integração removendo os demais obstáculos que impediam os fluxos comerciais. Os Acordos de Alcance Parcial contavam com a participação somente de alguns Estados havendo a expectativa de que, com o decurso do tempo, os benefícios auferidos viessem a suscitar o interesse dos demais. Entre os mais importantes estão os Acordos de Complementação Econômica, os Acordos Agropecuários e os Acordos de Promoção do Comércio.

2. Antecedentes do Mercosul

As discussões sobre o Mercosul têm enfatizado, quase exclusivamente, o papel econômico que a criação do Mercado Comum terá para

⁴ Baptista, Luis Olavo. O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico. São Paulo, LTR, 1998.

os países da região: modernização de suas economias e inserção competitiva no comércio internacional. Pouca atenção, porém, tem sido dada aos aspectos políticos que têm contribuído para viabilizar o processo de integração. Na verdade, pode-se mesmo dizer que a existência de pré-requisitos políticos está na origem da integração ora em curso.

No campo político, os aspectos cruciais, que permitiram a existência de condições favoráveis para a criação do Mercosul "foram as mudanças do caráter das relações entre Brasil e Argentina" e o estabelecimento da democracia em ambos os países ⁵. Até o final dos anos 70, as relações Brasil-Argentina foram marcadas por disputas hegemônicas e hostilidades latentes, que criavam situações de competição e conflito.

A corrida armamentista entre os dois países já se esboçava quando os dois governos recusaram qualquer comprometimento formal com a não proliferação de armas nucleares na região. Mais tarde, já no início da década de 70, as tentativas de domínio da energia nuclear e das técnicas de enriquecimento do urânio, promovidas por ambos os países, começaram a delinear um quadro cuja continuidade poderia acarretar riscos para a estabilidade continental. O Acordo de Cooperação Nuclear de 1980 e os acordos que se lhe seguiram restringindo a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, inauguraram a fase de construção da confiança mútua no plano estratégico-militar. Os acordos de cooperação no campo nuclear são, na verdade, subproduto da cooperação mais ampla que se verificou a partir da celebração do Acordo sobre o Aproveitamento dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, em 1979.

A transição dos governos autoritários para os regimes democráticos foi, na realidade, o marco que tornou possível a transformação das

⁵ Albuquerque, J.A. Guilhon. Mercosul: Integração Regional pós-Guerra Fria. Política Internacional, I(2), Set/Out/Nov de 1992.

Lafer, Celso. Perspectivas e possibilidades da inserção internacional do Brasil. Política Internacional, I(3), Dez/Jan/Fev, 1992-93.

Peña, Félix. Pré-requisitos políticos e econômicos da integração. Política Internacional, I(2), Set/Out/Nov de 1992.

Barbosa, Rubens Antonio. A Integração Regional e o Mercosul. Política Internacional, I(2), Set/Out/Nov 1992.

Seitenfus, Ricardo. A Cooperação Argentino-Brasileira; Significado e Perspectivas. Lua Nova, n.18, Agosto de 1989.

Castro, Luiz Augusto de Araújo. Brasil-Argentina: Medidas bi-laterais de fortalecimento de confiança na Área do controle de armamentos. Política externa, 2(2), Set/Out/Nov de 1993.

relações de conflito em relações de cooperação entre Brasil e Argentina. A cooperação intergovernamental tem lugar quando as políticas, seguidas por determinado governo, são consideradas pelos outros Estados de modo a facilitar a realização dos objetivos de todos, já que resultam de um processo de coordenação política ⁶.

A cooperação, diversamente da harmonia, pressupõe a existência do conflito, envolvendo esforços para superá-lo ⁷. Neste sentido, a cooperação ocorre quando os atores estão em situação real ou potencial de conflito, e não de harmonia. É esta a razão que faz com que os governos busquem a coordenação política, evitando a continuidade indefinida do conflito.

A passagem do conflito para a cooperação, expressa em 1985 na assinatura da Ata do Iguaçu, no Programa de Integração e Cooperação Econômica Brasil-Argentina, de 1986 e no Tratado Bilateral de Integração e Cooperação Econômica de 1988, tem o seu ponto culminante na celebração do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991.

A criação do Mercosul não pode ser imaginada fora dos marcos jurídicos e políticos surgidos com a redemocratização dos países latino-americanos. A complexidade da criação de um Mercado Comum entre economias com características diversas exige negociação contínua e capacidade de diálogo. A discussão em torno da institucionalidade e da elaboração dos macro-modelos jurídicos do Mercosul não se pode restringir às esferas governamentais.

O Mercosul somente poderá ser completamente efetivado no momento em que houver um mínimo de comprometimento social com as metas governamentais assumidas previamente. Este fato é incompatível com a lógica de limitação e exclusão da participação social que domina os governos autoritários. Da mesma forma que a redemocratização dos países-membros do Tratado de Assunção criou as condições necessárias de cooperação regional, o retrocesso democrático é o maior risco para o processo de integração.

Diante da formação de blocos econômicos, que caracteriza a economia internacional a partir do início da década de 90, o Mercosul representou o esforço para elevar o grau de competitividade da região no comércio mundial. A adoção de políticas comerciais comuns contribuiu para fortalecer as posições defendidas pelo bloco nos foros

⁶ Keohane, Robert O. *After Hegemony (Cooperation and Discord in the World Political Economy)*. Princeton University Press, New Jersey, 1984, p.51.

⁷ Ob. Cit pp. 51,52,53.

internacionais de negociação. Aumenta, em consequência, a possibilidade de obtenção de maiores vantagens comerciais, como sucede em matéria de produtos agrícolas. A formação de um grande mercado, com cerca de duzentos milhões de consumidores, é uma importante moeda de barganha nas negociações que se travam com outros parceiros.

Paralelamente, o crescimento dos fluxos comerciais no interior do bloco é importante fator de modernização econômica. As economias nacionais encontram-se mais expostas à competição, o que favorece o aprimoramento da qualidade dos produtos e serviços postos à disposição dos consumidores.

O Mercosul é, apesar disso, uma forma de regionalismo aberto, que não se apóia em discriminações impostas a outros mercados. Insere-se, nesta perspectiva, no espírito que orientou o GATT e que agora norteia a atuação da Organização Mundial do Comércio.

Finalmente, a criação do Mercosul foi extraordinariamente facilitada pelo substrato cultural comum compartilhado pelos quatro países que o compõem. A proximidade lingüística e a existência de culturas que se entrelaçam auxiliaram o entendimento e viabilizaram o diálogo no plano regional.

3. Mercosul e os Desafios da Integração

O primeiro grande desafio a ser enfrentado pelo Mercosul refere-se ao impacto que a dicotomia prioridades internas versus compromissos internacionais exercerá sobre o processo de integração. No Brasil, o modelo de substituição de importações posto em prática a partir dos anos 50 enfatizou a necessidade de se construir um capitalismo nacional, baseado na autonomia tecnológica e na consolidação do mercado interno.

As políticas de proteção à indústria nacional traduziram-se na criação de incentivos fiscais a certas atividades e na estipulação de tarifas alfandegárias elevadas para os produtos importados. Com o esgotamento do modelo de substituição de importações, tornou-se necessário rever as estratégias de inserção do Brasil na economia internacional.

O governo brasileiro empreendeu, na década de 90, amplo programa de liberalização comercial, no qual se inclui a revisão das barreiras alfandegárias e não alfandegárias. A instabilidade econômica que tem caracterizado os países latino-americanos, no entanto, sugere

a possibilidade de que as prioridades internas venham a sobrepor-se aos compromissos internacionais previamente assumidos.

Em 1999 a desvalorização do real afetou as relações comerciais entre o Brasil e a Argentina. O governo argentino decidiu impor sobre-taxas às exportações brasileiras, devido à perda de competitividade dos produtos daquele país. Este fato somado às dificuldades econômicas que o Brasil experimentou no período reduziram o intercâmbio comercial no interior do bloco, constituindo-se em ameaça à continuidade da integração.

A existência de regimes cambiais diversos nos dois países – paridade fixa entre o peso e o dólar na Argentina e câmbio flutuante no Brasil – é sem dúvida obstáculo ponderável à harmonização das políticas macroeconômicas. Com isso abre-se a possibilidade da adoção de políticas econômicas que privilegiem exclusivamente os interesses domésticos limitando a fixação de metas de alcance regional.

Em segundo lugar, é preciso indagar em que medida o Mercosul tem sido realmente encarado como projeto das sociedades nacionais dos países membros e não como projeto dos respectivos governos. A participação social na discussão das decisões referentes à criação e institucionalização do Mercosul tem sido desigual nos diversos países. Na Argentina e no Uruguai, esta participação é sensivelmente maior que a verificada no Brasil.

É verdade que, no caso brasileiro, importantes tentativas têm sido feitas para ampliar a participação social no debate em torno da institucionalização do Mercosul. Apesar disso, a participação da sociedade não é ainda acentuada, exigindo, por isso, a sua ampliação.

O reduzido grau de participação pode acarretar a ausência de comprometimento efetivo da sociedade com os objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção. A participação nas discussões relativas aos vários aspectos da construção do Mercado Comum não pode envolver, tão-somente, alguns segmentos acadêmicos e empresariais. Paralelamente, como decorrência talvez deste problema, os efeitos do Mercosul são percebidos de forma diferente nas diversas regiões do Brasil. Enquanto os Estados do sul e sudeste discutem as oportunidades comerciais e as perspectivas econômicas que o Mercosul irá proporcionar, os Estados do norte-nordeste tendem a encarar o mercado comum como um processo que pouco os beneficiará. Dentro desta perspectiva, a questão central, pelo menos no caso brasileiro, é tornar o Mercosul não apenas um projeto governamental mas uma aspiração de toda sociedade.

Em terceiro lugar, o Mercosul registra profunda assimetria entre os Estados que dele participam. Este fato pode ser, ao mesmo tempo, fator de instabilidade ou prenúncio de vulnerabilidade.

A estabilidade econômica do Brasil e da Argentina podem garantir o êxito do Mercado Comum, da mesma forma que a ocorrência de crises internas nestes países afetaria a coordenação exigida pelo processo de integração. Além disso, a assimetria entre os atores se fará sentir quando da elaboração dos macro-modelos jurídicos em torno dos quais se organizará o mercado comum.

A importância desta questão revela-se, de modo particular, em relação à harmonização legislativa em áreas cruciais para o êxito da integração regional. Em matéria de proteção ao consumidor, por exemplo, o Brasil e a Argentina dispõem de legislações específicas, cujas regras ampliam consideravelmente os direitos dos consumidores e estabelecem novas hipóteses de responsabilização dos fornecedores. Neste campo, a dúvida reside em saber se o paradigma que norteará a elaboração das regras de consumo no âmbito do Mercosul será as legislações brasileira e Argentina ou se, ao contrário, será outro modelo legislativo, mais condescendente com os clamores do setor industrial dos demais países.

Em quarto lugar, as questões institucionais assumem importância particular se a finalidade visada for realmente a instituição de um mercado comum. Qual será a conformação institucional do Mercosul? Quantas serão as instituições criadas e quais as suas atribuições? Quais serão as características dos procedimentos decisórios no âmbito do mercado comum? O modelo institucional adotado pela UE será o paradigma que orientará a criação das instituições do Mercosul?

A implantação do mercado comum exigirá, provavelmente, a criação de instituições de caráter comunitário e supranacional. Não é lógico que o funcionamento de uma zona de livre comércio, o estabelecimento da tarifa externa comum e a harmonização das políticas macroeconômicas possam ser realizadas prescindindo-se da existência de órgãos encarregados da sua formulação e execução.

O problema surge, porém, no momento em que a criação de órgãos comunitários requer algum tipo de restrição da soberania dos Estados, algo, aliás, que se choca com o princípio da soberania ardentemente defendido pelos Estados latino-americanos.

A criação de instituições supranacionais significa dar um passo à frente em relação ao estágio em que presentemente nos encontramos.

Na fase atual, os órgãos do Mercosul consagram apenas os relacionamentos intergovernamentais, sem qualquer caráter de supranacionalidade.

A criação de órgãos comunitários, por sua vez, impõe aos Estados a obrigação de se submeter às decisões tomadas no interesse do Mercado Comum, acima, portanto, dos interesses de cada governo individualmente considerado.

No Mercosul a questão central é estabelecer os critérios que permitirão a tomada de decisões vinculantes para os Estados-Membros, levando-se em conta a assimetria dos atores envolvidos. O critério de unanimidade, ora vigente, que confere a cada Estado o direito de veto em relação às decisões contrárias aos seus interesses, parece incompatível com o efetivo funcionamento do mercado comum.

No Mercosul o problema tem importância especial, pois os Estados-Partes são muito heterogêneos. O sistema decisório a ser criado deveria refletir a diversidade de peso econômico e demográfico dos parceiros a partir da instituição de um sistema de votação ponderada para certas matérias que exigem maior flexibilidade e rapidez em sua implementação. Este fato não excluiria, de todo, a tomada de decisões com base no consenso, que continuaria admitido em situações especiais, como é o caso da mudança dos tratados constitutivos ou de interesse nacional relevante. As matérias rotineiras, como a convocação de reuniões, deveriam ser submetidas ao princípio da maioria simples, enquanto as decisões acerca de temas políticos e econômicos exigiriam maioria qualificada.

Em quinto lugar, as vicissitudes enfrentadas pelo Mercosul em 1999 comprovam a urgente necessidade de aprofundamento da integração. A sobrevivência do Mercosul parece depender, cada vez mais, da tomada de decisões que consolidem o bloco, ultrapassando a fase da união aduaneira. A harmonização de regras no setor de serviços, cobrindo áreas como telecomunicações, serviços financeiros e informática, poderia ser o princípio desta nova etapa.

Por último, o fortalecimento do Mercosul é fundamental nos entendimentos sobre a criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), atualmente em curso. A propósito, vale lembrar que o projeto da criação da Área de Livre Comércio das Américas surgiu na Cúpula de Miami, em Dezembro de 1994, quando os chefes de Estado e de governo de 34 países do continente americano acordaram que no mais tardar até 2005 seriam concluídas as negociações para a sua formação e implementação.

Os países do Mercosul têm realçado, diante da possibilidade de instituição de uma Área de Livre Comércio das Américas, os seguintes pontos:

1. Que a ALCA seja objeto de consenso hemisférico voltado para o livre comércio;
2. Que a ALCA seja baseada nos esquemas mais profundos de integração existentes;
3. Que resulte de negociações de caráter gradual e progressivo, cujo ritmo seja compatível com a consolidação e aperfeiçoamento de várias iniciativas de integração em curso no continente;
4. Que seja constituída sobre compromissos equilibrados, equitativos e vantajosos para cada uma das partes, assumidos completa e simultaneamente pelos 34 países;
5. A previsão de que os países definam produtos ou setores econômicos que possam ser objeto de tratamento especial dadas as suas peculiaridades;
6. A promoção ampla da participação e integração dos diversos setores da sociedade civil dos países envolvidos, em especial, os empresários, trabalhadores e consumidores, pois somente assim a abertura dos mercados continentais terá legitimidade e significará um bem comum a ser preservado e fortalecido ⁸.

4. As perspectivas do Mercosul

O fortalecimento do Mercosul é uma possibilidade plausível em condições de se realizar no futuro próximo. Passos importantes têm sido dados com vistas a ampliar a integração na América do Sul, fator decisivo para conferir à região maior peso nas negociações da ALCA.

Nos dias 31 de agosto e 1 de setembro de 2000 doze presidentes de países sul-americanos se reuniram em Brasília para cuidar de temas relativos à integração regional. A Cúpula de Brasília teve três funções principais:

- a) sedimentar, no plano político, a cooperação entre os países da América do Sul. Vale lembrar que, pela primeira vez na história, assistiu-se a um encontro com esta dimensão. Os chefes de Estado presentes à reunião estavam convictos de

⁸ Lampreia, Luiz Felipe. "O consenso brasileiro em torno da ALCA", *Revista de Política Externa*, vol. 5 n° 4, vol. 6 n° 1 - Março-Agosto, 1997.

que o aprofundamento da cooperação é o único modo eficaz de solucionar os problemas comuns ao subcontinente americano.

- b) Definir prioridades no âmbito da integração regional.
- c) Estabelecer metas para a integração física dos países sul-americanos.

Níveis mais intensos de cooperação constituem o melhor modo de enfrentar os desafios da realidade internacional no limiar do século XXI. Da construção de mercados regionais à transnacionalização dos delitos, cujo exemplo mais conspícuo é representado pelo tráfico de drogas, a cooperação permite estabelecer pautas de conduta, que reduzem as incertezas e aumentam os benefícios favorecendo a inserção na economia globalizada. Se a democracia viabilizou a formação do Mercosul, o aprofundamento dos regimes democráticos será decisivo para consolidar a cooperação sul-americana⁹.

No encontro de Brasília decidiu-se iniciar as negociações do acordo de preferências tarifárias entre o Mercosul (Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai) e a Comunidade Andina (Peru, Equador, Bolívia, Colômbia e Venezuela), a ser concluído até 2002. A integração com a Comunidade Andina poderá contribuir para elevar o grau de coesão na América do Sul. Os projetos na área da infra-estrutura, que irão facilitar o comércio regional, serão discutidos pelo Comitê de Direção Executiva criado na reunião de Brasília.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento, BID, elaborou um plano de ação com o objetivo de orientar os governos na tarefa de promover a integração física da região. O documento, divulgado no final da Cúpula de Brasília, ressalta que os projetos de infra-estrutura deverão abranger os setores de transportes, energia e telecomunicações. A sua implementação considerará os aspectos sociais e ambientais envolvidos, bem como o impacto hoje exercido pelas tecnologias da informação.

O desenvolvimento da infra-estrutura física, contemplado no plano de ação do BID, pretende facilitar os fluxos de comércio, investimento e informação dentro de cada país e entre as nações. Um dos principais

⁹ Marcovitch Jacques. "América do Sul - democracia e valores". In: Revista de Política Externa - vol. 9 - n. 2 - Editora Paz e Terra, São Paulo, set./out. 2000. p. 30 e ss.

desafios a ser enfrentados será melhorar a gestão das passagens de fronteira, aperfeiçoar a coordenação regional de planos de investimento privilegiando-se os projetos com base nos méritos técnicos e econômicos que possuem.

O adensamento da integração não encontra respaldo somente nas iniciativas dos governos, sendo defendido por organismos internacionais e pela iniciativa privada. A Comissão Econômica para a América Latina e Caribe, CEPAL, vinculada à Organização das Nações Unidas, sustenta que a união dos países sul-americanos deverá ir além do livre comércio regional, incluindo temas sociais, políticos e culturais. A integração dos programas de saúde é, segundo a CEPAL, um caso típico que merece a atenção especial dos governos.

O Conselho Empresarial da América Latina, CEAL, divulgou durante a reunião de chefes de Estado da América do Sul a Carta de Brasília, na qual sugere que seja adotada uma moeda comum para a região. Entre as propostas apresentadas consta a criação de uma agenda de contato entre as autoridades fiscais e monetárias dos países para possibilitar a coordenação, harmonização e convergência das políticas macroeconômicas.

O CEAL propôs, também, a criação de um órgão de controle e inspeção regional para eliminar as barreiras fitossanitárias. Este órgão seria supra-nacional e centralizaria o controle sobre a fiscalização animal na América do Sul.

A Carta de Brasília destacou a participação do setor privado em projetos de infra-estrutura que se destinam a proporcionar o funcionamento eficiente do mercado regional integrado. Encarece, ainda, a importância da cooperação solidária entre os países para o financiamento de projetos regionais.

A demonstração de que o adensamento da integração sul-americana não se limitará aos temas econômicos está na aceitação da "cláusula democrática", inserida no Comunicado de Brasília, assinado pelos chefes de Estado que compareceram ao encontro. A "cláusula democrática" obriga os países a manter a democracia a fim de que possam continuar a participar do processo de integração.

Convém lembrar, a propósito, que a "cláusula democrática" foi prevista pelo Tratado de Assunção, desempenhando papel vital na resolução das crises internas enfrentadas pelos membros do Mercosul. Quando o assassinato do vice-presidente do Paraguai representou séria ameaça à preservação do regime democrático naquele país, a "cláusula democrática" legitimou a reação dos demais membros do Mercosul,

que se manifestaram em prol da preservação da democracia no Paraguai. Numa área que vive sob o permanente risco das tentações autoritárias, a “cláusula democrática” associa a existência de liberdade interna para a formação da vontade coletiva ao diálogo entre os governos, capaz de conduzir ao entendimento e à cooperação.

A integração comercial na América do Sul trará ganhos ao ampliar o comércio, fato que auxiliará a aumentar e a distribuir a renda na região. É natural que com a intensificação do relacionamento econômico as pressões de grupos que não querem perder antigos privilégios se multipliquem em escala vertiginosa. Por isso, é preciso que os governos estejam desde já preparados para enfrentar as resistências potenciais que certamente advirão com o incremento do comércio.

Afora o contencioso envolvendo produtos têxteis, o qual foi encaminhado à Organização Mundial do Comércio, OMC, Brasil e Argentina protagonizaram disputas em algumas áreas, tais como o regime automotivo, o comércio de açúcar e de frangos. A suspeita de *dumping* levou a Argentina a estabelecer preço mínimo para a importação de frangos provenientes do Brasil, atitude que motivou o governo brasileiro a acionar os mecanismos de solução de controvérsias do Mercosul¹⁰.

A desvalorização do real provocou a redução do comércio entre Brasil e Argentina de US\$ 18,4 bilhões em 1998 para US\$ 13,4 bilhões em 1999. A necessidade de superar os problemas derivados da existência de regimes cambiais distintos aliada à função estratégica do bloco para os países membros foram as causas do relançamento do Mercosul no ano 2000. Este processo procura realizar, ao mesmo tempo, dois objetivos principais: consolidar o mercado interno regional e incentivar as exportações do Mercosul para outros mercados como forma de garantir o crescimento sustentável do bloco no longo prazo.

Os governos partilham o entendimento de que a consolidação do mercado interno regional pressupõe a eliminação das restrições não-tarifárias ainda existentes assim como o aperfeiçoamento e implementação da tarifa externa comum. A meta de substituir os mercados nacionais por um grande mercado regional exigirá a supressão dos mecanismos de defesa comercial intrazona, que darão lugar ao apare-

¹⁰ Ferrer Aldo. “A relação Argentina-Brasil no contexto do Mercosul e a integração sul-americana”. In: Revista de Política Externa – vol. 9 – n. 2 – Editora Paz e Terra, São Paulo, set./out. 2000. p. 13 e ss.

cimento de regras harmônicas em matéria de concorrência, reprimindo as práticas que venham a distorcer o relacionamento entre os agentes econômicos.

Na área externa, a intenção é fortalecer o papel do Mercosul como ator válido no plano internacional. As negociações comerciais com a Comunidade Andina, que terão início em 30 de junho de 2001, serão realizadas pelo Mercosul, e não pelos países membros, individualmente considerados. Ganhou vigor a disposição de se negociar a celebração de acordos de livre comércio com o México, Israel, Japão, China, Coreia e África do Sul, além de dar continuidade às negociações atualmente em curso com a União Européia.

O aumento da produtividade, a execução de políticas setoriais regionais e a elevação constante da competitividade dos bens exportados são condições básicas para que o Mercosul se transforme em plataforma de exportação regional. Os governos dos países membros salientam que a perspectiva continental do Mercosul é a dos "building blocks", isto é, o fortalecimento do Mercosul, com capacidade de dialogar com outros esquemas sub-regionais, é indispensável para a construção da Área de Livre Comércio das Américas.

É pouco provável que seja possível a aplicação no subcontinente americano da fórmula empregada pela União Européia, que procurou compatibilizar o alargamento ao aprofundamento da integração econômica. Semelhante expediente talvez não tenha êxito na América do Sul, em virtude da tendência que a globalização estimula de favorecer o livre comércio.

Cabe advertir, porém, que a integração dos países sul-americanos, de maneira similar a que ocorreu na Europa, com a adoção de uma moeda comum, será, certamente, um processo lento, pois pressupõe a convergência macroeconômica entre as nações. É imprescindível, sob este aspecto, que haja políticas mais ou menos comuns nos setores fiscal, monetário e cambial. Sem políticas equilibradas nos domínios fiscal e cambial não é factível o aprofundamento da integração.

Os bons resultados que o Mercosul experimentou decorreram, sobretudo, dos processos de estabilização adotados pelo Brasil e pela Argentina. Os governos estão agora conscientes da necessidade de integrar os processos produtivos concebendo ambiciosos projetos de infra-estrutura regional.

O aprofundamento da integração na América do Sul parece ter sido a estratégia escolhida, ainda que de forma não confessada, para viabilizar a participação mais vantajosa dos países sul-americanos no

processo de criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), cuja conclusão deverá ocorrer em 2005. As negociações para a criação da ALCA iniciaram-se, efetivamente, na reunião ministerial de Denver, em 1995, tendo prosseguido nas reuniões ministeriais de Cartagena (1996), Belo Horizonte (1997), São José da Costa Rica (1998) e Toronto (1999).

Os governos concordaram que a cada 18 meses será realizada uma reunião de ministros e decidiram instituir um Comitê de Negociações Comerciais integrado pelos Vice-Ministros das Relações Exteriores, que promoverá reuniões semestrais. Existem hoje 9 grupos de negociação sobre os seguintes temas: acesso a mercado, investimentos, serviços, compras governamentais, solução de controvérsias, agricultura, direitos da propriedade intelectual, subsídios, direitos *antidumping*, medidas compensatórias e política de concorrência¹¹. Acordou-se, também, a instalação de três instâncias não negociadoras: o Grupo Consultivo sobre Economias Menores, o Comitê de Representantes Governamentais encarregado de analisar as sugestões e críticas dos diferentes setores sociais e o Comitê Conjunto sobre Comércio Eletrônico. A quinta Reunião Ministerial da ALCA ocorreu em Toronto, em novembro de 1999. Na ocasião foram adotadas 18 medidas de facilitação de negócios (oito na área de procedimentos aduaneiros e dez na área de transparência) e estabelecidas as diretrizes para as futuras negociações até a próxima Reunião Ministerial que acontecerá em Buenos Aires, em 2001.

As negociações para a criação da ALCA têm como pano de fundo enormes assimetrias regionais. Enquanto os EUA detêm 75% do PIB continental, o Brasil e o Canadá possuem, respectivamente, 7% e 5% do PIB da região. A participação do México e da Argentina gira em torno dos 3% ao passo que os demais países, individualmente, participam com 1% ou menos do PIB continental¹².

As empresas norte-americanas ambicionam, com a criação da ALCA, conquistar novos mercados, nos quais a renda dos consumidores tenderá a elevar-se num curto espaço de tempo. Nos EUA, ao contrário,

¹¹ Simões Antonio José Ferreira. "O Brasil e a ALCA no limiar do novo milênio - algumas reflexões". In: Revista de Política Externa - vol. 8 - n. 2 - Editora Paz e Terra, São Paulo, set./out. 1999. p. 32 e ss.

¹² Dupas Gilberto. "Assimetrias econômicas, lógica das cadeias produtivas e políticas de bloco no continente americano". In: Revista de Política Externa - vol. 9 - n. 2 - Editora Paz e Terra, São Paulo, set./ out. 2000. p. 20.

não há indicações da possibilidade de crescimento da demanda adicional de produtos como refrigerantes, fornos microondas e telefones celulares e, num futuro não muito distante, o número de pessoas conectadas à internet não apresentará crescimento anual significativo¹³. As grandes corporações empresariais norte-americanas depositam no novo mercado a ser instituído a esperança de obter maiores crescimentos marginais de consumo de bens e serviços, muitos dos quais não revelam potencial de expansão no mercado norte-americano. Com a formação da ALCA os produtos e serviços originados no NAFTA atingiriam, sem barreiras ou tarifas, cerca de 337 milhões de virtuais consumidores.

A política posta em prática pelos EUA nos próximos anos será fundamental para definir os contornos da integração americana. É improvável que os EUA busquem consolidar a ALCA atraindo os países da América Central e procurando isolar o Brasil, que resiste à rapidez que o governo norte-americano pretende imprimir à constituição da Área de Livre Comércio das Américas. Tudo indica que o Mercosul ampliado, abrangendo, eventualmente, toda a América do Sul, será um interlocutor de peso indiscutível nas discussões da ALCA, com capacidade para influenciar na determinação do ritmo e da velocidade de sua criação. Não está afastada, evidentemente, a possibilidade de o Mercosul ampliado conviver, com base no pluralismo convergente, com o NAFTA expandido, do qual façam parte os EUA, o Canadá e o México, além dos países da América Central. Afinal, a fecundidade do inesperado pode surpreender a prudência de qualquer analista.

¹³ Dupas Gilberto. Artigo citado, p. 21 e ss.

O REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DOS ESTADOS-MEMBROS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO. DELINEAMENTO E APERFEIÇOAMENTO PROGRESSIVO

por *Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro**

SUMÁRIO: Introdução. A consagração da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do Direito comunitário. 1. Enquadramento no plano dos princípios. 2. O acórdão Francovich e o acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame: afirmação da responsabilidade civil do Estado e procura de definição de um regime geral. *a)* Justificação da competência do TJCE. *b)* Fundamentos. *c)* Condições comunitárias mínimas exigidas. *d)* A autonomia processual e institucional dos Estados-membros. 3. Apreciação suportada pela evolução jurisprudencial posterior. Efeitos na ordem jurídica portuguesa. 1. Responsabilidade por actos legislativos. 2. Responsabilidade por actos da administração. 3. Responsabilidade por actos jurisdicionais. Conclusão final

INTRODUÇÃO**

Já não constitui novidade para a honrosa assembleia que me escuta o qualificativo de “*atrevida*” ou “*criativa*” relativamente a uma ou outra decisão que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) tem tido ocasião de tomar, arrastando consigo a evolução de concepções e a reformulação de princípios que dão corpo às ordens jurídicas nacionais. Neste enquadramento insere-se, indis-

* Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

** Reproduz-se neste trabalho uma conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, no dia 27 de Junho de 2000.

cutivamente, o tema que me foi proposto desenvolver e cuja importância espero conseguir fazer chegar até vós. A responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do direito comunitário foi inaugurada pelo acórdão *Francovich*, de 9 de Novembro de 1991¹. O regime comunitário global só foi, contudo, definido no acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*, de 5 de Março de 1996², fruto do amadurecimento da problemática complexa subjacente ao tema que só o necessário decurso do tempo torna possível.

A responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares (contencioso subjectivo) não está consagrada em nenhuma disposição dos Tratados comunitários. Mesmo perante a Comunidade Europeia revelam-se frágeis as garantias convencionais do cumprimento das obrigações comunitárias pelos Estados-membros. Referimo-

¹ Proc. C-6/90 e C-9/90, Col. p. I-5357. Para mais desenvolvimentos ver o nosso trabalho *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 1996.

² Proc. C-46/93 e C-48/93, Col. p. I-1029. Para mais desenvolvimentos ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 165; Nicholas EMILIOU, «State liability under community law: shedding more light on the *Francovich* principle?», *ELR*, 1996, vol. 21, n.º 5, p. 399; Julian LONBAY e Andrea BIONDI, *Remedies for breach of EC law*, Chichester, Wiley, 1996; Georges VANDERSANDEN e Marianne DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire — Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelas, Bruylant, 1997; Francette FINES, «Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de "l'État normateur"», *RTDE*, 1997, n.º 1, p. 69; Melchior WATHELET e Sean VAN RAEPENBUSCH, «La responsabilité des États-membres en cas de violation du Droit Communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», *CDE*, 1997, n.º 1-2, p. 13; Olivier DUBOS, «Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire», *RAE-LEA*, 1997, n.º 2, p. 209; Christopher HIMSWORTH, «Things fall apart: the harmonisation of community judicial procedural protection revisited», *ELR*, 1997, vol. 22, n.º 4, p. 291; Matthias RUFFERT, «Rights and remedies in european community law: a comparative view», *CMLR*, 1997, vol. 34, n.º 2, p. 307; Nadine DANTONEL-COR, «La violation de la norme communautaire et la responsabilité extracontractuelle de l'État», *RTDE*, 1998, n.º 1, p. 75; Sophia ABOUDRAR-RAVANEL, «Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficience de l'outil. À propos du principe de la responsabilité extra-contractuelle des États membres pour violation du droit communautaire», *RMCUE*, 1999, n.º 431, p. 544. O Gabinete de Direito Europeu, do Ministério da Justiça, organizou uma compilação dos acórdãos mais importantes sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito comunitário, *Colecção Divulgação do Direito Comunitário*, 1998, Ano 10, n.º 27.

-nos, principalmente, ao princípio da solidariedade previsto no artigo 10.º CE e ao seu principal instrumento de defesa, a acção por incumprimento (contencioso objectivo) prevista nos artigos 226.º a 228.º CE. Efectivamente, a solução aqui indicada, embora inédita (em última instância, condenação do Estado ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária temporária) mantém-se tributária das debilidades e, muitas vezes, ineficácia dos mecanismos de sanção encontrados pelo direito internacional. Além disso, o procedimento é consabidamente moroso, sem participação directa dos particulares e não lhes oferecendo uma protecção efectiva e imediata dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária. Foi longo, por conseguinte, o caminho que o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado teve de percorrer. Por um lado, pela barreira legal atrás enunciada. Por outro lado, porque o espírito que preside a acção por incumprimento parece muito distante das exigências de protecção efectiva e imediata dos particulares, facto que constituía uma barreira psicológica à admissibilidade do princípio.

As resistências, embora numerosas, não impediram os juízes do TJCE de, no âmbito do reenvio prejudicial, chamar a si o protagonismo da consagração do novo princípio que, aliás, o sentido da evolução da jurisprudência já deixava adivinhar³. As decisões anteriores ao acórdão

³ Relativamente ao Tratado CECA, no acórdão *Humblet*, de 16-12-1960, proc. 6/60, Rec. p. 1124, reconheceu-se explicitamente a obrigação de o Estado prevaricar indemnizar as vítimas do seu comportamento: *esse Estado é obrigado, nos termos do artigo 86.º do Tratado CECA (equivalente ao artigo 10.º CE — ex-artigo 5.º), quer a afastar o acto de que se trata, quer a reparar os efeitos ilícitos que o mesmo tenha podido produzir*. No âmbito do Tratado CE, os acórdãos em matéria de incumprimento já incumbiam o juiz nacional de retirar todas as consequências dos acórdãos que declaram o incumprimento, de forma a que o pleno efeito do direito comunitário fosse assegurado, não apenas para o futuro, mas incluindo a obrigação de reparar os prejuízos que, no passado, tivessem sido causados por violações do direito comunitário imputáveis aos Estados-membros (v.g.: acórdãos *Comissão/Rep. Italiana*, de 13-07-1972, proc. 48/71, Rec. p. 529, *Comissão/Alemaña*, de 12-07-1973, proc. 70/72, Rec. p. 813). Mais especificamente, o TJCE, em muitas circunstâncias, admitiu o interesse que para ele tinha a declaração do incumprimento, mesmo se entretanto o Estado-membro em falta lhe tivesse posto fim: *esse interesse pode traduzir-se na obtenção de uma declaração de existência dos pressupostos da responsabilidade em que um Estado-membro pode incorrer pelo seu incumprimento face àqueles que, designadamente, se podem prevalecer dessa infracção* (v.g.: acórdãos *Comissão/Rep. Italiana*, de 07-02-1973, proc. 39/72, Rec. p. 101; *Comissão/Rep. Italiana*, de 20-02-1986, proc. 309/84, Col. p. 599; e *Comissão/Grécia*, de 24-03-1988, proc. 240/86, Col. p. 1835). O acórdão *Waterkeyn*,

Francovich, não obstante, só pontualmente afloravam a questão da responsabilidade civil do Estado e, em todo o caso, faziam-na depender exclusivamente da qualidade das soluções jurídicas encontradas pelos direitos nacionais.

A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DOS ESTADOS-MEMBROS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO

1. Enquadramento no plano dos princípios

Dentro do objecto da nossa exposição, o passo de gigante foi dado pelo acórdão *Francovich*, mais tarde confirmado e limado pelo acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*. Estas decisões explicam-se, em termos globais, como veremos, dentro dos princípios que são os verdadeiros alicerces de todo o edifício construído pela jurisprudência comunitária. Falamos da autonomia, do primado e do efeito directo do direito comunitário. A consagração da responsabilidade civil extracontratual do Estado é apenas, tal como a exigência de protecção imediata, efectiva e eficaz, mais um fruto destes princípios estruturantes⁴.

de 14-12-1982, proc. 314/81 a 316/81 e 83/82, Rec. p. 4337, trouxe um importante esclarecimento. Os direitos dos particulares provêm directamente das disposições comunitárias sem que, para protecção dos seus direitos, haja prévia necessidade de verificação do incumprimento. Por fim, no acórdão *Russo*, de 22-01-1976, proc. 60/75, Rec. p. 45, a propósito de um reenvio prejudicial (o Sr. Russo pretendia a indemnização de um prejuízo aparentemente causado pelo comportamento de um organismo de intervenção, atendendo a que violava um regulamento comunitário), o TJCE considerou que *no caso de ter sido causado um prejuízo ao produtor individual, em virtude de uma intervenção do Estado-membro em violação do direito comunitário, incumbe ao Estado assumir, em relação à pessoa lesada, as respectivas consequências no âmbito das disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado.*

⁴ Ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 23-42. Citem-se, também, os acórdãos IN.CO.GE.'90 Srl e outros, de 22-10-1998, proc. C-10/97 a C-22/97, Col. p. I-6037; *Van Schijndel*, de 14-12-1995, proc. C-430 e 431/93, Col. p. I-242; *Van Peterbroeck*, de 14-12-1995, proc. C-312/93, Col. p. I-259; *Kraaijeveld*, de 24-10-1996, Proc. C-72/95, Col. p. I-5403.

2. O acórdão *Francovich* e o acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*: afirmação da responsabilidade civil do Estado e procura de definição de um regime geral

A responsabilidade civil extracontratual do Estado pela violação do direito comunitário teve de esperar o acaso dos factos levados perante um juiz italiano para poder ser promovida, pelo TJCE, a princípio geral comunitário. O acórdão *Francovich*⁵ não resolveu, porém, todas as dúvidas que o assunto suscitava. Continuou-se a especular sobre a questão da própria competência do TJCE para fixar regras nesta matéria. Controversa mostrava-se, também, para alguns, a consideração sem excepções da responsabilidade do legislador, bem como as condições gerais de apuramento da responsabilidade do Estado, entre elas a eventual procura de um comportamento culposos. A preocupação sentida conduziu o TJCE, numa outra oportunidade oferecida pelas questões dos juízes nacionais, a definir um regime comunitário global da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Tomaram-se em atenção duas exigências lógicas fundamentais: primeira, a congruência com as opções tomadas no domínio da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia; segunda, evitar uma ruptura total com as concepções gerais informadoras das soluções jurídicas nacionais. Por tudo isto, o acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*⁶ constitui um segundo acórdão nuclear. Desfaz

⁵ Na origem do processo estava um prejuízo causado a alguns assalariados, em virtude da não transposição, pela República Italiana, da Directiva 80/987 do Conselho, de 20-10-1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador. Esta directiva tem por finalidade assegurar aos trabalhadores assalariados um mínimo comunitário de protecção em caso de insolvência do empregador, prevendo, designadamente, garantias específicas para o pagamento de créditos em dívida respeitantes a remunerações.

⁶ Prejuízos causados a particulares decorrentes, respectivamente, da violação do artigo 28.º CE (ex-artigo 30.º) pela Lei do imposto sobre a cerveja alemã e da violação, designadamente, dos artigos 43.º CE (ex-artigo 52.º) e 294.º CE (ex-artigo 221.º) por uma lei britânica, de 1988, sobre a Marinha Mercante. A *Brasserie du pêcheur*, sociedade francesa, foi obrigada a interromper as suas exportações de cerveja para a Alemanha, em virtude das autoridades alemãs considerarem que a cerveja que fabricava não estava em conformidade com a «lei da pureza» alemã, de 1952, alterada em 1976. Noutro contexto, a sociedade *Factortame*, entre outras, de direito britânico, viu-se impedida de desenvolver a sua actividade, por causa do *Merchant Shipping Act*, de 1988. Esta lei britânica sobre a Marinha Mercante previa

ambiguidades e hesitações que pudessem subsistir e traduz um verdadeiro esforço, confirmado pela jurisprudência posterior, no sentido de se fixar uma disciplina geral, única e coerente, no caso da violação do direito comunitário ser imputável ao Estado.

Vamos estruturar a análise desta jurisprudência em quatro pontos essenciais: primeiro, argumentos justificativos da competência do TJCE; segundo, fundamentos para a consagração da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do direito comunitário; terceiro, condições comunitárias mínimas exigidas; quarto, limites à autonomia processual dos Estados-membros.

a) Justificação da competência do TJCE

O Tribunal de Justiça não acolheu a tese sustentada, fundamentalmente, pelo Governo alemão segundo a qual um direito geral à reparação em favor dos particulares só poderia ser sancionado por via legislativa e que o reconhecimento desse direito por via judicial seria incompatível com a repartição de competências entre as instituições da Comunidade e os Estados-membros, bem como com o equilíbrio institucional organizado pelo Tratado CE. Foram essencialmente três as razões aduzidas pelo TJCE para legitimar a sua intervenção numa matéria de extraordinária sensibilidade como é a da responsabilidade do Estado perante os particulares⁷:

1.^a — na ausência de disposições comunitárias expressas, o problema em discussão é assumido como uma questão de interpretação do Tratado CE (artigo 220.º CE — ex-artigo 164.º)⁸;

2.^a — um dos métodos de interpretação geralmente aceite é o do recurso aos *princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*⁹ (v.g.: artigo 288.º CE, segundo parágrafo — ex-artigo 215.º);

3.^a — em várias ordens jurídicas internas o regime jurídico da responsabilidade do Estado foi determinantemente estabelecido por via jurisprudencial (v.g.: Irlanda e França)¹⁰.

a criação de um novo registo para os navios de pesca britânicos, passando a sujeitar a sua matrícula, incluindo a dos já matriculados num anterior registo, a determinadas condições de nacionalidade, residência e domicílio dos proprietários.

⁷ Quanto à possível abordagem desta questão no âmbito do princípio da subsidiariedade, ver, entre outros, Denys SIMON, «La subsidiarité juridictionnelle: notion-gadget ou concept opératoire?», RAE-LEA, 1998, n.º 1-2, p. 84, em especial p. 89, e Francette FINES, «Subsidiarité et responsabilité», RAE-LEA, 1998, n.º 1-2, p. 95, em especial p. 98-99.

⁸ Parág. 25.º e 26.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

b) Fundamentos

Previamente à exposição deste ponto, gostaríamos de referir que a argumentação desenvolvida pelos juízes do Luxemburgo para justificar a sua decisão conheceu algumas novidades no acórdão *Brasserie*. Lê-se nas entre-linhas deste raciocínio amadurecido uma evidente preocupação de fundamentar a responsabilidade do Estado perante os particulares dentro de uma construção fechada e de alicerçar o correspondente direito à reparação abertamente no direito comunitário.

O Tribunal de Justiça começa por cimentar o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado no sistema inerente ao Tratado CE¹¹, destacando-se a autonomia da ordem jurídica comunitária¹², as exigências de uma protecção efectiva e eficaz dos direitos que esta confere aos particulares¹³ e o dever de cooperação e lealdade que resulta do artigo 10.º CE (ex-artigo 5.º)¹⁴, este intrinsecamente ligado ao princípio do primado. Depois prossegue com o argumento da uniformidade de aplicação do direito comunitário (encarada numa dupla perspectiva, horizontal e vertical¹⁵) e, por último, invoca o regime da responsabilidade internacional, onde o Estado é considerado na sua unidade, sendo irrelevante que o prejuízo causado encontre origem numa actuação do legislador, da administração ou até do juiz¹⁶.

O TJCE mostra-se hesitante em utilizar expressamente a tese dos *princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*¹⁷ para consolidar o princípio geral da responsabilidade do Estado. Aliás, no acórdão *Franovich* preferiu-se omitir este tema. Que possíveis razões justificarão estas atitudes? A resposta poder-nos-á parecer óbvia quando analisamos comparativamente as soluções previstas nos direitos nacionais. A responsabilidade do Estado não é concebida da mesma forma, e são muito díspares a extensão e as condições do seu reco-

⁹ Parág. 27.º a 29.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁰ Parág. 30.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹¹ Parág. 30.º e 35.º do acórdão *Franovich* e parág. 31.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹² Parág. 31.º do acórdão *Franovich*.

¹³ Parág. 32.º e 33.º do acórdão *Franovich* e parág. 39.º e 52.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁴ Parág. 36.º do acórdão *Franovich* e parág. 39.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁵ Respectivamente, parág. 33.º e 42.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁶ Parág. 34.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁷ Parág. 27.º a 29.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

nhcimento nos diversos Estados-membros. No caso da responsabilidade do Estado por actos legislativos permanece mesmo, na maioria dos países, o princípio da irresponsabilidade do legislador, e quando reconhecida só o é em circunstâncias muito específicas. Mas, para além desta heterogeneidade e insuficiência de soluções, não deveremos reter a óptica da evolução do conjunto? A óptica do aperfeiçoamento progressivo do Estado de Direito?

Em matéria de eleição de um princípio geral comum aos direitos dos Estados-membros a perspectiva do TJCE tem sido maximalista. Por conseguinte, atrevo-me a considerar que, apesar da subtilidade, o TJCE colocou na mesa mais um trunfo: o princípio da responsabilidade do Estado é um princípio geral comum aos direitos dos Estados-membros.

c) Condições comunitárias mínimas exigidas

Estabelecida e fundamentada a obrigação de o Estado reparar os prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis, vamos de seguida apreciar as condições em que uma indemnização efectiva deverá ser atribuída. Neste contexto refere o Tribunal de Justiça:

*Embora a responsabilidade do Estado seja assim imposta pelo direito comunitário, as condições em que a mesma institui um direito a reparação dependem da natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado*¹⁸. Estes termos pouco explícitos levantaram algumas dúvidas quanto ao verdadeiro sentido da afirmação e só foram minimamente precisados no posterior acórdão *Dillenkofer*, de 8 de Outubro de 1996¹⁹. Neste acórdão o TJCE considerou que *a apreciação de tais condições era função de cada tipo de situação*, mais concretamente, o acento tónico passa a colocar-se na amplitude do poder de apreciação concedido às autoridades estaduais, não sendo irrelevante a natureza, designadamente, legislativa, regulamentar ou administrativa da medida nacional causadora do prejuízo.

A economia de tempo com que somos confrontados obriga-nos a deixar para trás a primeira formulação das condições, constante do

¹⁸ Parág. 38.º do acórdão *Francovich* e parág. 38.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁹ Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Col. p. I-4845, em especial parág. 24.º e 25.º.

acórdão *Francovich*²⁰, e a passar de imediato à análise do acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*. Como já referimos, este acórdão, tal como foi confirmado pela jurisprudência posterior²¹, originou uma verdadeira “comunitarização” das condições de exercício das acções de indemnização no plano nacional²², criando um regime harmonizado a dois níveis: horizontal, na medida em que estabelece um regime de responsabilidade comum para o conjunto dos direitos internos; vertical, ao pautar as condições de responsabilidade dos Estados-membros pelas condições de responsabilidade da Comunidade Europeia²³.

No acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame* o TJCE confirmou que o princípio da responsabilidade do Estado é válido para qualquer violação do direito comunitário imputável a um Estado-membro, independentemente da entidade estadual cuja acção ou omissão está na origem do incumprimento, incluindo-se, portanto, as violações do direito comunitário imputáveis aos órgãos legislativos²⁴. Assume-se, pois, nas palavras de Denys SIMON, que se o legislador “*pode mal fazer*”, também pode “*fazer mal*”²⁵.

²⁰ Foram as seguintes as condições fixadas neste acórdão: atribuição de direitos a favor dos particulares; que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva; existência de um nexo de causalidade (parág. 40.º). O acórdão *Francovich* levantava uma questão importante associada à aparente atribuição automática de um direito a reparação aos particulares prejudicados pela não transposição de uma directiva. Os acórdãos *Brasserie du pêcheur* (parág. 46.º) e *Dillenkofer, cit.* (parág. 23.º e 29.º), esclareceram que o direito a reparação naquele caso só era evidente porque à não transposição de directivas dentro dos prazos está visivelmente subjacente um comportamento culposo do Estado.

²¹ No acórdão *Dillenkofer* (parág. 23.º, 25.º, 26.º e 27.º), *cit.*, apesar de estar em causa a não transposição de uma directiva, o TJCE aplicou as condições estabelecidas no acórdão *Brasserie du pêcheur* e não as estipuladas no acórdão *Francovich*.

²² Princípio da subsidiariedade jurisdicional de “*natureza material*” “*ascendente*”, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

²³ *As condições de efectivação da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude da violação do direito comunitário não devem, caso não existam razões específicas, diferir das que regulam a responsabilidade da Comunidade em circunstâncias equiparáveis* (parág. 42 — sublinhado nosso). O TJCE deixa aqui em aberto a possibilidade do alinhamento vertical poder, caso existam razões específicas, ser parcialmente afastado. Ver, a este propósito, Melchior WATHELET e Sean VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 39-43.

²⁴ Parág. 32.º e parág. 36.º.

²⁵ «*Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille?*», AJDA, 1993, n.º 4, p. 235.

Sem prejuízo de condições nacionais mais favoráveis²⁶, são susceptíveis de aplicação a qualquer caso de incumprimento das obrigações comunitárias, nos termos do acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*, as seguintes condições²⁷:

1.ª — que a disposição comunitária violada tenha por objecto conferir direitos aos particulares

Esta condição merece duas observações. A primeira diz respeito à interpretação do termo “direitos”. O progresso a que se tem assistido em matéria de protecção, ao nível comunitário, dos direitos dos particulares faz-nos acreditar que na expressão estão contidos, tanto os direitos subjectivos, como o interesse legítimo. A segunda prende-se com a própria identificação dos direitos. Esta, se não oferece qualquer dificuldade na hipótese das disposições comunitárias possuírem efeito directo²⁸, já suscita alguma controvérsia nas restantes situações. A resposta terá de ser encontrada dentro das circunstâncias singulares de cada caso concreto. No acórdão *Franovich*, por exemplo, recusou-se o efeito directo dos preceitos comunitários em discussão, mas a identificação dos direitos pressupõe uma precisão e uma incondicionalidade muito aproximadas daquelas que são específicas do efeito directo²⁹. Referindo-se a esta problemática Melchior WATHELET e Sean VAN RAEPENBUSCH propõem que se considere existir aqui uma “condição específica” de abertura de um direito a reparação³⁰.

2.ª — que a violação seja suficientemente caracterizada

O critério decisivo para que se considere uma violação suficientemente caracterizada é o da existência de uma violação *manifesta e grave, tanto por um Estado-membro, como por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação*³¹. O TJCE entendeu que, no caso em apreço, não podia substituir a sua apreciação à dos juízes nacionais, únicos competentes para conhecer

²⁶ Parág. 66.º.

²⁷ Parág. 51.º e seguintes.

²⁸ Como por exemplo no acórdão *Brasserie du pêcheur*. O efeito directo dos artigos 28.º CE (ex-artigo 30.º) e 43.º CE (ex-artigo 52.º) já tinha sido determinado pelo TJCE (parág. 54.º).

²⁹ Parág. 10.º e seguintes, em especial o parág. 26.º.

³⁰ *Op. cit.*, p. 22 e também p. 44-45.

³¹ Parág. 55.º e seguintes.

dos factos que estão na origem dos processos e para qualificar as violações do direito comunitário em causa³². Indicou, contudo, algumas pistas: *o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário*. Seja como for, está-se perante uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada *quando esta perdurou, apesar de ter sido proferido um acórdão em que se reconhecia o incumprimento imputado ou um acórdão num reenvio prejudicial, ou apesar de existir uma jurisprudência bem assente do Tribunal de Justiça na matéria, dos quais resulte o carácter ilícito do comportamento em causa*. Estas circunstâncias, faça-se o reparo, não são necessárias, mas podem ser determinantes para abrir o direito a indemnização. Em decisões ulteriores, por considerar ter disponíveis todos os elementos indispensáveis, o próprio TJCE apreciou³³ a eventual existência de responsabilidade do Estado. Nalguns casos os condicionalismos (v.g.: a norma violada não era clara nem precisa e inexistência de jurisprudência prévia) justificaram uma pronúncia em sentido negativo e o conseqüente afastamento da obrigação de indemnizar. Refiram-se, designadamente, os acórdãos *British Telecommunications*, de 26 de Março de 1996³⁴, *Denkavit*, de 17 de Outubro de 1996³⁵, e *Brinkmann*, de 24 de Setembro de 1998³⁶. Noutros processos o TJCE sugeriu ou decidiu-se categoricamente pela existência de uma violação suficientemente caracterizada. Tomemos como exemplos os acórdãos *Lomas*³⁷, de 23 de Maio de 1996, *Dillenkofer*,

³² Princípio da subsidiariedade jurisdicional de "natureza funcional" "descendente", fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

³³ Princípio da subsidiariedade jurisdicional de "natureza funcional" "ascendente", fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

³⁴ Proc. C-392/93, Col. p. I-1631, parág. 41.º e seguintes, em especial os parág. 45.º e 46.º.

³⁵ Proc. C-283/94, e C-291 a 292/94, Col. p. I-5063, parág. 49.º, 53.º e 54.º.

³⁶ Proc. C-319/96, Col. p. I-5255, parág. 30.º e 33.º.

³⁷ Proc. C-5/94, Col. p. I-2553, parág. 28.º e 29.º.

supracitado³⁸, *Norbrook*, de 2 de Abril de 1998³⁹, e *Rechberger*, de 15 de Junho de 1999⁴⁰.

Concluimos nesta parte que a exigência de uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada, por todos os esclarecimentos que o TJCE adiantou, necessariamente nos remete para o regime da responsabilidade subjectiva. Este só não foi frontalmente assumido porque o conceito nuclear em que se baseia, falamos da culpa (dolo ou negligência), não é tratado de maneira idêntica nas diferentes ordens jurídicas nacionais. Face às dificuldades o Tribunal de Justiça preferiu inovar, criando uma condição comunitária autónoma — *violação suficientemente caracterizada* — maleável o bastante para, num mesmo tempo, atender à divergência de concepções e dar voz ao imperativo de uma protecção efectiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário. Saliente-se, por último, que o TJCE não rejeitou a hipótese da responsabilidade do Estado ser avaliada com base na culpa⁴¹. Apenas colocou como limites os princípios da equivalência e da efectividade, tratados mais adiante, tendo em mente, sobretudo, o rigor e a insuficiência dos regimes internos, nalguns casos inclusive inexistentes, relativos à responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função legislativa⁴².

3.^a — que exista um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas

O silêncio do TJCE remete a apreciação desta condição para o juiz nacional. No acórdão *Brinkmann*, contudo, o TJCE entendeu falar nexo de causalidade directa entre a não transposição de uma directiva e o dano alegado pelo particular⁴³. Tudo porque a aplicação imediata das disposições da directiva pelas autoridades nacionais, ainda que ocasionalmente errada, quebrou o nexo causal.

Em matéria de causalidade discute-se uma questão acessória relativa à subsidiariedade da acção de indemnização. Dito de outro

³⁸ Parág. 26.º, 27.º e 29.º.

³⁹ Proc. C-127/95, Col. p. I-1531, parág. 112.º.

⁴⁰ Proc. C-140/97, Col. p. I-3499, parág. 51.º a 53.º.

⁴¹ Parág. 78.º a 80.º.

⁴² Parág. 67.º a 74.º.

⁴³ *Cit.*, parág. 29.º. Também no acórdão *Rechberger*, *cit.*, são tecidas considerações acerca desta condição, parág. 72.º e seguintes.

modo, a acção de indemnização constitui um meio de protecção jurisdicional subsidiário face a outros procedimentos existentes no direito interno, assinaladamente, interposição de um recurso de anulação das disposições nacionais contrárias ao direito comunitário? E em relação a outros meios oferecidos pela ordem jurídica comunitária, tais como a invocação do efeito directo no momento devido ou a utilização pelo juiz nacional do princípio da interpretação conforme do direito nacional à luz do direito comunitário⁴⁴?

No âmbito desta problemática o TJCE considerou o efeito directo, como seria de esperar, uma simples *garantia mínima* que não chega para assegurar, por si só, a plena e completa aplicação das disposições comunitárias. Esclarecendo, o efeito directo nem sempre consegue garantir ao particular o benefício dos direitos que lhe são conferidos pelas normas comunitárias e, nomeadamente, evitar que o particular sofra um prejuízo em virtude de uma sua violação imputável às autoridades estaduais⁴⁵. Eis o enquadramento dos casos *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*. As disposições comunitárias violadas, os artigos 28.º CE (ex-artigo 30.º) e 43.º CE (ex-artigo 52.º), têm efeito directo. Em suma, se, como no acórdão *Francovich*, se admite a responsabilidade do Estado em situações em que, formalmente, o efeito directo é recusado, pelo argumento da “maioria de razão” seria indefensável uma tese que denegasse a reparação dos prejuízos sofridos pelos particulares precisamente quando estes resultam da violação de preceitos comunitários com efeito directo indiscutível. Todavia, o TJCE elucida que, para determinar se existe e em que medida um prejuízo indemnizável, o juiz nacional pode verificar se a pessoa lesada foi razoavelmente diligente para evitar o prejuízo ou limitá-lo e se, designadamente, utilizou em tempo útil todas as vias de direito que estavam à sua disposição⁴⁶. Este raciocínio coloca um fardo bem pesado sobre os ombros dos particulares.

A acção de indemnização poderá, de qualquer modo, ser introduzida a título acessório ou complementar.

⁴⁴ No acórdão *Wagner Miret*, de 16-12-1993, proc. C-334/92, Col. p. I-6911, o TJCE fez depender a responsabilidade do Estado da impossibilidade das disposições nacionais serem interpretadas num sentido conforme ao da directiva em causa (parág. 22.º).

⁴⁵ Parág. 20.º.

⁴⁶ Parág. 84.º e 85.º.

d) A autonomia processual e institucional dos Estados-membros

A autonomia processual e institucional significa que, na ausência de disposições comunitárias, justificada pelo forçoso respeito da soberania estadual, cabe aos Estados-membros determinar, de acordo com o direito interno, quais as condições de forma e de fundo e quais os órgãos jurisdicionais competentes destinados a assegurar os direitos que a ordem jurídica comunitária confere aos particulares⁴⁷. A protecção jurisdicional que os direitos nacionais concedem aos particulares não é, porém, exemplar e, por isso, o TJCE viu-se progressivamente obrigado a introduzir alguns limites à autonomia processual dos Estados, enquadrando-os em duas exigências fundamentais⁴⁸. O exercício de um direito concedido pela legislação comunitária não pode estar submetido a condições mais rigorosas do que o exercício do direito correspondente puramente nacional (“*princípio do tratamento nacional*” — “*princípio da equivalência*”), nem pode estar sujeito a condições que na prática tornem impossível ou excessivamente difícil o seu exercício (“*princípio do limiar mínimo de eficácia*” — “*princípio da efectividade*”).

No domínio específico da responsabilidade civil extracontratual do Estado os princípios da equivalência e da efectividade assumem-se como pedra angular da jurisprudência comunitária. Com efeito, estabelecido e fundado directamente no direito comunitário o dever do Estado indemnizar os prejuízos causados aos particulares, em virtude de violações de disposições comunitárias imputáveis aos órgãos legislativos, administrativos ou judiciais, e definidas as condições comunitárias mínimas para a responsabilização do Estado⁴⁹, o TJCE

⁴⁷ Princípio da subsidiariedade jurisdicional “*de natureza processual*” “*descendente*”, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89. Acerca da distinção entre o princípio da subsidiariedade jurisdicional e o princípio da autonomia processual, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 133, e, posteriormente, Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, e Francette FINES, *op. cit.*, nota 7. Citando esta última, p. 97, “*A referência à subsidiariedade traduz a procura de um equilíbrio (certo que movedição, móvel) entre a autonomia processual, por um lado, e a eficácia do direito comunitário, por outro*”.

⁴⁸ Princípio da subsidiariedade jurisdicional “*de natureza processual*” “*ascendente*”, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

⁴⁹ Ver nota 22.

remeteu para os direitos internos a fixação das regras processuais relativas a acções de indemnização. Repete-se, a este propósito, uma passagem já conhecida de acórdãos anteriores: *as condições fixadas pelas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna e não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação*⁵⁰.

São várias as consequências que este último comando produz dentro do tema por nós versado. Por um lado, exige-se que os particulares tenham acesso a um efectivo e adequado procedimento de direito que lhes permita responsabilizar o Estado por prejuízos decorrentes da função legislativa. Na eventualidade dos ordenamentos estaduais não contemplarem procedimentos jurisdicionais específicos, caberá aos juízes nacionais, pelo menos transitoriamente, a organização pontual desses meios, orientada pelo objectivo último de garantir a protecção efectiva que o expediente último da indemnização constitui. Por outro lado, o princípio da efectividade está presente no afastamento de condições demasiado restritivas associadas ao conceito de culpa⁵¹. Depois, os critérios que permitem determinar o montante da indemnização não podem excluir, a título de prejuízo reparável, o lucro cessante⁵². Para finalizar, os princípios da equivalência e da efectividade constituem um travão para o poder que os juízes nacionais têm de limitar no tempo os efeitos dos acórdãos do TJCE⁵³.

⁵⁰ Parág. 42.º e 43.º do acórdão *Franovich* e parág. 67.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

⁵¹ Parág. 71.º e 73.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*. Neste acórdão o TJCE considerou que não respeitam o limiar mínimo de eficácia condições que subordinem a reparação ao facto de o acto ou omissão do legislador se referir a uma situação individual, ou que exijam a prova de abuso de poder no exercício da função legislativa.

⁵² Parág. 87.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*. O TJCE esclareceu, ainda, que, por força do princípio da equivalência, não se pode excluir a concessão de uma indemnização «*exemplar*», no quadro de uma reclamação ou acção baseada no direito comunitário, quando esse tipo de indemnização pode ser concedida no quadro de uma reclamação ou acção semelhante baseada no direito nacional (parág. 89.º).

⁵³ Parág. 98.º a 100.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

3. Apreciação suportada pela evolução jurisprudencial posterior

Primeiro, a procura de um regime comunitário geral teve por preço uma disciplina de contornos imprecisos. Efectivamente, as condições de apreciação da responsabilidade civil extracontratual do Estado são as mesmas, quer se trate de um comportamento activo ou omissivo do legislador⁵⁴, quer de uma autoridade com poderes regulamentares⁵⁵ ou administrativos⁵⁶, órgão jurisdicional, ou desmembramentos do Estado (v.g.: um *Land* austríaco, mais propriamente o Tirol⁵⁷).

Segundo, o regime comunitário da responsabilidade civil extracontratual do Estado gravita em torno da existência de uma violação suficientemente caracterizada (manifesta e grave) e na margem de apreciação (*maxime*, poder discricionário) deixada ao órgão nacional. Entre nós esta condição subsume-se na disciplina da responsabilidade subjectiva. Mais diríamos, para concluir neste ponto, que o critério do poder discricionário torna o regime da responsabilidade civil do Estado pela violação do direito comunitário indiferente ao princípio da separação de poderes, bem como à existência formal de uma hierarquia de normas.

Terceiro, por força do princípio da equivalência dever-se-ão aplicar no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito comunitário os requisitos menos exigentes, se os

⁵⁴ Ver, por exemplo, os acórdãos *Franovich, cit.*; *Brasserie du pêcheur, cit.*; *Dillenkofer, cit.* (ver a nota 56); *Denkavit, cit.*; *Sutton*, de 22-04-1997, proc. C-66/95, Col. p. I-2163.

⁵⁵ Ver o acórdão *British Telecommunications* (execução errada de uma directiva através de regulamentos nacionais), *cit.*.

⁵⁶ Ver, por exemplo, os acórdãos *Brinkmann, cit.*; *Lomas, cit.*, em especial o parágrafo 28.º: *No que se refere à segunda condição, há que considerar que, na hipótese de o Estado-membro em causa, no momento em que cometeu a infracção, não se confrontar com opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.* Os termos repetem-se no acórdão *Norbrook, cit.*, parág. 109.º. O mesmo raciocínio foi mantido no acórdão *Dillenkofer, cit.*, parág. 25.º, respeitante à não transposição de uma directiva e consequente responsabilidade civil do Estado por uma omissão do legislador.

⁵⁷ Ver o acórdão *Klaus Konle*, de 01-06-1999, proc. C-302/97, Col. p. I-3099, parág. 62.º e seguintes.

houver, previstos na legislação nacional. Pensa-se, principalmente, na responsabilidade do Estado decorrente do exercício da função administrativa.

Quarto, um acórdão declarativo do incumprimento do Estado ou a existência de jurisprudência prévia relativa ao caso *sub iudice* não constituem condições necessárias, mas podem ser determinantes para abrir um direito a reparação.

Quinto, apagaram-se as interrogações suscitadas pelo acórdão *Franovich*, visto que a não transposição de directivas nos prazos previstos constitui, por si só, uma *violação suficientemente caracterizada*. Se alguma dúvida restava acerca desta interpretação, dissolveu-se no acórdão *Dillenkofer*⁵⁸.

Sexto, o desrespeito de uma directiva pelas autoridades nacionais pode, consoante as circunstâncias, dar origem a soluções diferenciadas. Na hipótese de não transposição, satisfeitas a primeira e a terceira condições, presume-se a responsabilidade do Estado⁵⁹. No caso de não transposição e aplicação imediata das disposições da directiva pelas autoridades nacionais, considera-se quebrado o nexo de causalidade e transfere-se o problema da responsabilidade do Estado da esfera do legislador para a esfera da administração⁶⁰. Por último, havendo uma transposição incorrecta exige-se, para além das outras condições, a prova de uma *violação suficientemente caracterizada*⁶¹.

Sétimo, o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito comunitário vem conferir aos particulares uma protecção acrescida na ausência de efeito directo, ou no

⁵⁸ *Cit.*, parág. 23.º e 29.º. Numa situação equivalente veja-se o acórdão *Rechberger, cit.*, parág. 53.º. Realmente, embora o processo em apreciação dissesse genericamente respeito a uma directiva incorrectamente transposta, bem analisados os factos, conclui-se que o TJCE apenas se pronunciou pela existência de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário porque não foi respeitado o prazo de transposição quanto a um preceito específico da directiva em discussão.

⁵⁹ Acórdão *Dillenkofer, cit.*, parág. 26.º, 27.º e 29.º. Ver nota anterior.

⁶⁰ Acórdão *Brinkmann, cit.*. O escamoteamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos do legislador, operado através do endosso da responsabilidade para a função administrativa, também é de presumir nos casos em que sejam tomadas medidas de execução nacionais, posteriormente à adopção de legislação que transpõe incorrectamente uma directiva. Parece ser esta a situação, por exemplo, no acórdão *Norbrook, cit.*, onde passa praticamente despercebida a legislação britânica aplicável (*Medicines Act* de 1968).

⁶¹ Acórdãos *British Telecommunications, cit.*; *Denkavit, cit.*; *Sutton, cit.*

caso deste não ter sido suficiente, ou, ainda, quando a utilização pelo juiz nacional do princípio da interpretação conforme encontra limites. Ademais, o referido princípio constitui um paliativo para o não reconhecimento de efeito directo horizontal às directivas⁶².

Oitavo, no domínio específico da responsabilidade civil extracontratual do Estado assume especial relevo a autonomia processual e institucional dos Estados-membros, limitada, por força da subsidiariedade jurisdicional “*ascendente*”, pelos princípios da equivalência e da efectividade. Neste contexto salta à vista a obrigação de os direitos internos preverem, ou de pontualmente os juízes organizarem, meios capazes de garantir ao particular a possibilidade de obter reparação dos prejuízos sofridos, ainda que a violação do direito comunitário resulte de uma acção ou omissão do legislador nacional. O “direito ao juiz” venceu, assim, mais uma árdua etapa⁶³.

Nono, o montante da indemnização deve ser adequado ao prejuízo sofrido, isto é, deve ser susceptível de garantir uma protecção efectiva dos direitos dos particulares lesados. Exemplificando, o lucro cessante deverá ser incluído no cálculo do prejuízo reparável⁶⁴, bem como poderão também ser contabilizados os prejuízos adicionais sofridos pelos particulares, pelo facto de não terem podido beneficiar em tempo útil das vantagens pecuniárias garantidas por uma directiva aplicada retroactivamente⁶⁵.

Décimo, o prazo de prescrição do direito a indemnização correspondente a um ano é compatível com o princípio da efectividade, na condição de esta modalidade processual não ser menos favorável do que as relativas a acções similares de natureza interna⁶⁶.

Resta uma dúvida que só o Tribunal de Justiça terá ocasião de satisfazer quanto a uma efectiva fusão do regime da responsabilidade

⁶² Ver os acórdãos *Dori*, de 14-07-1994, proc. C-91/92, Col. p. I-3325; *El Corte Inglés*, de 07-03-1996, proc. C-192/94, Col. p. I-1281.

⁶³ A respeito do princípio da autonomia processual e do direito a um recurso jurisdicional efectivo ver, também, o acórdão *Charalampos Dounias*, de 03-02-2000, proc. C-228/98, ainda não publicado, parág. 58.º e seguintes e, em especial, parág. 67.º (“direito ao juiz”), 71.º e 72.º (meios de prova).

⁶⁴ Acórdão *Brasserie du pêcheur*, *cit.*, parág. 82.º e 87.º.

⁶⁵ Acórdão *Bonifaci*, de 10-07-1997, proc. C-94 e 95/95, Col. p. I-3969, parág. 54.º; acórdão *Palmisani*, de 10-07-1997, proc. C-261/95, Col. p. I-4025, parág. 35.º; acórdão *Maso*, de 10-07-1997, proc. C-373/95, Col. p. I-4051, parág. 41.º (também os parág. 40.º, 57.º e 59.º). Ver, igualmente, as circunstâncias peculiares do acórdão *Sutton*, *cit.*

civil extracontratual do Estado com o correlativo da Comunidade Europeia. Recorde-se que neste último o dever de indemnizar só tem sido reconhecido se o prejuízo causado for anormal e especial⁶⁷ ⁶⁸.

EFEITOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

1. Responsabilidade por actos legislativos

Similarmente ao que se passa nos outros países, entre nós o reconhecimento da responsabilidade do Estado por actos legislativos encontra-se rodeado de numerosas limitações. O ambiente doutrinal em Portugal e as próprias disposições constitucionais, nomeadamente o artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade, mostram-se, no entanto, francamente favoráveis à responsabilização do Estado⁶⁹. Fazendo apelo ao princípio do Estado de Direito, com mais ou menos amplitude e diversificando a argumentação, a doutrina portuguesa tem interpretado aquele preceito constitucional no sentido de se admitir a responsabilidade do Estado, quer por actos legislativos lícitos, quer por actos legislativos ilícitos (leis inconstitucionais). Da mesma forma, as posições dos autores convergem quanto ao reconhecimento da responsabilidade por acção e por omissão. Considera-se, ainda, que o princípio da responsabilidade do Estado constitui, à luz da nossa lei fundamental, um direito-garantia. O artigo 22.º é, por conseguinte, um preceito directamente aplicável, susceptível de ser invocado pelos particulares junto dos tribunais para obterem indemnização dos prejuízos sofridos.

São competentes para a apreciação das acções de indemnização contra o Estado pelos danos causados por actos legislativos os tribunais judiciais. Justifica-se esta competência por interpretação *a contra-*

⁶⁶ Parág. 40.º do acórdão *Palmisani*, *cit.*.

⁶⁷ Ver o acórdão *Mulder* (anterior ao acórdão *Brasserie du pêcheur*), de 19-05-1992, proc. C-104/89 e C-37/90, Col. p. I-3061, em especial parág. 13.º e 16.º.

⁶⁸ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 98-100.

⁶⁹ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 111-112. Posteriormente, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

rio do artigo 4.º n.º 1 b) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), em conjugação com os artigos 20.º n.º 1 e 211.º n.º 1 da CRP, e o artigo 18.º n.º 1 da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais — LOFTJ). Na organização das condições materiais e do processo haverá que tomar de empréstimo ou buscar inspiração nas soluções do direito administrativo e do processo civil. Recorde-se aqui a proposta de J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA: “*Na falta de lei concretizadora, o artigo 22.º é uma norma directamente aplicável, cabendo aos juízes e aos tribunais criar uma «norma de decisão» (aplicação dos princípios gerais da responsabilidade da administração, observância dos critérios gerais da indemnização e reparação de danos) tendentes a assegurar a reparação de danos resultantes de actos lesivos de direitos, liberdades e garantias ou dos interesses juridicamente protegidos dos cidadãos*”⁷⁰.

No breve percurso que efectuamos, apercebemo-nos da grande abertura em Portugal à aceitação da jurisprudência *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*, mesmo quando esteja em causa a responsabilidade do legislador. Se conjugarmos o peso deste entendimento com a faculdade que é reconhecida aos juízes de recusarem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, factor que os familiariza com a possibilidade de censura da lei, podemos concluir que os juízes portugueses estão habilitados a dar plena voz à jurisprudência comunitária sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado.

2. Responsabilidade por actos da administração (actos administrativos e regulamentos)

Em Portugal a responsabilidade do Estado por actos da administração também está prevista no artigo 22.º da CRP e encontra-se regulada no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e na Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (actos de gestão pública⁷¹).

⁷⁰ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 170.

⁷¹ A responsabilidade do Estado por actos de gestão privada da administração encontra-se regulada no artigo 501.º do Código Civil, devendo a acção correspondente ser introduzida perante os tribunais judiciais (artigo 211.º n.º 1 da CRP e artigo 18.º n.º 1 da LOFTJ).

No Decreto-Lei n.º 48 051 consagra-se um regime específico que admite expressamente, quer a responsabilidade subjectiva do Estado, isto é, por actos ilícitos culposos, quer a responsabilidade do Estado por actos casuais ou actos lícitos (modalidades da responsabilidade objectiva)⁷². Com fundamento no artigo 22.º da CRP e tendo presente o disposto nos artigos 51.º n.º 1 e), e 40.º c) do ETAF, bem como no artigo 63.º e seguintes da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), admite-se a responsabilidade do Estado, não só por actos administrativos, mas, igualmente, por regulamentos.

A apreciação das acções de indemnização por responsabilidade civil extracontratual da administração é da competência dos tribunais administrativos de círculo (artigos 51.º n.º 1 h) e 26.º n.º 1 b) do ETAF). A acção de indemnização é condenatória e segue os termos do processo civil da declaração na sua forma ordinária (artigo 72.º da LPTA). O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos (artigo 71.º n.º 2 e 3 da LPTA e artigo 498.º do Código Civil).

Independentemente das divergências de interpretação a que possa dar lugar, o regime português da responsabilidade da administração possui a maleabilidade necessária para poder satisfazer a jurisprudência comunitária inaugurada pelos acórdãos *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*.

3. Responsabilidade por actos jurisdicionais

De um modo geral, podemos dizer que a doutrina⁷³ e o direito portugueses concedem acolhimento à responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Isto apesar da delicadeza do tema e das cautelas que o rodeiam. Refiram-se, designadamente, os artigos 216.º n.º 2, 22.º, 27.º n.º 5 e 29.º n.º 6 da CRP, o artigo 24.º da Lei do Tribunal Constitucional, o artigo 4.º n.º 3 da LOFTJ, o artigo 13.º do ETAF⁷⁴, bem como o artigo 1083.º e seguintes do Código de Processo Civil.

⁷² Para mais desenvolvimentos, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 110-111.

⁷³ Ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁴ Ver o artigo 4.º n.º 2 do *Anteprojecto de Estatuto dos Tribunais Administrativos e Tributários*, Ministério da Justiça, 2000.

CONCLUSÃO FINAL

O alcance da irreverência dos juízes do Tribunal de Justiça ultrapassa as fronteiras da mera preocupação de garantia do respeito pelos Estados-membros das obrigações que resultam do direito comunitário. No horizonte vemos exigir ao Estado de Direito, que todas as ordens jurídicas internas asseveram consagrar, uma evolução para fórmulas concretas mais perfeitas que afiancem aos particulares o efectivo ressarcimento dos prejuízos sofridos em virtude de uma violação do direito comunitário imputável aos Estados-membros. Pois, sempre que o político ou o legislador não derem voz a este comando, os juízes comunitários transferem a responsabilidade para aqueles que, na última fase da aplicação do direito, são, dentro da complexidade de cada caso concreto, a esperança derradeira para todos os cidadãos que acreditam poder-se fazer justiça. Refiro-me evidentemente aos juízes nacionais. Adivinhamos nem sempre ser fácil responder a este desafio, essencialmente quando se trate da responsabilidade do legislador. Mas, quiçá, superados os primeiros obstáculos, pode ser até que a solução de questões exclusivamente internas se deixe atrair pelo benefício colhido do repto lançado pelo Tribunal de Justiça.

Jurisprudência posterior relevante

- acórdão *Dori*, de 14-07-1994, proc. C-91/92, Col. p. I-3325 — não transposição de uma directiva dentro do prazo — protecção dos consumidores — contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais;
- acórdão *British Telecommunications*, de 26-03-1996, proc. C-392/93, Col. p. I-1631 — transposição incorrecta de uma directiva — telecomunicações;
- acórdão *Lomas*, de 23-05-1996, proc. C-5/94, Col. p. I-2553 — recusa de emissão de uma licença de exportação pelo Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação do Reino Unido — violação do artigo 29.º CE (ex-artigo 34.º) — excepções à livre circulação de mercadorias — protecção dos animais;
- acórdão *Dillenkofer*, de 08-10-1996, proc. C-178 a 179/94, C-188 a 190/94, Col. p. I-4845 — não transposição de uma directiva dentro do prazo — violação do artigo 249.º CE (ex-artigo 189.º) e do artigo 10.º CE (ex-artigo 5.º) — protecção dos consumidores — operadores turísticos e agências de viagens;
- acórdão *Denkavit*, de 17-10-1996, proc. C-283/94, C-291 a 292/94, Col. p. I-5063 — transposição incorrecta de uma directiva — harmonização das legislações fiscais sobre os lucros das sociedades;
- acórdão *Sutton*, de 22-04-1997, proc. C-66/95, Col. p. I-2163 — transposição incorrecta de uma directiva — igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social — idades da reforma diferentes;

- acórdão *Bonifaci*, de 10-07-1997, proc. C-94 e 95/95, Col. p. I-3969 — transposição tardia de uma directiva — protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador;
- acórdão *Palmisani*, de 10-07-1997, proc. C-261/95, Col. p. I-4025 — transposição tardia de uma directiva — protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador;
- acórdão *Maso*, de 10-07-1997, proc. C-373/95, Col. p. I-4051 — transposição tardia de uma directiva — protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador;
- acórdão *Norbrook*, de 02-04-1998, proc. C-127/95, Col. p. I-1531 — violação de directivas comunitárias — recusa de emissão de uma autorização de colocação no mercado de um medicamento veterinário pelo Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação do Reino Unido;
- acórdão *Brinkmann*, de 24-09-1998, proc. C-319/96, Col. p. I-5255 — aplicação pelas autoridades administrativas de uma directiva não transposta — imposto que incide sobre o consumo de tabacos manufacturados;
- acórdão *Klaus Konle*, de 01-06-1999, proc. C-302/97, Col. p. I-3099 — legislação do *Land* austríaco do Tirol relativa a residências secundárias — violação do artigo 43.º CE (ex-artigo 52.º) e do artigo 56.º CE (ex-artigo 73.º-B) — acto de adesão — legislação actual no momento da adesão;
- acórdão *Rechberger*, de 15-06-1999, proc. C-140/97, Col. p. I-3499 — transposição incorrecta de uma directiva — protecção dos consumidores — operadores turísticos e agências de viagens;
- acórdão *Andersson*, de 15-06-1999, proc. C-321/97, Col. p. I-3551 — factos ocorridos em data anterior à da adesão do Reino da Suécia à União Europeia;
- acórdão *Charalampos Dounias*, de 03-02-2000, proc. C-228/98, Col. p. I — (ainda não publicado) — decisão do Ministério da Economia da Grécia — legislação nacional incompatível — violação do artigo 23.º CE (ex-artigo 9.º), do artigo 25.º CE (ex-artigo 12.º) e do artigo 90.º CE (ex-artigo 95.º) — impostos sobre produtos importados — matéria colectável.

O ÂMBITO MATERIAL DE APLICAÇÃO DA
DIRECTIVA 77/187/CE, DE 14 DE FEVEREIRO
DE 1977, — A MANUTENÇÃO DOS DIREITOS DOS
TRABALHADORES EM CASO DE TRANSFERÊNCIA
DE EMPRESAS, ESTABELECIMENTOS
OU PARTES DE ESTABELECIMENTOS —,
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES

por *Vasco Moura Ramos**

SUMÁRIO: Introdução; I — O Conceito de transmissão de estabelecimento à luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça; a) — O Modo de Transmissão; b) — O Conteúdo da Transmissão; II — A Directiva 98/50/CE do Conselho; III — Conclusões.

INTRODUÇÃO

A Directiva 77/187/CE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977¹, tem como principal objectivo proceder a uma «... aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos»².

* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Para uma análise do processo de transposição desta directiva nos Estados-membros veja-se FERNANDO VALDÉS DAL-RE, «La transmisión de empresas: una experiencia de encuentros e desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales».

² Em Portugal o regime da transmissão de estabelecimento encontra-se regulado no art. 37.º n.º 1 da LCT, encontrando-se também previsto em certas cláusulas

Tendo em vista a protecção dos trabalhadores contra as modificações das estruturas empresariais resultantes de cessões ou fusões, o Conselho adoptou um certo número de disposições destinadas a serem uniformemente aplicadas no espaço da então Comunidade Económica Europeia (hoje Comunidade Europeia) de modo a não introduzir entraves indirectos ao funcionamento do mercado comum. Com efeito, era na altura muito diferente o tratamento dado a esta questão pela legislação dos vários Países-membros, pois o regime que vigorava em França ou na Alemanha era diverso do vigente no Reino Unido e na Bélgica, onde não se admitiam desvios ao princípio da eficácia relativa dos contratos. Esta diferença implicava consequências não desprezíveis pois os resultados económicos são distintos consoante o quadro jurídico aplicável, dado que os entraves às negociações entre diferentes empresas eram muito menores no Reino Unido do que na Alemanha (onde vigorava já o princípio que viria a ser consagrado na Directiva).

As disposições da Directiva têm como principal finalidade permitir aos trabalhadores, em caso de transferência de estabelecimento, permanecer ao serviço do novo empresário auferindo as mesmas condições que as convencionadas com o cedente, responsabilizando simultaneamente o cessionário pelas dívidas anteriores (salvo no caso de os Estados-membros preverem a solidariedade entre o cedente e o cessionário). A Directiva acrescenta ainda, no n.º 1 do art. 4.º, que a transferência de uma empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento não constitui em si mesma fundamento de despedimento por parte do cedente ou do cessionário. No n.º 3 deste artigo estipula-se, por fim, que se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho forem rescindidos pelo facto da transferência implicar uma modifi-

de contratação colectiva como na cláusula 17ª do Contrato Colectivo de Trabalho celebrado entre a Associação das Empresas de Prestação de Serviços de Limpeza e Actividades Similares e o Sindicato dos Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Profissões Similares e Actividades Diversas e outros. Para estudar esta questão no direito do trabalho português, confronte-se JÚLIO GOMES, «O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJ das CCEE em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a Directiva 77/187/CEE», in *RDES*, 1996; PEDRO FURTADO MARTINS, «Algumas observações sobre o regime da transmissão de estabelecimento no direito do trabalho português», in *RDES*, Outubro/Dezembro de 1994; NUNES DE CARVALHO, «Duplicidade do vínculo laboral», in *RDES*, Abril/Setembro de 1999.

cação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, tal rescisão se considera ser da responsabilidade do empregador³.

A Directiva é composta por três secções: a primeira delimita o seu campo de aplicação; a segunda refere-se à manutenção dos direitos dos trabalhadores; a terceira prevê um procedimento de consulta e informação entre os trabalhadores e o cedente e o cessionário.

Na aplicação judicial da Directiva suscitaram-se várias dúvidas, que se centraram essencialmente no seu âmbito de aplicação, mas que incidiram também na problemática considerada na secção II. Pelo contrário, a secção III da Directiva nunca deu azo a grandes polémicas.

Face às dúvidas surgidas, o Tribunal de Justiça das Comunidades, chamado a proceder à sua interpretação através do expediente previsto no artigo 177.º (hoje artigo 234.º) do Tratado de Roma — reenvio prejudicial —, desempenhou um papel fundamental na definição do campo de aplicação da Directiva.

A jurisprudência do Tribunal teve também repercussões notórias nas recentes alterações introduzidas no texto inicial da Directiva pela Directiva 50/98/CE, de 29 de Junho de 1998⁴.

Iremos centrar a nossa análise na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao conceito de «transmissão de estabelecimento ou de parte de estabelecimentos», e às modificações introduzidas ao art. 1.º da Directiva 77/187/CEE.

I — O conceito de transmissão de estabelecimento à luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça

Apesar da vacuidade e imprecisão do art. 1.º, n.º 1, da Directiva 77/187/CEE⁵, só bastante tempo após a cessação do prazo para a sua

³ Sobre os princípios substanciais da Directiva ver ROMAIN SCHINGTEN, «La notion du transfert d'entreprise en droit de travail», in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, págs. 551 e seguintes.

⁴ O prazo limite para a transposição desta Directiva é o dia 17 de Julho do ano 2001.

⁵ O artigo 1.º, n.º 1, diz o seguinte: «A presente directiva é aplicável às transferências de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos que resultem de uma cessão convencional ou de uma fusão que impliquem mudança de empresário.»

transposição⁶ é que o Tribunal de Justiça, através do reenvio prejudicial efectuado pelos juízes nacionais dos Estados-membros, foi solicitado a interpretá-lo. E relativamente ao seu âmbito de aplicação foram suscitadas, essencialmente⁷, duas questões:

- uma, relativa ao modo da transmissão (A)
- outra, relativa ao objecto da transmissão (B)

Com efeito, em face do art. 1.º da Directiva surgem-nos dois problemas que são autónomos entre si. Por um lado, põe-se a questão de saber quais as transferências que são visadas por esta norma; por outro lado, é também necessário estabelecer em que casos é que estamos perante um estabelecimento ou parte dele — pois só dessa forma saberemos se nos encontramos ou não no campo de aplicação da Directiva⁸.

A — O Modo da Transmissão

O art. 1.º afirma que a directiva é aplicável às transferências que resultem de uma «cessão convencional» ou de uma «fusão»⁹.

Cedo se viu o Tribunal confrontado com a questão de saber o que se devia entender por «cessão convencional». E logo por essa ocasião¹⁰, o Tribunal aproveitou para se desviar de uma interpretação literal da norma, optando antes por uma interpretação teleológica, à luz dos fins da Directiva. A base que permitiu ao Tribunal optar por este caminho foi a diferente linguagem usada nas legislações nacio-

⁶ A primeira sentença do Tribunal referente à interpretação da presente Directiva — cujo prazo de transposição era de 2 anos a contar da notificação dos Estados-membros (cfr. art. 8.º, n.º 1, da Directiva) — ocorreu apenas em 1985, no caso **Knud Wandelboe**, processo n.º 19/83, de 7 de Fevereiro de 85, sentença esta, no entanto, referida ao artigo 3.º.

⁷ Mas não exclusivamente, pois houve também questões esporádicas que visavam esclarecer em que casos é que se podia considerar que existia mudança de empresário.

⁸ Sobre o campo de aplicação da Directiva cfr. J.-P. PUISOCHET «La Directive concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises et la jurisprudence de la Cour», in *Journal des tribunaux du travail*, 10.1.1999.

⁹ Para um estudo e comentário crítico à jurisprudência portuguesa sobre o conceito de transmissão de estabelecimento e a sua contradição com a jurisprudência comunitária cfr. JÚLIO GOMES, *obra citada*. No mesmo sentido ver também PEDRO FURTADO MARTINS, *obra citada*.

¹⁰ Sentença de 7 de Fevereiro de 1985, **Abels**, processo n.º 135/83.

nais. Com efeito, se na maior parte das normas nacionais de transposição se tinha optado pela utilização de uma terminologia semelhante à da Directiva, tal não tinha sido o caso nem na Inglaterra nem na Dinamarca.

O Tribunal de Justiça foi, assim, ao longo dos anos e de variadas sentenças, alargando o campo de aplicação da Directiva. De facto, foi devido à sua opção por critérios essencialmente abertos e flexíveis que o Tribunal se foi afastando de uma interpretação literal do art. 1.º, o que lhe permitiu abranger variadíssimas situações que pareceriam à primeira vista afastadas da letra da lei. Pegando nas palavras do Advogado Geral MANCINI, a natureza do título em virtude do qual o empregador muda não tem praticamente «qualquer importância»¹¹.

a) A primeira questão que se pôs ao Tribunal nesta matéria foi sobre se a Directiva seria aplicável nos processos de falência. O Tribunal entendeu que não, dado que, em primeiro lugar, a Directiva não contém qualquer menção em relação aos casos falência; que, em segundo lugar, tal conclusão se impõe atendendo aos fins da Directiva (ponto 18 do acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, *Abels*, processo n.º 135/83), e que, por último, nesse caso se corria um risco sério de deterioração das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra, contrariamente aos objectivos sociais do Tratado (ponto 23 do citado acórdão).

No entanto, e no mesmo acórdão¹², o Tribunal considerou que a Directiva já seria aplicável aos processos do Direito holandês, designados por «*surséance van betaling*», por dois motivos. Apesar das características comuns a ambos (entre as quais se encontra o facto de ambos terem um carácter jurisdicional), por um lado, o controlo exercido pelo juiz, tanto na abertura como no desenvolvimento do pro-

¹¹ Conclusões sobre o processo n.º 287/86, *Ny Molle Kro*, citadas por P. Pochet, segundo informação recolhida em G. COUTURIER, «Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise», in *Droit Social*, n.º 7/8 Julho-Agosto 1989, pág 560, nota 24.

¹² Não será isenta de críticas esta atitude do Tribunal, dado que para o caso que se encontrava em apreciação a questão da aplicabilidade da Directiva aos casos de «*surséance van betaling*» era irrelevante, pois o que estava em causa era uma situação em que se já tinha passado à fase de falência. E, como é jurisprudência constante do Tribunal (ver ponto 19 do acórdão de 12 de Março de 1998, *Dethier*, processo C-319/94), não tem sido dada resposta às questões que não correspondem a uma necessidade objectiva para a solução do litígio no processo principal.

cesso, é muito mais restrito no processo da «surcéance van betaling»; por outro, o objectivo principal deste processo é o de permitir a prossecução da actividade da empresa.

O Tribunal, com o decorrer dos anos, foi abandonando a primeira diferença exposta e passou a ter em consideração apenas a segunda. Foi tendo em conta que o essencial é a prossecução da actividade da empresa (ver ponto 25 do acórdão n.º C-362/89, de 25 de Julho de 1991, **D'Urso**) que o Tribunal considerou a Directiva aplicável na situação apresentada no acórdão de 7 de Dezembro de 1995, **Spano**, processo C-475/93, e não a considerou aplicável no acórdão **D'Urso**¹³, já referido, quando os efeitos do processo em questão eram equiparáveis aos da falência. O mesmo critério voltou a ser afirmado no acórdão de 12 de Março de 1998, **Déthier**, processo C-319/94 (ver ponto 25).

b) O Tribunal afirmou também a independência da aplicação da Directiva em relação à transferência de propriedade. Nestes termos, para afirmar a sua aplicação basta que exista uma mudança da pessoa física ou moral responsável pela exploração da empresa e que, por este facto, assuma as obrigações do empregador em relação aos trabalhadores da empresa (ver acórdão de 17 de Dezembro de 1987, **Ny Molle Kro**, processo 287/86, ponto 12). O Tribunal considerou, assim, a Directiva aplicável sucessivamente aos seguintes casos: à retoma, pelo proprietário, da exploração de um albergue em seguida à violação de um contrato de arrendamento pelo locatário-gerente (ver último acórdão referido, ponto 14); quando o comprador adquire, em virtude de um contrato de locação-venda, a qualidade de explorador da empresa, não obstante o facto de só vir a adquirir a propriedade a seguir ao pagamento da totalidade do preço da venda (acórdão de 5 de Maio de 1988, processo **Berg**, 144 e 145/87); às transferências existentes em virtude de uma decisão judicial, quando se inserem no quadro de relações contratuais (ponto 19 do último acórdão referido). Afirmou ainda a aplicação da Directiva num caso em que uma autoridade pública deixa de subvencionar uma pessoa colectiva e provoca assim uma paragem completa e definitiva das actividades desta para as transferir a outra pessoa jurídica que prossiga o mesmo fim (acórdão de 19 de Maio de 1992, **Redmond Richting**, processo C-29/91).

¹³ O processo aqui em causa era de «medidas de urgência para a administração de grandes empresas em crise», do direito italiano.

c) Outra das dúvidas que se suscitaram em relação à aplicação do art. 1º da Directiva, e que provocou alguma controvérsia entre a jurisprudência comunitária e as jurisprudências nacionais, dizia essencialmente respeito à questão da necessidade de uma ligação jurídica entre o cedente e o cessionário do estabelecimento. O problema residia em saber se a directiva ainda era aplicável quando não existe uma ligação directa entre o primitivo titular do estabelecimento e a pessoa que lhe sucedeu.

O Tribunal pronunciou-se pela primeira vez sobre a questão no acórdão de 10 de Fevereiro de 1988, **Daddy's Dance Hall**, processo 324/86. Segundo o Tribunal, não interessa que a transferência se opere em duas fases desde que se trate da mesma entidade e que mantenha a sua identidade (ver ponto 10 do acórdão). A mesma posição voltou a ser afirmada no acórdão de 15 de Junho de 1988, **Bork International**, processo 101/87¹⁴.

Por último, no acórdão de 12 de Novembro de 1992, **Anne Watson Rask**, processo C-209/91, o Tribunal considerou que quando um empresário confia, consensualmente, a responsabilidade de explorar um serviço da sua empresa a outro empresário, a Directiva é aplicável, mesmo que a parte do estabelecimento transmitida seja uma parte acessória sem qualquer relação com o objecto social do transmitente.¹⁵

¹⁴ Esta posição do Tribunal suscitou larga controvérsia essencialmente em França, onde a posição jurisprudencial dominante durante décadas sofrera uma inflexão com o acórdão Desquenne et Giral da *Cour de Cassation*, de 12 de Junho de 1986, onde pela primeira vez se introduziu a exigência de uma ligação jurídica entre os sucessivos empregadores (para um comentário à evolução da jurisprudência francesa nesta matéria cfr. JEAN DÉPREZ, «Transferts d'entreprises et continuité des contrats de travaux dans les jurisprudences françaises (art. L 122-12) et communautaire», in *RJS* 1/89. Note-se que esta é também a posição dos Tribunais Portugueses (neste sentido ver acórdão da Relação de Évora de 17 de Abril de 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, II, págs. 311 e segs.; Acórdão da Relação de Évora de 12 de Março de 1991, *Colectânea de Jurisprudência* 1991, II, págs. 356 e segs. Tendencialmente, VASCO DA GAMA LOBO XAVIER e RITA LOBO XAVIER, «Três pareceres jurídicos», in *RDES*, Outubro-Dezembro, 1995, págs. 388-390.

¹⁵ Numa decisão recentemente tomada, a 2 de Dezembro de 1999, acórdão **Allen**, processo n.º C-234/98, o Tribunal foi ao ponto de considerar que a directiva pode ser aplicável mesmo quando se trate de uma transferência entre duas sociedades filiais de um mesmo grupo que têm os mesmos proprietários, a mesma direcção, as mesmas instalações e que trabalham na mesma obra.

Segundo o ponto 17 desse acórdão, o Tribunal de Justiça entende que a

Como se pode ver, a questão do modo da transmissão tem hoje um papel mais secundário devido ao grande avanço feito pela jurisprudência do Tribunal (veja-se, neste sentido, o último acórdão de que temos conhecimento, já referido na nota anterior). Com efeito, o ponto mais importante consiste hoje em compreender quais os casos em que estamos perante um estabelecimento, ou uma parte dele, de forma a que se possa concluir pela aplicação da Directiva.

Assim, o Tribunal de Justiça foi procurando encontrar critérios materiais que pudessem dar algumas indicações quanto à existência ou não de um estabelecimento, para ser depois possível aferir se estaríamos ou não perante a sua transferência.

B — O Conteúdo da Transmissão

A primeira conclusão que nos salta aos olhos da leitura do art. 1.º da Directiva é que esta é aplicável quando houver uma transferência de empresa, de estabelecimento ou de uma parte de estabelecimento. No entanto, nada mais se diz. Não se sabe assim qual é o conceito de estabelecimento perfilhado pela Directiva, dado que também nada se dispõe sobre este conceito no art. 2.º. O conceito de estabelecimento pode ter vários sentidos: tanto se poderia ter optado pelo conceito de estabelecimento usado pelo Direito Comercial¹⁶ (ou atendendo à vertente de organização ou à de actividade), como se poderia ter optado por um conceito próprio para esta matéria.

O Tribunal optou, e bem na nossa opinião¹⁷, não só por se afastar do conceito de estabelecimento do Direito Comercial, mas por criar um critério aberto e flexível que permita analisar em concreto, perante cada caso, se estamos ou não perante um estabelecimento para efeitos

directiva tem vocação para regular qualquer mutação jurídica da entidade patronal, se as outras condições que ela impõe estiverem reunidas.

Esta posição do Tribunal só veio comprovar, ainda que já não fosse necessário, que a forma da transmissão e as entidades entre as quais ela se processa são totalmente indiferentes para a aplicação da directiva, residindo hoje o cerne da questão na compreensão do conceito de estabelecimento.

¹⁶ Por todos ver ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967, Atlântida.

¹⁷ Bem porque em certos casos é de preferir uma certa mobilidade na interpretação do Direito, mesmo que se atente contra a segurança jurídica. De facto, apesar de este ser um valor fulcral e imprescindível do Direito, é por vezes necessário que ceda quando posto em confronto com outros valores jurídicos como a busca de uma solução justa para cada caso concreto.

da Directiva¹⁸ ¹⁹. De facto, o Tribunal foi-se orientando sempre por uma interpretação funcional da norma. A interpretação que dela fez baseou-se quase exclusivamente numa tentativa de encontrar o meio que possibilitasse dar uma tutela mais alargada aos trabalhadores (dado que por referência à intensidade da tutela era muito mais estreita a margem de manobra do Tribunal).

Foi no Acórdão de 18 de Março de 1986, **Spijkers**, processo n.º 24/85, que pela primeira vez o Tribunal se viu confrontado com a questão de se pronunciar sobre o âmbito e o critério da noção de estabelecimento empregue no art. 1.º. Assim, para o Tribunal, o critério essencial da noção em causa é saber se a entidade em questão mantém a sua identidade. Para o aferir é necessário tomar em consideração o conjunto das circunstâncias que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram o tipo de empresa ou de estabelecimento em questão, a transferência ou não dos elementos corpóreos, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, a retoma ou não do essencial dos efectivos pelo novo explorador da empresa, a transferência ou não do aviamento, tal como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e, por último, a duração de uma eventual suspensão das suas actividades. O Tribunal frisa ainda que todos estes elementos não são mais que aspectos parciais de uma avaliação de conjunto que se impõe e que não deverão ser apreciados isoladamente. Convém salientar que a apreciação destes critérios nos casos concretos é da competência da jurisdição nacional, ainda que deva ter em conta os elementos de apreciação especificados pelo Tribunal.

Nos acórdãos **Ny Molle Kro** e **Bork International** (já citados), o Tribunal acrescenta que se bem que o facto de uma empresa estar temporariamente fechada no momento da transferência constitua um elemento a ter em consideração para apreciar se uma entidade económica ainda existente foi ou não transferida, tal não é suficiente para

¹⁸ Se concordamos com a opção tomada pelo Tribunal de um conceito aberto de estabelecimento, já não podemos no entanto acompanhá-lo na qualificação de estabelecimento ou parte de estabelecimento por ele feita em vários casos, pois na nossa opinião o Tribunal terá ido longe de mais.

¹⁹ Já consideramos criticável, embora esse ponto não se encontre no âmbito da actual exposição, que o Tribunal não tenha seguido o mesmo caminho em relação ao conceito de *trabalhador*, onde, não sabemos porquê, preferiu remeter para os ordenamentos nacionais.

afastar a aplicação da Directiva. No Acórdão **Redmond Stichting** (já referido), o Tribunal considerou que actividades particulares que constituam missões independentes podem ser assimiladas a estabelecimentos ou partes de estabelecimento no sentido da Directiva.

Um marco fundamental na evolução da jurisprudência do Tribunal foi o Acórdão de 14 de Abril de 1994, **Christel Schmidt**, processo C-392/92. Neste acórdão o Tribunal considerou que estávamos perante uma transferência de uma parte de estabelecimento num caso em que um empresário confiara, por contrato, a um outro empresário, a responsabilidade de executar os trabalhos de limpeza anteriormente assegurados de modo directo, mesmo que, antes da transferência, esses trabalhos fossem executados por uma única empregada. Parece-nos que o Tribunal terá ido aqui longe de mais. É-nos efectivamente difícil conceber o trabalho desempenhado por uma empregada de limpeza como uma parte de estabelecimento. É de facto verdade que o Tribunal sempre adoptou, e bem, na nossa opinião, um conceito aberto e flexível de estabelecimento, nunca se tendo preso a critérios rígidos e formais. É também verdade que o peso dos vários factores depende de caso para caso, e que há elementos que não serão muito importantes em determinados tipos de estabelecimentos e que já serão fundamentais noutros. Mas mesmo apesar destas afirmações, com as quais concordamos, e mesmo tendo em vista o escopo protector dos trabalhadores, que o Tribunal tanto tem tentado assegurar, não podemos esconder a nossa discordância com a posição tomada pelo Tribunal neste caso. Não conseguimos descortinar nada que permita ao Tribunal ir tão longe. É que também não se pode esquecer o cuidado que o Tribunal foi tendo ao longo dos seus vários acórdãos quando reiterava a importância fundamental de evitar a maximização da importância de um único factor de apreciação. Com efeito, o Tribunal sempre alertou para a necessidade de se adoptar uma visão de conjunto dos vários factores por ele enunciados para afirmar a manutenção da identidade da entidade económica. Ora, o Tribunal atribuiu neste caso um papel fundamental e relevantíssimo a um único factor — o da manutenção do essencial dos efectivos —, factor este que se presta a muitas interrogações e que levanta imensos problemas²⁰.

²⁰ Ver o levantamento de interrogações mais que justificadas in JÚLIO GOMES, «De *Christel Schmidt* a *Ayşe Sützen* — inflexão ou continuidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de transmissão da empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento» (ainda inédito), págs. 7 a 9.

No Acórdão de 19 de Setembro de 1995, **Ole Rygaard**, processo C-48/94, o Tribunal sustentou que os critérios até aí utilizados se referem a actividades económicas organizadas de modo estável, não se devendo resumir à execução de uma obra determinada (ver ponto 20). A transferência para outra empresa de umas obras só poderá ser abrangida no âmbito da Directiva se for acompanhada de um conjunto organizado de elementos que permitam a prossecução, de modo estável, de toda ou de parte da empresa cedente (ver ponto 21).

No Acórdão de 7 de Março de 1996, **Merckx e Neuhuys**, processos apensos C-171/94 e C-172/94, o Tribunal volta a salientar que a análise dos vários critérios que permitem constatar a manutenção ou não da identidade económica está em estrita relação com a natureza da actividade exercida. Assim, o peso da clientela, a transferência ou não de elementos corpóreos ou incorpóreos bem como os outros aspectos referidos pelo Tribunal dependem sempre de uma análise em concreto de cada caso, mas têm sempre um papel diferente consoante a natureza da actividade exercida.

O acórdão de 11 de Março de 1997, **Ayse Süzen**, processo C-13/95, veio introduzir uma grande querela doutrinal nesta matéria. Por um lado, muitos autores entenderam que se tinha ultrapassado completamente a posição expressa pelo Tribunal no caso **Christel Schmidt**²¹. Por outro, são também muitos os autores que sustentam que este acórdão mais não é do que a continuidade das posições até hoje expressas pelo Tribunal, e que não contém qualquer revisão da posição sustentada no caso **Christel Schmidt**²². Naquele acórdão o Tribunal refere, no ponto 13, que a transferência deve ter por objecto uma entidade económica organizada de modo estável, cuja actividade se não limite à execução de uma obra determinada, especificando de seguida que o conceito de entidade remete para um conjunto organizado de pessoas e elementos que permitam o exercício de uma actividade económica que persegue um objectivo próprio. No ponto 15, o Tribunal adianta ainda algo mais; segundo ele, a mera circunstância de o serviço efectuado pelo antigo e pelo novo adjudicatário de

²¹ Cfr. MEINHARD HEINZE, *Der Betriebsübergang in der Rechtsprechung des EuGH - Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 11.3.1997*, Der Betrieb 1997, págs. 677 e seg. (informação recolhida em JÚLIO GOMES, em obra já citada).

²² Esta posição é defendida por autores como JÚLIO GOMES, obra citada e KATJA LANGENBUCHER, *Anmerkung*, SAE 1998, págs.145 e segs., pág. 148, nota 35 (informação recolhida também na obra de JÚLIO GOMES).

um contrato ser semelhante, não permite concluir pela transferência de uma entidade económica, pois uma entidade não pode ser reconduzida à actividade de que está encarregada. Acrescenta ainda o Tribunal (ponto 21) que, na medida em que certos sectores nos quais a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra, um conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma actividade comum pode corresponder a uma entidade económica, é forçoso admitir que essa entidade é susceptível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa, mas também retoma uma parte essencial em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão.

Com base nestas considerações, o Tribunal entendeu que a Directiva não é aplicável «...a uma situação em que um empresário, que tinha confiado a limpeza das suas instalações a uma primeira empresa, rescinde o contrato que o vinculava a esta e celebra, com vista à execução de trabalhos semelhantes, um novo contrato com uma segunda empresa, se esta operação não for acompanhada de uma cessão, entre uma empresa e a outra, de elementos significativos do activo, corpóreos ou incorpóreos, e do reemprego, pela nova empresa, de uma parte essencial dos efectivos, em termos de número e de competências, que o seu predecessor afectava à execução do contrato».

Parece-nos que o Tribunal assumiu aqui uma posição fundamental, dado que permitiu restringir o campo de aplicação da Directiva consoante ele tinha sido estabelecido no caso **Christel Schmidt**. Com efeito, o Tribunal, ao especificar o que antes tinha dito, como que relativizou a sua anterior posição. E isto porque, do modo como o Tribunal se tinha pronunciado, houve quem retirasse que bastaria para a aplicação da Directiva a mera transferência de uma actividade. Mas com a sentença produzida no caso **Ayse Süzen**, se bem que não tenha invalidado o que antes dissera, permitiu uma melhor compreensão do critério por si utilizado, além de o ter enquadrado em limites muito mais razoáveis. A sentença **Ayse Süzen** desempenhou, quanto a nós, um papel inestimável, na medida em que constituiu um travão na constante “fuga para a frente” que o Tribunal tinha vindo a desenvolver de forma a proteger os interesses dos trabalhadores. De facto, o Tribunal foi ao longo dos anos alargando o âmbito de aplicação da Directiva, afastando-se do seu texto e optando por uma interpretação teleológica tendo em vista a salvaguarda dos interesses dos trabalhadores, que mais não era do que o escopo fundamental da Directiva.

Mas o Tribunal, enquanto foi trilhando esse caminho, foi sempre conseguindo não se afastar totalmente da norma, tentando ter alguns pontos de apoio para a solução que preconizava como a melhor para a tutela dos trabalhadores. Ora, em nossa opinião, o Tribunal foi longe de mais no caso **Christel Schmidt**, pois chegou a um ponto em que teve de construir uma noção totalmente artificial de estabelecimento. Parece-nos, no entanto, que numa pequena medida no acórdão **Rygaard**, e em grande medida no acórdão **Ayse Süzen**, o Tribunal terá corrigido o tiro e arrepiado caminho. Não teve de contradizer o que tinha afirmado aquando do caso **Christel Schmidt**, mas o certo é que ao especificar o que antes havia dito, restringiu em grande medida o alcance que se poderia pretender tirar dessa infeliz (porque tinha contornos muito vagos e pouco seguros) solução²³.

Em dois dos seus últimos acórdãos proferidos (acórdão de 10 de Dezembro de 1998, **Sánchez Hidalgo**, processos apensos n.º 173/96 e C-247/96, e acórdão de 10 de Dezembro de 1998, **Hernández Vidal**, processos apensos n.º C-127/96, C-229/96 e C-74/97), o Tribunal mantém esta mesma linha. Voltou a afirmar que a noção de entidade económica remete para um conjunto organizado de pessoas e elementos que permitam o exercício de uma actividade económica que persiga um objectivo próprio, e a referir que a circunstância de as actividades serem semelhantes não é suficiente para concluir pela existência de uma transferência de uma entidade económica.

No último acórdão de que temos conhecimento, acórdão de 2 de Dezembro de 1999, **Allen**, processo n.º 234/98, o Tribunal voltou a afirmar que uma entidade económica não pode ser reconduzida à actividade de que está encarregada, dado que resulta também de outros elementos, como o pessoal que a compõe, o seu enquadramento, a organização do seu trabalho, os seus métodos de exploração ou ainda, sendo caso disso, os meios de exploração à sua disposição (cfr. ponto 27 do acórdão).

Apreciando agora a evolução do Tribunal, é em especial de apontar a sua coerência e a sua tentativa de maximizar a protecção dos trabalhadores. Parece-nos, no entanto, que a certo momento, o Tribu-

²³ Curioso será notar que o tribunal nos seus acórdãos mais recentes quase se esqueceu do seu acórdão proferido no caso **Christel Schmidt**, invocando abundantemente, no entanto, em todos eles, o acórdão proferido aquando do caso **Ayse Süzen**.

nal como que se terá afastado demais de uma interpretação razoável (mesmo tendo em conta que se tratava de uma interpretação funcionalizada a um certo objectivo). Contudo, na nossa opinião, ao aperceber-se do «salto», o Tribunal voltou a enquadrar-se em limites já mais razoáveis, conquanto seja também de voltar a salientar que para tanto não chegou a entrar em contradição.

II — A Directiva 98/50/CE do Conselho

Mais de 20 anos passados sobre a primeira redacção da Directiva os Estados-membros da Comunidade Europeia chegaram a um acordo para a sua revisão.

No âmbito da matéria que temos vindo a versar não são muitos os contributos dados pela nova Directiva.

Assim, e quanto ao **modo da transmissão**, quase nada é adiantado pela Directiva, continuando ela a fazer referência ainda e só aos conceitos de cessão convencional e de fusão.

A primeira explicitação (dado que nada acrescenta ao que já antes tinha sido afirmado pelo Tribunal de Justiça), vem na alínea c), n.º 1, do artigo 1.º. Com efeito, prevê-se, agora expressamente, a aplicação da Directiva a todas as empresas públicas ou privadas que exerçam uma actividade económica (com ou sem fins lucrativos). Apenas é excluída a reorganização administrativa de instituições oficiais ou a transferência de funções administrativas entre instituições oficiais.

Outra das diferenças nesta matéria não vem sequer referida na 1ª secção da directiva, mas sim na 2ª, e consiste em se prever expressamente a exclusão das empresas que sejam alvo de processos de falência, como tinha sido, aliás, desde a primeira hora, sustentado pelo Tribunal de Justiça²⁴ — ver n.º 1 do artigo 4º-A²⁵. Além disto, e em consonância com o disposto nos considerandos 3º (que refere expressamente a necessidade de ter em conta a evolução das legislações dos

²⁴ Cfr. o que dissemos supra, I, A, a), a propósito do acórdão **Abels**.

²⁵ «Salvo determinação em contrário dos Estados-membros, os artigos 3.º e 4.º não se aplicam a uma transferência de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento quando o cedente for objecto de um processo de falência ou de um processo análogo por insolvência promovido com vista à liquidação do seu património em que esteja sob o controlo de uma entidade oficial competente (que pode ser um administrador da empresa, autorizado por uma entidade competente)».

Estados-membros no domínio da recuperação de empresas em situação económica difícil), e 7º (que prevê uma autorização expressa aos Estados-membros de não aplicar os artigos. 3.º e 4.º da Directiva²⁶ às transferências efectuadas em processos de liquidação, permitindo ainda derrogações às disposições gerais da Directiva no caso de transferências efectuadas no contexto de processos de insolvência) da Directiva, o seu considerando 8º prevê ainda o alargamento destas derrogações a um dos Estados-membros, que prevê procedimentos especiais para promover a sobrevivência de empresas declaradas em situação de crise económica²⁷. A previsão normativa destas hipóteses está contida no art. 4.º-A, n.º 2 e 3²⁸. Se o n.º 1 do artigo em causa mais não é do que a consagração expressa do que o Tribunal já tinha afirmado, encontramos-nos face a estas novas disposições numa situação totalmente diversa. De facto, assistimos aqui a uma revisão da posição expressa até agora pelo Tribunal. De facto, o Tribunal, na sua tentativa de maximizar a protecção dos trabalhadores, não terá sempre tido presente que é necessário atentar em certas realidades económicas, e que as soluções prescritas nos arts. 3.º e 4.º da Directiva podem acarretar pesados encargos para as empresas, especialmente quando elas se encontram em graves dificuldades económicas, o que indirectamente trará ainda maiores prejuízos para os trabalhadores. Parece-nos ser esta uma alteração muito positiva pois tem em conta os dados da realidade económica que não deveriam nunca ser postos de lado.

Já quanto ao **conteúdo da transmissão** não poderemos fazer as mesmas observações. Com efeito, apesar do considerando 4º da Directiva fazer uma referência expressa à necessidade de esclarecer o conceito jurídico de transferência à luz da jurisprudência do Tribunal

²⁶ Estes dois artigos responsabilizam o cessionário pelas dívidas do cedente e consagram a transferência automática dos contratos de trabalho do cedente para o cessionário, obrigando este a manter as mesmas condições de trabalho.

²⁷ «Considerando que tais derrogações deverão ser igualmente permitidas a um dos Estados-membros, que prevê procedimentos especiais para promover a sobrevivência de empresas declaradas em situação de crise económica.»

²⁸ Se o considerando 8º se parece referir a um estado em particular, decorre do n.º 3 do art. 4.º que a sua aplicação é generalizada. Com efeito, af se diz que «Os Estados-membros poderão aplicar o n.º 2, alínea b), a qualquer transferência sempre que o cedente esteja em situação de crise económica grave tal como definido na legislação nacional, desde que tal situação seja atestada por uma autoridade pública competente e seja susceptível de controlo judiciário, na condição de que tal disposição já exista na legislação nacional em 17 de Julho de 1998».

das Comunidades Europeias, o art. 1.º, n.º 2, limita-se a afirmar que «é considerada transferência, para efeitos da Directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória». Parece-nos que a Directiva mais não fez do que consagrar textualmente o que já ninguém contestava. Com efeito, é hoje unanimemente aceite que há transferência de estabelecimento quando há manutenção de identidade da entidade económica. A questão reside é em saber quando é que se pode afirmar que há manutenção da identidade da entidade económica²⁹. Parece-nos, assim, que não se conseguiram cumprir nem a ideia de segurança jurídica nem a ideia de transparência reclamadas pela Directiva no seu Preâmbulo.

Além do mais, ainda se suscitaram novos problemas. A alínea a) do art. 1.º começa por referir que: «A presente directiva é aplicável à transferência para outra entidade patronal de uma empresa, estabelecimento ou parte de empresa ou estabelecimento, quer essa transferência resulte de uma cessão convencional quer de uma fusão». Até aqui não surgem grandes problemas, já que era este o regime à luz da anterior Directiva.

As dúvidas surgem com a parte inicial da alínea b) que refere que «Sob reserva do disposto na alínea a) e das disposições seguintes do presente artigo — a alínea c), já citada, e o n.º 2 que se refere ao âmbito territorial de aplicação da Directiva —, é considerada transferência...³⁰».

O legislador comunitário procede assim à delimitação do campo da Directiva em duas normas. Logo aqui se levantam problemas³¹, já que não se vislumbra qual a vantagem da dissociação das operações de fusão ou de cessão convencional de todas as outras. Com efeito, será que nestes casos não é necessário que exista uma transferência como definida na alínea b)?

Na nossa opinião, parece-nos que o Tribunal não fará qualquer alteração à posição até hoje sustentada, fazendo aplicar a directiva,

²⁹ O legislador comunitário perdeu uma boa oportunidade para resolver um problema que se tem posto com alguma frequência. Para uma ilustração dos problemas que se poderão suscitar, cfr. STÉPHANE DARMAISIN, «Le concept de transfert d'entreprise», in *Droit Social*, n.º 4, Abril 1999, págs. 347 e seguintes.

³⁰ Cf. pág. anterior.

³¹ Cfr. os problemas levantados por STÉPHANE DARMAISIN, obra citada, pág. 348.

qualquer que seja a forma da transmissão, aos casos em que haja uma transferência de estabelecimento como definida na alínea b). De qualquer forma, julgamos criticável a opção do legislador comunitário por vir suscitar dúvidas desnecessárias.

Por último, é de lamentar que o legislador comunitário não tenha tentado precisar melhor a questão no que respeita à questão suscitada com os acórdãos **Christel Schmidt** e **Ayse Sützen**. Com efeito, um dos maiores problemas e dos que mais reacções suscitou foi o de saber se estaríamos perante a transferência de estabelecimento ou parte de estabelecimento quando da anterior estrutura do estabelecimento apenas transita a mão-de-obra (ou alguns funcionários).

O legislador comunitário não forneceu nenhum progresso nesta matéria. Com efeito, apesar das pressões do Governo inglês e francês no sentido de excluir estes casos do campo de aplicação da Directiva³², o art. 1.º não dá nenhum indício neste sentido. Aliás, é de esperar que o Tribunal mantenha a sua jurisprudência nesta matéria. Com efeito, como resulta do 4º considerando da Directiva, o esclarecimento(?) do conceito de transferência não altera o âmbito da Directiva 77/187/CEE tal como é interpretado pelo Tribunal de Justiça³³.

III — Conclusões

Como até aqui pudemos ver, estamos perante mais um caso em que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se assume como protagonista no desenvolvimento da ordem jurídica comunitária. Com efeito, partindo de um texto vago e geral, o Tribunal foi ao longo dos anos procedendo a uma interpretação que, na nossa opinião, chegou longe de mais.

É que a evolução da jurisprudência do Tribunal caracterizou-se por um constante alargamento do âmbito de aplicação da directiva, tanto no que diz respeito ao modo de transmissão como ao conteúdo da transmissão, tendo atingido hoje uma fase que seria impensável na altura da elaboração da Directiva³⁴.

³² Cfr. STÉPHANE DARMAISIN, *obra citada*, págs. 343 e 344.

³³ Para uma análise dos problemas que se podem suscitar neste âmbito cfr. STÉPHANE DARMAISIN, *obra citada*, págs. 349 e 350.

³⁴ Para ilustrar esta ideia veja-se o artigo publicado em 1977 por F. VANDAMME, «Concentrations d'entreprises et protection des travailleurs», in *Cahiers de Droit Européen*.

O Tribunal chegou assim a um ponto em que o modo de transmissão já não tinha qualquer importância, de forma a que se conseguissem abranger todos os tipos de situações configuráveis. Parece-nos que a alteração de 1998 veio inflectir um pouco esta tendência e alertar o Tribunal para a necessidade de não ter em conta apenas um só critério (no caso, a protecção dos direitos dos trabalhadores), sublinhando a necessidade de contemplar todos os factores em conflito (referimo-nos aqui em concreto à chamada de atenção feita pelo novo texto da Directiva para as empresas em situação de crise económica).

O mesmo sucedeu quanto ao conteúdo do estabelecimento. O Tribunal começou por criar um critério material adequado para permitir aferir da eventual transferência do estabelecimento, tendo também oferecido uns factores que preenchessem esse critério. Foi, no entanto, longe de mais na apreciação desses critérios, tendo sido posteriormente obrigado a recuar (ou a especificar o que antes tinha afirmado, se se preferir) de forma a que se evitassem males maiores.

Como noutras questões, parece-nos que o Tribunal sacrificou o equilíbrio dos interesses em presença, ao dar a um deles uma dimensão desproporcionada no confronto com os outros.

Apesar disso, ao não resolver concretamente a questão da manutenção da identidade do estabelecimento, o legislador comunitário deixou um grande espaço em aberto à jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

- COUTURIER, GÉRARD — «Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise», in *Droit Social*, n.º 7 e 8, Julho-Agosto 1989;
- DARMAISIN, STÉPHANE — «Le concept de transfert d'entreprise», in *Droit Social*, n.º 4, Abril 1999;
- DÉPREZ, JEAN — «Transferts d'entreprises et continuité des contrats de travail dans les jurisprudences française et communautaire», in *RJS* 1/89;
- FURTADO MARTINS, P. — «Algumas observações sobre o regime da transmissão do estabelecimento no direito do trabalho português», in *RDES*, Outubro Dezembro de 1994;
- GOMES, JÚLIO — «O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJ das CCEE em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37º da LCT e a Directiva 77/187/CEE», in *RDES*, 1996;
- GOMES, JÚLIO — *De Christel Schmidt a Ayse Sözen — inflexão ou continuidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento?*, inédito;
- LOBO XAVIER, VASCO DA GAMA e LOBO XAVIER, RITA, «Três pareceres jurídicos», in *RDES*, Outubro-Dezembro, 1995;

- NUNES DE CARVALHO, A — «Duplicidade do vínculo laboral», in *RDES*, Abril-Setembro, 1999;
- PUISSOCHET, J.P. — «La directive concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises et la jurisprudence de la cour», in *Journal des Tribunaux du Travail*, 10.01.99;
- SCHINGTEN, ROMAIN — «La notion du transfert d'entreprise en droit du travail» in *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, 1999;
- VALDÉS DAL-RE, FERNANDO — *La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales*;
- VANDAMME, F. — «Concentrations d'entreprises et protection des travailleurs», in *Cahiers de Droit Européen*, 1977;



VÁRIA

UMA CARTA SEM DESTINO? *

– Breve nota de apresentação
da Carta dos Direitos Fundamentais da UE –

por *Miguel Gorjão-Henriques***

Antecedentes

1. A Comunidade Europeia nunca dispôs, desde o seu início, de um catálogo escrito de direitos fundamentais. Tal encontrava-se fora do âmbito das suas atribuições, inicialmente com um sentido predominante ou mesmo exclusivamente económico.

2. Paralelamente, é velha e recorrente a questão (imbricada com o afirmado no parágrafo anterior) da adesão da CE ao mais importante instrumento europeu de protecção dos direitos humanos, a convenção europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais — CEDH), concluída em 1950 no seio do Conselho da Europa. Questão que o Tribunal de Justiça afrontou parcialmente no conhecido Parecer 2/94, de 28 de Março de 1996, concluindo pela impossibilidade de, no quadro do então direito comunitário originário, fundar um qualquer acto de adesão a esta convenção (deixando por resolver outras questões prévias a essa adesão), por incompetência da CE¹.

3. A omissão de qualquer catálogo escrito de direitos fundamentais ou da adesão à CEDH, explicável por vários motivos que aqui

* A seguir é publicado o texto integral da Carta de Direitos Fundamentais, publicado no JOCE, C 364, de 18.12.2000, pp. 8 ss..

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Já anotado no n.º 6 desta revista, na rubrica «Jurisprudência Crítica».

não cumpre desenvolver, acabou por ser suprida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, bem como, de alguma forma², pelas modificações introduzidas pelos tratados de Maastricht e Amesterdão (por ex., artigos 6.º e 46.º, d) UE; e artigos 12.º, 13.º, 18.º e 136.º CE)³.

A iniciativa de Colónia

4. Mais recentemente, o tema conheceu um impulso que se pensava decisivo, com a decisão, adoptada pelo Conselho Europeu de Colónia (reunido em 3 e 4 de Junho de 1999, §§ 44 e 45 e Anexo IV)⁴, de reunir numa *Carta* «os direitos fundamentais vigentes a nível da União», para assim adquirirem «maior visibilidade».

5. Para tanto, a «instância» prevista no referido anexo IV (que se auto-denominou «convenção», talvez pelo voluntarismo *constituente* que alguns pretendiam atribuir-lhe) discutiu e aprovou — em tempo *record* — um projecto de Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (adiante, Carta), que o Conselho Europeu de Biarritz (14 de Outubro de 2000) aceitou, sem revelar explicitamente⁵ o valor jurídico que viria a ter.

² Existem ainda outros ensaios de resposta ao problema, por exemplo em 1989, como a Declaração de Direitos Fundamentais (da autoria do PE) ou, em jeito de resposta, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, aprovada pelo Conselho Europeu de Estrasburgo, em Dezembro do mesmo ano — o texto desta última, bem como da CEDH e de outros documentos politicamente relevantes, podem ser encontrados em Antonio Tizzano *et al.*, *Código da União Europeia*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 449 e segs, em especial nas pp. 509 e 449.

³ Nenhuma destas revisões — aliás, nem a operada em Nice — incorporou qualquer norma no tratado CE exclusivamente dirigida a fornecer uma base jurídica formal para a adesão da CE e UE à CEDH, apesar de terem sido apresentadas propostas nesse sentido, nomeadamente na CIG/2000 (pela Finlândia — CONFER 4775/00, na reunião de 25.9.2000).

⁴ Vide Antonio Tizzano *et al.*, *Código da União Europeia*, 2.ª ed., *cit.*, pág. 476.

⁵ Explicitamente, já que, ao remeter-se esta questão para as conclusões do Conselho Europeu de Colónia, se afirmou que, num primeiro momento, se daria a proclamação da Carta e que, só posteriormente se consideraria a questão da sua eventual integração nos tratados.

6. Dado o anúncio da sua proclamação solene no Conselho Europeu de Nice de Dezembro de 2000 — momento, aliás, em que se sabia dever ocorrer mais uma revisão global dos tratados comunitários e da UE —, era com alguma ansiedade que se aguardava resposta para as questões fundamentais:

- a. Seria de facto aprovada e proclamada a Carta dos Direitos fundamentais da UE?
- b. Que decisão seria tomada, ao mais alto nível político, sobre a natureza jurídica da Carta?
- c. A ser juridicamente vinculativa, seria integrada nos tratados, na revisão que paralelamente se concluiria (pelo menos a fase de negociações) em Nice, ou teria um fundamento jurídico no tratado e um acolhimento formal em declaração ou protocolo anexo?
- d. A não ser juridicamente vinculativa, seria tomada alguma decisão sobre essa juridificação (e respectivo método e *timing*)?

Intermezzo — A FDUC e a Carta

7. Recorde-se que, por exemplo entre nós, era muito forte a corrente favorável à aprovação e juridificação imediata da Carta, inclusivamente pela sua introdução nos tratados. A própria Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, através da *pena* de alguns dos seus professores, entregou na Comissão dos Assuntos Europeu da Assembleia da República, um parecer sobre o tema. Este, embora assumido como resposta fragmentária às questões colocadas, acabou por evidenciar uma *curiosa e singular unidade substancial* visível em vários pontos⁶:

- a. Primeiro, na negação de uma eventual estadualização e até constitucionalização da UE, como consequência directa e/ou necessária da aprovação da Carta;
- b. Segundo, na ideia de que os direitos fundamentais aí inscritos não deveriam envolver apenas os direitos e liberdades civis e políticos, antes estendendo-se para, entre outros, os direitos

⁶ O texto deste parecer está em vias de publicação, tendo a sua versão provisória sido publicitada em Maio de 2000, no âmbito da discussão pública sobre a Carta dos Direitos Fundamentais então em elaboração, por iniciativa da Comissão de Assuntos Europeus da Assembleia da República.

- sociais e económicos e os chamados direitos de terceira geração;
- c. Terceiro, na consciência de que Carta deveria constituir-se como instrumento jurídico obrigatório (única forma de fazer sentido);
 - d. Quarto, no consenso quanto aos destinatários da Carta (os órgãos das Comunidades e União Europeias e não os Estados), conclusão ligada ao entendimento de que os Estados se encontram dotados de meios de tutela dos direitos fundamentais bem mais desenvolvidos e aperfeiçoados;
 - e. Quinto, na comum afirmação da insuficiência dos mecanismos de garantia associados e previstos para a Carta (estão mesmo ausentes os mecanismos externos de controlo), a impor como preferível a adesão da CE (ponto especificamente proposto pela Finlândia na CIG/2000) à CEDH.

Carta “entregue” — que destino?

8. Tudo visto, quais os resultados obtidos? O Conselho Europeu de Nice começou mesmo por este assunto, respondendo da seguinte forma às questões colocadas:

«2. O Conselho Europeu congratula-se com a proclamação conjunta pelo Conselho, pelo Parlamento Europeu e pela Comissão, da Carta dos Direitos Fundamentais, que congrega num único texto os direitos civis, políticos, económicos e sociais e de sociedade até aí expressos em diversas fontes internacionais, europeias e nacionais. O Conselho Europeu deseja que à Carta se dê a mais vasta divulgação possível junto dos cidadãos da União. De acordo com as conclusões de Colónia, a questão do alcance da Carta será analisada numa fase posterior».

9. Por outro lado, o Tratado de Nice, também aí (politicamente) aprovado, não procedeu à recepção da Carta em qualquer dos tratados principais (UE ou CE). Apesar disso, não deixa de incluir uma referência, no Anexo IV, em «declaração sobre o futuro da União» inscrita na Acta Final da Conferência, nos termos da qual, no quadro do processo a iniciar em 2001 (conducente à convocação de uma nova CIG, em 2004), deverá ser debatida (ao lado de outras) a questão

«do estatuto da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia proclamada em Nice, em conformidade com as conclusões do Conselho Europeu de Colónia».

10. A interpretação destes textos não se afigura difícil. Por um lado, significam que a Carta não terá valor jurídico obrigatório nem será imediatamente acolhida nos tratados, como politicamente parecia evidente.

Mas, por outro lado, parece indiciar que a questão da integração dos tratados ressurgirá na Conferência Intergovernamental de 2004, servindo o citado processo a iniciar em 2001 para justificar perante as opiniões públicas a inclusão de um catálogo de direitos fundamentais na próxima revisão dos tratados (que se apresenta ambiciosa e revolucionária, a confiar-se nos objectivos já apresentados para a revisão de 2004).

Em jeito de conclusão

11. A inexecução dos objectivos pretendidos não pode deixar de merecer um juízo *a priori* negativo. Parece-nos óbvio que a inexistência de um catálogo permitiu que se considerasse que «as respostas actualmente dadas pelo Tribunal de Justiça ao problema dos direitos fundamentais parece por vezes relevar de uma “misteriosa alquimia jurisdicional” que pode torná-los dificilmente previsíveis»⁷ para o seu beneficiário/vítima.

Verdade que é por demais actual hoje, quando os tratados reconhecem ao Tribunal de Justiça competência para assegurar o respeito dos direitos fundamentais pelos órgãos da UE/CE (46.º, d) UE), mas não se conhece uma definição formal — ainda que mínima — do *bloco* de direitos a proteger.

Por outro lado, se Amesterdão e Nice vêm trazer importantes novidades absolutas — 6.º, n.º 1, 7.º UE e 136.º e 309.º CE — ou relativas (49.º, n.º 1 UE), não reforçaram o instrumentário de garantia jurisdicional: mantêm-se as limitações no acesso dos particulares aos tribunais comunitários (mesmo que por via nacional), continua redu-

⁷ J.P. Jacqué, «Communauté Européenne et Convention Européenne des Droits de l' Homme», *Melanges Boulouis*, 1991, p. 331, *apud* Redor, Marie-Joëlle, *L' Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 22.

zida a possibilidade (já de si limitada pela circunstância anterior) de controlo em domínios-chave de potencial agressão de direitos fundamentais (asilo, circulação de pessoas, imigração, etc.).

Mantém-se um certo *autismo* do Tribunal de Justiça e da ordem jurídica comunitária, confundido por tantas vezes com *autonomia*, ao recusar o mecanismo já existente de controlo externo, expresso pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Finalmente, apesar das virtualidades decorrentes da afirmação emblemática de uma centragem na pessoa humana, partilhamos a ideia de que a Carta tem um conteúdo não isento de críticas. Excessivo na medida em que enumera direitos que, sendo consensuais, não se vê à partida como são ou podem ser postos em causa pela actuação da UE e da CE. Deficiente pois não acolhe — num fenómeno transversal às actuais sociedades europeias — normas explícitas de garantia de direitos fundamentais ligados à protecção da vida humana que modernamente se vêem agredidos por todos os lados nem referencia fundamentos culturais em que se baseou toda a história da civilização europeia⁸.

12. Em termos formais, por último, diga-se que a Carta, contendo no seu articulado algumas normas já presentes na actual redacção dos tratados, não poderia ter uma recepção simples no tratado. Ao invés, tal recepção *implicaria* uma profunda reconformação dos tratados, razão que mais justifica — atenta a magnitude política dos problemas encarados pelos Chefes de Estado ou de governo no Conselho Europeu de Nice — a sua não inclusão automática no tratado de Nice (e a remissão do seu tratamento para o mesmo quadro em que se discutirá a questão da simplificação dos tratados⁹), tanto mais quanto o projecto apenas em Setembro foi aprovado pela «convenção».

Em suma, se seria preferível outra solução, o certo é que as implicações temidas e a rapidez de todo o processo sugerem algum comedimento quando se trate de emitir um juízo (em definitivo) negativo sobre os resultados a este propósito alcançados no Conselho Europeu de Nice.

⁸ Vide as críticas ao documento formuladas no discurso de S.S. João Paulo II, em 14 de Dezembro de 2000, em mensagem relativa à comemoração dos 1200 anos da coroação de Carlos Magno.

⁹ Nesse sentido vai a declaração anexa à Acta Final da Conferência que preparou o tratado de Nice.

PROCLAMAÇÃO SOLENE

**O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão
proclamam solenemente, enquanto Carta dos Direitos
Fundamentais da União Europeia**

Feito em Nice, em sete de Dezembro de dois mil

PREÂMBULO

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de Direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da

subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados.

CAPÍTULO I

DIGNIDADE

Artigo 1º

Dignidade do ser humano

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

Artigo 2º

Direito à vida

1. Todas as pessoas têm direito à vida.
2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado.

Artigo 3º

Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;

- a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas;
- a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;
- a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Artigo 4º

Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes

Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes.

Artigo 5º

Proibição da escravidão e do trabalho forçado

1. Ninguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão.
2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório.
3. É proibido o tráfico de seres humanos.

CAPÍTULO II

LIBERDADES

Artigo 6º

Direito à liberdade e à segurança

Todas as pessoas têm direito à liberdade e à segurança.

Artigo 7º

Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8º**Protecção de dados pessoais**

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

Artigo 9º**Direito de contrair casamento e de constituir família**

O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Artigo 10º**Liberdade de pensamento, de consciência e de religião**

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. O direito à objecção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Artigo 11º**Liberdade de expressão e de informação**

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.

2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

Artigo 12º

Liberdade de reunião e de associação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.

2. Os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União.

Artigo 13º

Liberdade das artes e das ciências

As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica.

Artigo 14º

Direito à educação

1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.

2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.

3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.

Artigo 15º

Liberdade profissional e direito de trabalhar

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.

2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-membro.

3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-membros têm direito a condições de trabalho equivalentes às que beneficiam os cidadãos da União.

Artigo 16°

Liberdade de empresa

É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 17°

Direito de propriedade

1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.

2. É protegida a propriedade intelectual.

Artigo 18°

Direito de asilo

É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Artigo 19°

Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição

1. São proibidas as expulsões colectivas.

2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

CAPÍTULO III

IGUALDADE

Artigo 20°

Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Artigo 21°

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

Artigo 22°

Diversidade cultural, religiosa e linguística

A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Artigo 23°

Igualdade entre homens e mulheres

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado.

Artigo 24°**Direitos das crianças**

1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.

Artigo 25°**Direitos das pessoas idosas**

A União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural.

Artigo 26°**Integração das pessoas com deficiência**

A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade.

CAPÍTULO IV**SOLIDARIEDADE****Artigo 27°****Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa**

Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos

casos e nas condições previstos pelo direito comunitário e pelas legislações e práticas nacionais.

Artigo 28°

Direito de negociação e de acção colectiva

Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas, aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve.

Artigo 29°

Direito de acesso aos serviços de emprego

Todas as pessoas têm direito de acesso gratuito a um serviço de emprego.

Artigo 30°

Protecção em caso de despedimento sem justa causa

Todos os trabalhadores têm direito a protecção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 31°

Condições de trabalho justas e equitativas

1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas.

2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

Artigo 32°

Proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho

É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade

obrigatória, sem prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas.

Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de uma protecção contra a exploração económica e contra todas as actividades susceptíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social, ou ainda de pôr em causa a sua educação.

Artigo 33°

Vida familiar e vida profissional

1. É assegurada a protecção da família nos planos jurídico, económico e social.

2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a protecção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho.

Artigo 34°

Segurança social e assistência social

1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

2. Todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais.

3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 35°**Protecção da saúde**

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.

Artigo 36°**Acesso a serviços de interesse económico geral**

A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União.

Artigo 37°**Protecção do ambiente**

Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável.

Artigo 38°**Defesa dos consumidores**

As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

CAPÍTULO V**CIDADANIA****Artigo 39°****Direito de eleger e de ser eleito nas eleições
para o Parlamento Europeu**

1. Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de

ser eleitos para o Parlamento Europeu no Estado-membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

2. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal directo, livre e secreto.

Artigo 40°

Direito de eleger e de ser eleito nas eleições municipais

Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

Artigo 41°

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas, instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Artigo 42°

Direito de acesso aos documentos

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-membro, tem

direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Artigo 43°

Provedor de Justiça

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-membro, tem o direito de apresentar petições ao Provedor de Justiça da União, respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições ou órgãos comunitários, com excepção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções Jurisdicionais.

Artigo 44°

Direito de petição

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-membro, goza do direito de petição ao Parlamento Europeu.

Artigo 45°

Liberdade de circulação e de permanência

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros.
2. Pode ser concedida a liberdade de circulação e de permanência, de acordo com as disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-membro.

Artigo 46°

Protecção diplomática e consular

Todos os cidadãos da União beneficiam, no território de países terceiros em que o Estado-membro de que são nacionais não se encontre representado, de protecção por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

CAPITULO VI

JUSTIÇA

Artigo 47°

Direito à acção e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.

Artigo 48°

Presunção de inocência e direitos de defesa

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.

2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

Artigo 49°

Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática não constituía infracção perante o direito nacional ou o direito internacional. Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi praticada. Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada.

2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que tenha sido condenada uma pessoa por uma acção ou por uma

omissão que no momento da sua prática constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações.

3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração.

Artigo 50°

Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito

Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 51°

Âmbito de aplicação

1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.

2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados.

Artigo 52°

Âmbito dos direitos garantidos

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introdu-

zidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

Artigo 53º

Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-membros.

Artigo 54º

Proibição do abuso de direito

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na presente Carta.

RECENSÃO

SCHØNBERG, Søren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000

1. A obra em apreço, dedicada à protecção da confiança legítima no Direito Administrativo, constitui uma versão revista da tese apresentada pelo autor para obtenção do título de D. Phil na Universidade de Oxford em Fevereiro de 2000.

O princípio da protecção da confiança legítima, princípio fundamental nas diferentes ordens jurídicas europeias, quando aplicado às relações entre os particulares e a Administração, constitui fonte de variadíssimos mecanismos de protecção jurídica, quer processuais quer substantivos, que hoje em dia fazem parte integrante da noção de Estado de Direito.

De facto, é impensável nos dias de hoje não exigir que, quando a Administração toma decisões ou modifica uma política seguida até então, não tome em conta os interesses dos cidadãos afectados e não lhes dê inclusivamente a possibilidade de serem ouvidos antes de as decisões serem tomadas.

No entanto, o princípio da protecção da confiança legítima está longe de se ter cristalizado. Além do mais, ele surge combinado com outros princípios tais como o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Democrático, e o princípio da Boa Administração, na origem de novas reivindicações dos particulares face àqueles que os administram. Pense-se a este respeito, por exemplo, na questão da transparência e do acesso por parte dos cidadãos aos documentos da Administração.

Daí o interesse duma obra que se dedica em exclusivo à protecção da confiança legítima e que explora uma parte importante do universo das suas potencialidades.

2. Através de uma análise comparada dos direitos inglês, francês e comunitário, o autor procura dar resposta a três questões: por-

que é que o Direito Administrativo deve proteger as expectativas legítimas? Como é que no Direito Administrativo dos três sistemas em análise essas expectativas são protegidas? É o actual regime jurídico inglês satisfatório no que respeita à protecção da confiança legítima?

O objectivo do livro é o de, através duma análise comparada, detectar as brechas do sistema jurídico inglês, colher ensinamentos dos outros sistemas, nomeadamente do comunitário, e fazer sugestões de reforma. Além do mais, tem a vantagem de, pelo caminho, introduzir o leitor aos três regimes de protecção jurídica da confiança legítima e de fornecer uma análise da jurisprudência existente nesta matéria.

3. A obra apresenta-se em seis capítulos e desenvolve-se em torno de quatro situações que suscitam a protecção da confiança legítima: 1) a revogação de decisões administrativas; 2) a não conformação com decisões informais ou com garantias dadas a um indivíduo ou grupo de indivíduos (*representations*); 3) o afastamento de políticas administrativas anteriormente seguidas em situações individuais; 4) a alteração da política administrativa aplicada a um determinado sector (*shift in policy*).

3.1. No Capítulo 1, o autor analisa a razão de ser da protecção da confiança legítima (ou das expectativas legítimas) no Direito Administrativo em geral. Várias teorias procuram explicar as razões pelas quais, por vezes, a administração está juridicamente vinculada à sua actuação anterior ou a garantias que deu face a determinadas situações, sendo as mais relevantes a Teoria da Confiança (*Reliance Theory*) e a Teoria do Princípio do Estado de Direito (*The Rule of Law Theory*). Para além das razões classicamente invocadas para justificar a protecção da confiança legítima, como a exigência de justiça (porque uma expectativa violada pode causar prejuízos ao indivíduo que confiou na sua realização) e a exigência de previsibilidade, que é necessária à autonomia e ao planeamento das escolhas de cada um, avança-se a este nível uma ideia algo inovadora que é a de eficácia administrativa. Segundo esta, o exercício do poder administrativo tende a ser mais bem acolhido se as autoridades respeitarem as expectativas criadas porque assim encorajam os particulares a participar nos processos de decisão, a cooperar com as iniciativas da Administração e a respeitar a legislação em vigor. Neste sentido, o princípio da protecção da confiança legítima é concebido como um princípio que visa não apenas proteger os indivíduos face à Admi-

nistração, mas como um princípio cuja aplicação é também do interesse da própria Administração.

3.2. No Capítulo 2, o autor trata da protecção processual da confiança legítima. Descreve a este propósito a relação entre as garantias processuais e a protecção da confiança legítima do seguinte modo. Por um lado, a participação dos administrados nos processos de decisão diminui as probabilidades de as expectativas criadas serem efectivamente violadas, uma vez que permite à Administração conhecer essas mesmas expectativas e prevenir os interessados de forma a estes modificarem a sua conduta em consonância com a orientação perfilhada pela própria Administração; por outro lado, a participação nos processos de decisão diminui o sentimento de injustiça e de desconfiança na Administração já que os particulares, ao participarem nesses mesmos processos, podem não só mais facilmente antecipar o resultado como também influenciá-lo.

As garantias processuais que têm por fonte o princípio da protecção da confiança legítima repousam, nos vários sistemas jurídicos, nos princípios da imparcialidade, da defesa e da justiça processual. Assim, a primeira questão que se levanta nesta sede é a de saber face a que tipo de decisões intervêm as garantias processuais. A análise comparativa dos três sistemas leva o autor a concluir que o direito inglês é o mais protector, já que uma decisão que afecte as expectativas de um indivíduo deve ser processualmente "fair", sendo suficiente que a expectativa tenha sido fundada numa conduta ou actuação da Administração, enquanto nos direitos francês e comunitário as expectativas não dão normalmente lugar a direitos processuais. Isto conduz-nos à segunda questão, que é a de saber em que medida devem ser afectados os interesses dos indivíduos para que as garantias processuais operem. A terceira questão diz respeito às condições adicionais que por vezes são exigidas para se consagrarem garantias processuais, como por exemplo, no direito francês, a exigência de que a decisão tenha sido tomada com base na avaliação da conduta do interessado, como acontece na aplicação de sanções ou de multas (*mesures prises en considération de la personne*).

No que diz respeito ao conteúdo das garantias processuais, o autor distingue os direitos processuais suscitados tanto pela revogação de decisões como pela modificação de decisões informais. No caso de revogação de decisões favoráveis, as garantias processuais normalmente previstas consubstanciam-se no direito do particular ser ouvido e avisado antes da tomada da decisão, bem como na obri-

gação de motivação da decisão. Neste plano, o direito francês é bastante mais restritivo pois reconhece apenas garantias processuais a respeito de decisões que envolvam a aplicação de sanções e exclui-as caso a decisão constitua uma “*mesure de police*”, ou seja, caso a medida tenha por objectivo proteger a ordem, saúde e segurança públicas sem afectar um destinatário particular.

No respeitante ao direito comunitário, destaca-se o acórdão *Lisrestal*¹ onde o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI) declarou ilegal uma decisão da Comissão de redução do montante de um concurso financeiro pelo facto de esta não ter solicitado aos Estados-Membros que executam a decisão a consulta prévia das pessoas afectadas.

Por seu lado, nos direitos inglês e comunitário as modificações de decisões informais (*informal representations*) dão lugar a direitos processuais desde que a expectativa seja objectivamente razoável, o que sucede, por exemplo, quando a Administração dá garantias, sejam elas verbais ou escritas, de que uma determinada licença será concedida e depois nega essa mesma licença, e quando, nessas circunstâncias, um cidadão comum compreendesse a afirmação feita pela Administração como uma autorização da licença. Contudo, a jurisprudência comunitária só reconhece direitos processuais nos casos em que a Administração promete reconhecer esses mesmos direitos e depois não os respeita. É o caso do acórdão *Hercules Chemical*² onde o recorrente impugnou uma decisão da Comissão que lhe recusava o acesso a determinados documentos num processo de concorrência quando esta, num relatório publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*³, tinha anunciado que daria acesso a esses documentos. O TPI considerou que, ao recusar tal acesso, a Comissão se tinha afastado de uma prática à qual ela se tinha autovinculado e da qual ela não se podia desviar sem violar o princípio da protecção da confiança legítima e o princípio da igualdade.

3.3. Os Capítulos 3 e 4 são dedicados à análise da protecção substantiva da confiança legítima nos três sistemas em apreço. No Capítulo 3 o autor considera a protecção concedida aos particulares no

¹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 6 de Dezembro de 1994, *Lisrestal*/Comissão, T-450/93, Colec., p. II-1177.

² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, *Hercules Chemical*/Comissão, T-7/89, Colec., p. II-1711.

³ XII Relatório sobre a Política de Concorrência, pp. 40 e 41.

caso de revogação de decisões administrativas e no Capítulo 4, no caso do afastamento por parte da Administração de representações informais anteriores (modificação de decisões informais).

3.3.1. No primeiro destes capítulos é particularmente interessante a diferença de tratamento concedida, nos três sistemas, à revogação de decisões administrativas ilegais. O direito inglês apresenta-se como o mais restritivo na medida em que a revogação de decisões ilegais conhece poucos limites, sendo estes construídos com base no tipo de ilegalidade cometida. Por seu lado, o direito francês estabelece um limite temporal importante à revogação deste tipo de decisões: elas só podem ser revogadas, independentemente da ilegalidade que as fere, dentro do prazo previsto para a sua impugnação. Uma vez decorrido este prazo, a decisão torna-se definitiva e vincula a Administração. A análise da jurisprudência comunitária a este respeito revela um sistema extremamente aberto à protecção da confiança legítima quando comparado com os dois outros. Além do mais tem o mérito de não fixar *a priori* critérios rígidos tais como o tipo de ilegalidade que vicia o acto ou o prazo para a sua impugnação, para determinar em que situações é que decisões ilegais podem ser revogadas. Bem pelo contrário, quando confrontada com uma decisão de revogação de uma decisão ilegal, a jurisdição comunitária procura estabelecer um equilíbrio entre o princípio da legalidade e o princípio da confiança legítima dos particulares. Para tal, utiliza cinco tipos de considerações: a existência de uma expectativa legítima por parte do recorrente na sua concretização; as implicações para o recorrente da sua não concretização; a gravidade da ilegalidade que vicia o acto; a afectação dos interesses de terceiros e, por último, o tempo decorrido entre a notificação da decisão e o momento da sua revogação.

O acordo *De Compte*⁴ é um exemplo marcante do tipo de protecção concedida pela jurisdição comunitária à confiança legítima dos particulares. O litígio surgiu com o culminar de uma relação complexa entre um funcionário do Parlamento Europeu (PE) e a própria instituição, no desenvolvimento da qual foi aplicada ao primeiro uma grave sanção disciplinar por irregularidades financeiras, sanção que viria a ser objecto de vários processos judiciais. Em conse-

⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 17 de Abril de 1997, *Henri de Compte/Parlamento Europeu*, C-90/95 P, Colect., p. I-1999.

quência, o recorrente viria a padecer de uma doença do foro psicológico que o PE aceitou como sendo uma doença profissional, tendo por isso decidido atribuir-lhe uma compensação financeira. Três meses mais tarde, e antes da compensação lhe ter sido efectivamente atribuída, o PE revogou a decisão. A razão avançada foi a de que, nos termos das disposições aplicáveis, uma doença que tinha surgido no seguimento do exercício irregular das funções profissionais da vítima não constituía uma doença profissional. Ora, depois de tomados em consideração a expectativa criada na esfera jurídica do recorrente, o tipo de ilegalidade cometida, a inexistência de consequências para terceiros, a inexistência de qualquer interesse de ordem pública na revogação da decisão e o tempo decorrido entre a notificação e a revogação da decisão, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) considerou que, no caso em apreço, o recorrente devia poder confiar na estabilidade dum acto que lhe era favorável e anulou a decisão de revogação do PE. Ao tomar esta posição, o TJCE aproximou-se assim dos sistemas jurídicos alemão e escandinavos que conhecem o princípio da irrevogabilidade das decisões favoráveis aos particulares.

3.3.2. O Capítulo 4 é dedicado à protecção das expectativas criadas por decisões informais da Administração. Destaca-se neste capítulo a protecção da confiança legítima em situações em que a Administração toma decisões que não são conformes à política/prática seguidas até então, ou mesmo no caso de alteração da política aplicável a um determinado sector (*shift in policy*). A análise comparada dos três sistemas leva o autor a duas conclusões a este respeito: por um lado, os tribunais tendem apenas a reconhecer expectativas legítimas na manutenção de uma certa política ou prática quando a sua alteração implica um grande ónus para o particular e este se revela excessivo face aos interesses prosseguidos pela Administração; por outro lado, a protecção das expectativas legítimas neste plano faz-se indiferentemente tanto em nome do princípio da protecção da confiança legítima como em nome do princípio da igualdade. A possibilidade, para a Administração, de alterar a política aplicável a um determinado sector quando assim o entende é amplamente protegida nos três sistemas em comparação. Contudo, existem boas razões para se imporem limites a esta possibilidade, de maneira a proteger aqueles que confiaram na estabilidade de determinada política e, nomeadamente, entraram em relações contratuais pressupondo a sua manutenção. A protecção das expectativas legítimas

timas pressiona a Administração a prever com antecedência tais mudanças, a comunicá-las aos interessados (e muitas vezes ao público em geral), a prever medidas de transição e, até por vezes, a prever excepções à aplicação das novas disposições regulamentares.

A título de exemplo, na ordem jurídica comunitária, a alteração da legislação no sector do leite com a entrada em vigor do Regulamento n.º 857/84 e a instauração de quotas leiteiras custou ao orçamento comunitário muitos milhões de euros e ao sistema jurisdiccional muitos anos de contencioso, que, aliás, ainda está longe de terminar. A questão teve início na década de 70 quando foram criados incentivos para os produtores de leite cessarem a produção durante um período de cinco anos em troca de um subsídio por parte da Comunidade. Entretanto, em 1984, o Conselho introduziu um sistema de limitação da produção, no qual foram atribuídas quotas leiteiras aos agricultores cujo montante dependia da quantidade produzida num ano de referência escolhido por cada Estado-Membro. No entanto, os produtores que durante o ano de referência estavam vinculados pelos acordos de não comercialização viram-se, de um dia para o outro, impossibilitados de obter uma quota e, consequentemente, de produzir leite. O TJCE, considerou no acórdão *Mulder I*⁵ que, apesar dos agricultores não poderem voltar à produção de leite nas mesmas condições em que a tinham interrompido, eles podiam legitimamente esperar não ser excluídos da produção de leite por terem concluído os ditos acordos com a Comunidade. Isto é, a Comunidade não podia ter operado tal mudança de regime sem prever a situação específica daqueles produtores, porque, ao fazê-lo, estava a transformar a sua exclusão temporária do mercado do leite numa exclusão definitiva que eles não podiam ter previsto, violando por isso o princípio de protecção da confiança legítima. Em consequência deste acórdão, o Conselho aprovou nova legislação prevendo a atribuição de quotas a estes produtores e a Comunidade foi, mais tarde, condenada a indemnizá-los pelos lucros cessantes⁶.

3.4. Os Capítulos 5 e 6 são dedicados à protecção compensatória (*compensatory remedies*) das expectativas legítimas, isto é, o autor procura analisar em que situações podem os particulares reclamar compensação dos prejuízos sofridos por terem confiado na

⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 28 de Abril de 1988, *Mulder*, 120/86, Colect., p. 2321.

⁶ *Vide infra*.

manutenção (estabilidade) duma determinada decisão formal ou informal da Administração e de que maneira é que estas compensações são um complemento à protecção processual e substantiva das expectativas legítimas.

3.4.1. O Capítulo 5 divide-se em três grandes secções dedicadas à compensação por prejuízos causados, respectivamente, pela revogação legal de decisões legais, pela revogação ilegal de decisões legais e pela revogação de decisões ilegais.

3.4.2. Finalmente, no Capítulo 6, o autor analisa as possibilidades de compensação por prejuízos causados devido ao não cumprimento, por parte da Administração, de decisões informais, de garantias dadas, de práticas e de políticas de actuação até então seguidas. O tipo de protecção concedida, nos três sistemas jurídicos, aos prejuízos causados pela violação das expectativas legítimas é naturalmente determinado pelo sistema existente de responsabilidade extracontratual da Administração⁷, que varia muito entre as ordens jurídicas em apreço. Enquanto o direito inglês opta, por princípio, por uma perspectiva extremamente restritiva da responsabilidade extracontratual da Administração, os direitos francês e comunitário adoptam uma atitude mais flexível, mitigando o princípio da reparação dos danos causados por violação da confiança legítima com os princípios relativos à causalidade directa do dano, da exigência dum prejuízo certo e quantificável e da inexistência por parte da vítima dum comportamento negligente ou fraudulento. A este respeito, o autor tece críticas severas ao sistema comunitário por este, na prática, e fora do âmbito do contencioso da função pública, raramente reconhecer a responsabilidade da Administração por prejuízos causados por actos ilegais da Administração. Desde 1957, o autor só encontrou duas decisões em que o juiz comunitário tenha condenado a Comunidade à reparação dos prejuízos causados por actos da Administração. Pena é que a análise feita pelo autor da jurisprudência *Mulder* se tenha ficado pelo primeiro acto, isto é, pelo acórdão *Mulder I* e não mencione o segundo, isto é o acórdão *Mulder II*⁸, no qual o TJCE reconhece a responsabilidade da

⁷ Sobre a posição do sistema jurídico português, ver, por exemplo, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Mulder e o./Conselho e Comissão*, C-104/89 e C-37/90, Colect., p. I-3061.

Comunidade pelos prejuízos causados pela legislação anulada (isto é, responsabilidade por acto legislativo cuja fasquia é mais alta pois exige que a ilegalidade cometida constitua uma violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito que protege os particulares) e a condenou a indemnizar os agricultores.

Este acordão, que foi seguido por vários outros do TPI entre os quais se destaca o acordão *Quiller e Heusmann*⁹, lançou assim as bases do regime de indemnização, judicial e extrajudicial, dos produtores de leite que se viram impossibilitados de produzir após a entrada em vigor do regime das quotas leiteiras.

5. Realça-se, por último, que a obra tem o mérito de fornecer ao leitor, face à grande amplitude do tema, uma análise bastante sistemática e com algum detalhe dos três ordenamentos em apreço. Apresenta naturalmente uma limitação objectiva que advém da impossibilidade de fazer uma abordagem completa da protecção da confiança legítima nos três ordenamentos, deixando praticamente intocada, nomeadamente, a questão da responsabilidade por prejuízos causados por actos legislativos. O autor reconhece contudo as limitações das suas escolhas na "Introdução", e o leitor, uma vez prevenido, sabe que está perante uma obra pragmática, contemporânea, e sobretudo de análise horizontal, na qual não encontrará uma descrição dos diferentes regimes jurídicos para além daquilo que é necessário para a compreensão dos mecanismos de protecção da confiança legítima.

O autor recorre frequentemente à jurisprudência e a exemplos para expor não só os diferentes sistemas, mas também as suas críticas e sugestões de reforma. Uma das conclusões interessantes às quais chega e que talvez o tenha levado a escrever sobre este tema, é a de que o direito inglês é, dos três analisados, aquele que menos protege a confiança legítima. A razão reside talvez no facto de o direito inglês ser um sistema jurídico no qual a Administração não tem um estatuto especial face aos administrados e no qual não existe propriamente um Direito Administrativo, como existe nos ordenamentos jurídicos ditos "continentais", como o alemão ou o francês. Se por um lado a actuação da Administração não conhece limites especiais, por outro, impende sobre os administrados um dever especial de conhecimento da lei, que tem por consequência, nomeada-

⁹ Acordão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Dezembro de 1997, *Quiller e Heusmann/Conselho e Comissão*, T-195/94 e T-202/94, Colect., p. II-2247.

mente, o não reconhecimento da responsabilidade da Administração quando esta actua nos limites dos seus poderes ou revoga decisões ilegais. O curioso é que no direito inglês esta falta de protecção substantiva da confiança legítima não é compensada por um sistema mais generoso de responsabilidade extracontratual da Administração. Bem pelo contrário, como a Administração está sujeita ao "tort law" como qualquer outro indivíduo, enquanto actuar dentro dos seus poderes (*intra vires*), não é responsável pelos prejuízos que possam ser causados. O direito inglês também não conhece os princípios da responsabilidade por acto lícito ou pelo risco e impõe importantes limites à reparação de prejuízos causados por decisões informais da Administração.

Esta situação leva o autor a chamar a atenção para a necessidade de reforma do sistema inglês, que segundo ele deve assentar em três premissas: a obrigação da Administração consultar os indivíduos interessados antes de modificar a sua política regulamentar ou de actuação; o reconhecimento do princípio da irrevogabilidade tanto das decisões administrativas legais como das decisões administrativas ilegais (neste caso, quando a sua revogação impõe um ónus desmesurado aos particulares) e por último, a compensação "ex gratia" dos prejuízos graves causados por actuações ou decisões legais da Administração. À pergunta "Como e em que circunstâncias deve o direito inglês proteger as expectativas legítimas criadas por decisões ou actuações da Administração?", o autor responde: as expectativas não podem ser adequadamente protegidas por um princípio apenas, para tal é necessário criar um sistema que combine mecanismos de protecção processual, substantiva e compensatória.

Ilustrando esta tomada de posição, o autor completa o texto com um quadro no qual, combinando as diferentes fórmulas analisadas, expõe o sistema que julga mais conforme a uma condigna protecção da confiança legítima. No que diz respeito, por exemplo, à protecção substantiva da confiança legítima (que é a mais efectiva pois é a única que permite ao particular realizar a sua expectativa), o autor defende um sistema no qual a revogação de decisões administrativas (sejam elas decisões formais, informais, legais ou ilegais) tem sempre por limite a protecção da confiança legítima. Isto implica que a Administração, quando confrontada com a necessidade de revogar uma decisão tomada ou modificar uma política seguida até então, deve ter em conta as expectativas criadas, deve ponderar o interesse público na revogação ou modificação e o inte-

resse privado na manutenção da decisão ou da política (*balancing of burdens*) e optar pela solução que cause menos prejuízos ao particular.

Esta solução, impregnada de bom senso, depara no entanto com a dificuldade de transposição para os ordenamentos jurídicos que tal como o português, se baseiam no princípio da legalidade dos actos da Administração e no privilégio da execução prévia. Contudo, mesmo nestes casos, esta obra traz alguns elementos de reflexão importantes, entre os quais se destaca o valor atribuído aos mecanismos de protecção processual, que não são de modo algum incompatíveis com os princípios vigentes no nosso Direito Administrativo e que contribuem para que a actuação administrativa se transforme numa actuação mais transparente e, sobretudo, mais próxima do cidadão.

*Sofia Colares Alves**

* Referendária do Juiz Rui Moura Ramos do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.

ÚLTIMOS LIVROS PUBLICADOS

MANUEL CARLOS LOPES PORTO

TEORIA
DA
INTEGRAÇÃO
E
POLÍTICAS
COMUNITÁRIAS

3.^a EDIÇÃO


ALMEDINA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
540 EAST 57TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

ÚLTIMOS LIVROS PUBLICADOS

CARLOS LARANJEIRO

Lições de Integração
Monetária Europeia


ALMEDINA

A revista Temas de Integração destina-se a um público diverso, mais ou menos especializado, incluindo advogados, juizes, economistas, empresários, sociólogos, políticos, professores, estudantes e demais interessados no processo actual de formação de espaços regionais na economia mundial.

Sendo publicada sob a responsabilidade da Associação de Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, beneficia igualmente do contributo regular de membros qualificados de muitas outras instituições, do Brasil, de Portugal e de outros países; e, embora se dirija prioritariamente aos mercados da América Latina e da Península Ibérica, com a consideração especial do MERCOSUL e da União Europeia, não deixa de interessar a pessoas de outros países e de outras áreas do mundo, envolvidas também num processo que a todos toca.

ISBN 972-40-1431-2



9 789724 014319