

ROLF STOBER

**DIREITO ADMINISTRATIVO
ECONÔMICO GERAL**

 **Editora
Saraiva**

Série
idp  **INSTITUTO
BRASILENSE
DE DIREITO
PÚBLICO**
Linha
DIREITO COMPARADO

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

ROLF STOBER

Professor Catedrático da Universidade de Hamburgo

DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO GERAL

Fundamentos e princípios. Direito constitucional econômico.

Edição integralmente revista e adaptada da versão portuguesa (2008)

Tradução

António Francisco de Sousa
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Porto

2012

 **Editora
Saraiva**

Série
idp  INSTITUTO
BRASILENSE
DE DIREITO
PÚBLICO
Linha
DIREITO COMPARADO



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:
(61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –
Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-14325-8

Stober, Rolf

Direito administrativo econômico geral / Rolf Stober ; tradutor António Francisco de Sousa. Edição integralmente revista e adaptada da versão portuguesa (2008).

– São Paulo : Saraiva, 2012. – (Série IDP)

1. Direito administrativo - Brasil 2. Direito econômico - Brasil I. Título. II. Série.

11-09315 CDU-34:33:35(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito administrativo econômico 34:33:35(81)

Título original *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*.

Direitos pertencentes à Fundação Minerva, Universidade Lusíada Editora.

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria de Lourdes Appas/Cíntia da Silva
Leitão
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Maria Regina Machado
Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Kelli Priscila Pintobr />
Capa Muiraquitã Editoração Gráfica
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 23-4-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Para a Bárbara.

Abreviaturas

(Apenas se traduzem as abreviaturas principais)

a.A. andere Ansicht. Noutro sentido

a.a.O. am angegebenen Ort. No lugar indicado

AbfallG Abfallgesetz. Lei de Eliminação dos Resíduos Sólidos

Abg. Abgeordneter. Deputado

ABl. Amtsblatt der EG. Jornal Oficial da CE

Abs. Absatz. Parágrafo

AbwAG Abwasserabgabengesetz. Lei das Taxas de Saneamento

Achterberg/Püttner Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hg.),
Besonderes Verwaltungsrecht, v. 1, 2. ed. 2000

AcP Archiv für die civilistische Praxis. Arquivo de Direito Civil
(revista)

AEG Allgemeines Eisenbahngesetz. Lei Geral dos Caminhos de Ferro

a.F. alte Fassung. Versão anterior

AFG Arbeitsförderungsgesetz. Lei de Fomento do Trabalho

AfK Archiv für Kommunalwissenschaften. Arquivo da Ciência
Municipal (revista)

AfP Archiv für Presserecht. Arquivo de Direito da Imprensa

AFRG Arbeitsförderungs-Reformgesetz. Lei de Reforma do Fomento
do Trabalho

AFTA Asean Free Trade Area. Zona de Comércio Livre Asiática.

**AG Aktiengesellschaft, Ausführungsgesetz, Die Aktiengesellschaft
(Zeitschrift)** Sociedade Anônima. Lei de Execução. Sociedade
Anônima (revista)

AGB Allgemeine Geschäftsbedingungen. Condições negociais gerais

AGCT Acordo Geral de Comércio e Tarifas

AGCT/OMC Acordo Geral de Comércio e Tarifas/Organização Mundial
de Comércio

AKP-Staaten afrikanische-karibische-pazifische Staaten. Estados da
África, Caraíbas e Pacífico

allg. Allgemein. Em geral

A.M./a.M. Andere Meinung/andere Meinung. Outra opinião. Noutro sentido

AMG Arzneimittelgesetz. Lei dos Medicamentos

amtl. Amtliche, amtliche. Oficial, *ex officio*

AO Abgabenordnung. Código Tributário

AöR Archiv des öffentlichen Rechts. Arquivo de Direito Público (revista)

APEC Asean-Pacific-Economic-Cooperation. Cooperação Econômica Ásia-Pacífico

ArbGG Arbeitsgerichtsgesetz. Lei dos Tribunais de Trabalho

ArbZG Arbeitszeitgesetz. Lei do Tempo de Trabalho

ArbZRG Gesetz zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts. Lei para a Uniformização e a Flexibilização do Direito do Tempo de Trabalho

arg. Argument. Argumento

Art. Artikel. Artigo

AS Amtliche Sammlung. Coleção oficial

ASEAN Association of the South East Asian Nations. Associação dos Países do Sudoeste Asiático

AT Allgemeiner Teil. Parte geral

AufenthG Aufenthaltsgesetz. Lei da Residência

Aufl. Auflage. Edição

AVR Archiv des Völkerrechts. Arquivo de Direito Internacional Público (revista)

AWD Der Betriebsberater/Außenwirtschaftsdienst. O conselheiro da Empresa/Serviço econômico externo (revista)

AWG Außenwirtschaftsgesetz. Lei da Economia Externa

AWVO Außenwirtschafts-Verordnung. Regulamento da Economia Externa

BAG Bundesarbeitsgericht. Tribunal Federal do Trabalho

BAnz Bundesanzeiger. Folha Oficial Federal

BauGB Baugesetzbuch. Código das Edificações

BauNVO Baunutzungsverordnung. Regulamento da Utilização das Construções

Bay Bayerische. Bávaro

BayObLG Bayerisches Oberstes Landesgericht. Supremo Tribunal do Estado da Baviera

BayVBI. Bayerische Verwaltungsblätter. Folhas Administrativas da Baviera (revista)

BayVerfGH Bayerischer Verfassungsgerichtshof. Tribunal Constitucional da Baviera

BayVGH Bayerischer Verwaltungsgerichtshof. Supremo Tribunal Administrativo da Baviera

BB Betriebsberater. Conselheiro Empresarial (revista)

BBankG Bundesbankgesetz. Lei do Banco Federal

BbergG Bundesberggesetz. Lei Federal de Minas

Bbg. Brandenburg (brandenburgisch). Brandemburgo (de Brandemburgo)

BBiG Berufsbildungsgesetz. Lei de Formação Profissional

BBodSchG Bundes-Bodenschutzgesetz. Lei Federal de Proteção dos Solos

Bd. v. Volume.

BDSG Bundesdatenschutzgesetz. Lei Federal de Proteção de Dados

BEG Bundesentschädigungsgesetz. Lei Federal de Indenização

Begr. Begründung. Fundamentação

BerlVerfGH Berliner Verfassungsgerichtshof. Tribunal Constitucional de Berlim

BevakG Bundesevakuiertengesetz. Lei Federal de Evacuação

BFH Bundesfinanzhof. Tribunal Federal de Contas

BFStrG Bundesfernstraßengesetz. Lei Federal das Estradas Interurbanas

BGB Bürgerliches Gesetzbuch. Código Civil

BGBl. Bundesgesetzblatt. Folha oficial da Federação

BGH Bundesgerichtshof. Supremo Tribunal Federal

BGHSt Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. Decisões do Supremo Tribunal Federal em Matéria Penal

BGHZ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. Decisões do Supremo Tribunal Federal em Matéria Civil

BHO Bundeshaushaltsordnung. Código Federal do Orçamento

BImSchG Bundes-Immissionsschutzgesetz. Lei Federal de Proteção Contra Emissões Poluentes

BImSchVO Bundes-Immissionsschutzverordnung. Regulamento Federal de Proteção Contra Emissões

BK Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar). Comentário à Lei Fundamental de Bonn

BIn Berlin. Berlim

BMF Bundesminister der Finanzen. Ministro Federal das Finanças

BNatSchG Bundesnaturschutzgesetz. Lei Federal de Proteção da Natureza

BNotO Bundesnotarordnung. Código Federal do Notariado

BR Bundesrat. Conselho Federal

BR-Ds. Bundesratsdrucksache. Folha Oficial do Conselho Federal

BRAO Bundesrechtsanwaltsordnung. Código Federal dos Advogados

Brem Bremer. De Bremem

BSchVG Binnenschiffverkehrsverkehrsgesetz. Lei de Navegação Interna

BSE bovine spongiforme Enzephalopathie (Rinderwahnsinn). Palopatia bovina espongiiforme.

BSG Bundessozialgericht. Tribunal Federal Social

BT Besonderer Teil. Parte especial

BT-Ds. Bundestags-Drucksache. Folha oficial do Parlamento Federal

BVerfG Bundesverfassungsgericht. Tribunal Constitucional Federal

BVerfGG Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz). Lei do Tribunal Constitucional Federal

BVerwG Bundesverwaltungsgericht. Tribunal Administrativo Federal

BVFG Bundesvertriebenengesetz. Lei Federal de exilados

B-VG Bundesverfassungsgesetz (Österreich). Constituição Federal (Áustria)

BW Baden-Württemberg

BWVPr Baden-Württembergische Verwaltungspraxis. Prática Administrativa de Baden-Württemberg (revista)

BZRG Bundeszentralregistergesetz. Lei Federal dos Registros Centrais
bzw. Beziehungsweise. Ou seja. Isto é

C Communication. Comunicação
ca. Circa. Cerca
CE Communautés Européennes. Comunidade(s) Europeia(s)
ChemG Chemikaliengesetz. Lei dos Produtos Químicos
C.I.S.G. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMA Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft G.m.b.H.
COMECON Council for Mutual Economic Assistance
CPV Common Procurement Vocabulary
CR Computer und Recht. Computador e Direito (revista)
DAR Deutsches Autorecht. Direito Alemão dos Automóveis
DB Der Betrieb. A Empresa (revista)
DDR Deutsche Demokratische Republik. República Democrática da Alemanha
ders. Derselbe. Do mesmo autor
d.h. das heißt. Isto é
DHKT Deutscher Handwerkskammertag. Câmara Alemã das Manufaturas
dies. dieselbe(n). Os mesmos
DIHK Deutscher Industrie- und Handelskammertag. Câmara Alemã de Comércio e Indústria
DIN Deutsches Institut für Normung. Instituto Alemão de Normatização
Diss. Dissertation. Dissertação
DJT Deutscher Juristentag (revista)
DLR Dienstleistungsrichtlinie. Diretiva de Prestação de Serviços
DÖV Die öffentliche Verwaltung. A Administração Pública (revista)
DRiG Deutsches Richtergesetz. Lei Alemã dos Juízes
DRiZ Deutsche Richterzeitung. Jornal dos Juízes Alemães (revista)
Ds. Drucksache. Impressos
DSD Der Sicherheitsdienst. O Serviço de Segurança (revista)
DVBl. Deutsches Verwaltungsblatt. Folha Administrativa Alemã (revista)

DZWiR Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. Revista Alemã de Direito Econômico (revista)

E Amtliche Entscheidungssammlung des zuvor genannten Gerichts, citado por volume e página (p. ex. BVerfGE 17, 371 e s.)

EAG Europäische Atomgemeinschaft. Comunidade Europeia da Energia Atômica

EATUGB Entwurf eines Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches. Projeto de uma Parte Geral de um Código do Ambiente

EBA Eisenbahn-Bundesamt (Departamento Federal dos Caminhos de Ferro)

EBRD European Bank for Reconstruction and Development. Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento

EBTUGB Entwurf eines Besonderen Teils eines Umweltgesetzbuches. Projeto de uma Parte Especial de um Código do Ambiente

ECU European Currency Unit. Unidade Monetária Europeia

EFTA Europäische Freihandelszone. Zona Europeia de Livre Comércio

EG Europäische Gemeinschaft. Comunidade Europeia

EGAB Erstes Gesetz zur Abfallwirtschaft und zum Bodenschutz im Freistaat Sachsen

EGBGB Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

EG-FsRL EG-Fernsehrichtlinie

EGKS Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

EGKSV Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Tratado de Criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

EGV Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Tratado de Criação da Comunidade Europeia

EGZPO Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung

EIB Europäische Investitionsbank. Banco Europeu de Investimento

Eildienst LKT NW Eildienst Landkreistag Nordrhein-Westfalen

Einf Einführung. Introdução

EMRK Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos

EN Euro(päische) Normenreihe. Série europeia

Entwurf Projeto

EnWG Energiewirtschaftsgesetz. Lei da Economia Energética

Erl. Erläuterung. Comentário

ERP European Recovery Program

EStG Einkommensteuergesetz. Lei do IRS

ESVGH Entscheidungssammlung des Hessischen und des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes

ESZB Europäisches System der Zentralbanken. Sistema Europeu dos Bancos Centrais

EU Europäische Union. União Europeia

EuGH Europäischer Gerichtshof. Tribunal Europeu

EU GR Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Carta de Direitos Humanos da União Europeia

EuGRZ Europäische Grundrechte-Zeitschrift. Direitos Fundamentais Europeus (revista)

EuR Europarecht. Direito Europeu

EUV Vertrag über die Europäische Union. Tratado da União Europeia

EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EV Einigungsvertrag. Tratado de Unificação

EvStL Evangelisches Staatslexikon

EWG Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Comunidade Económica Europeia

EWGV Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Tratado de Fundação da Comunidade Económica Europeia

EWIV Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung

EWR Europäischer Wirtschaftsraum. Espaço Económico Europeu

EZB Europäische Zentralbank. Banco Central Europeu

EzGewR R. Stober (Hg.), Entscheidungssammlung zum Gewerberecht, Loseblattsammlung, 1989 e s.

FG Festgabe. Livro-homenagem

FilmföG Filmförderungsgesetz

FinDAG Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz

FIW Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb

Frotscher W. Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 4.^a ed. 2004

FS Festschrift. Livro-homenagem

FStrPrivFinG Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz

FTAA Free Trade Area of the Americas. Zona de Livre Comércio da América

G Gesetz. Lei

GastG Gaststättengesetz

GATS General Agreement on Trade in Services. Acordo Geral de Comércio e Serviços

GATT General Agreement on Tariffs and Trade. Acordo Geral de Tarifas e Comércio

GBI. Gesetzblatt

gem. Gemäß. Segundo

GemHVO Gemeindehaushaltsverordnung

GemO Gemeindeordnung. Código Municipal

GenTG Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz)

GeRL Genehmigungsrichtlinie

GewArch. Gewerbearchiv

GewO Gewerbeordnung

GG Grundgesetz. Lei Fundamental

GGK Grundgesetz-Kommentar. Comentário à Lei Fundamental

GjSM Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte

GmbH Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sociedade de responsabilidade limitada

GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada

GMBI. Gemeinsames Ministerialblatt

GO Gemeindeordnung. Código Municipal

GPA Government Procurement Agreement

GPSG Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz)

GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GSOGB Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes

GüKG Güterkraftverkehrsgesetz. Lei do Transporte de Mercadorias

GVBl. Gesetz- und Verordnungsblatt

GVG Gerichtsverfassungsgesetz. Lei do Tribunal Constitucional

GV. NW Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

GWB Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)

HB Handelsblatt. Folha de Comércio (revista)

Hdb. Handbuch. Manual

HdbStR Handbuch des Staatsrechts, editado por Josef Isensee e Paul Kirchhof, 10 volumes, 1987 e s.

Hess Hessisch. De Hessen

Hg. Herausgeber. Editor

HGB Handelsgesetzbuch. Código Comercial

HGrG Haushaltsgrundsätzegesetz. Lei dos Princípios Orçamentais

h.M. herrschende Meinung. Opinião dominante

Hmb Hamburgisch. De Hamburgo

Hs. Halbsatz

HwO Handwerksordnung

i.d.F. in der Fassung. Na versão

i.e.S. im engeren Sinne. Em sentido restrito

IFG Informationsfreiheitsgesetz. Lei da Liberdade de Informação

IHK Industrie- und Handelskammer(n). Câmara de Comércio e Indústria

IHKG Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern Lei para a regulação provisória do direito da Câmara de Comércio e Indústria

i.S.d./v. im Sinne des/von. No sentido de

ISO International Organization for Standardization. Organização internacional de Standardização

IT Informationstechnik. Técnica de informação

ITU International Telecommunication Union

IuKDG Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz)

i.V.m. in Verbindung mit. Em ligação com

IVU Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung

IWF Internationaler Währungsfonds. Fundo Monetário Internacional

i.w.S. im weiteren Sinne. Em sentido amplo

JA Juristische Arbeitsblätter (revista)

JAG Juristenausbildungsgesetz

JarbSchG Jugendarbeitsschutzgesetz

JAO Juristenausbildungsordnung

JBI. Juristische Blätter (Zeitschrift Österreich) (revista)

JMStV Jugendmedienschutz-Staatsvertrag

JÖR Jahrbuch des Öffentlichen Rechts (revista de direito público)

JR Juristische Rundschau (revista)

Jura Juristische Ausbildung (revista)

JuS Juristische Schulung (revista)

JuSchG Jugendschutzgesetz

JZ Juristenzeitung (revista)

KAG Kommunalabgabengesetz

KG Kommanditgesellschaft. Sociedade em comandita

KGG Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit

Kfz Kraftfahrzeug. Veículo.

KOM Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

K&R Kommunikation & Recht

KredAWAG Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau

KritV Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

KrW/AbfG Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (ab 1996)

KSZE Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit Europas. Conferência para a Segurança e a Cooperação na Europa

KWG Kreditwesengesetz. Lei do crédito

L Législation/Legislation. Legislação

LadschIG Ladenschlussgesetz
LBO Landesbauordnung
LdRW Bunte/Stober (ed.), Lexikon des Rechts der Wirtschaft,
Loseblattwerk, 1990 e s.
LFGB Lebens- und Futtermittelgesetzbuch
LG Landgericht. Tribunal Estadual (de Estado federado)
LHO Landeshaushaltsordnung
lit. Litera. Letra.
LKV Landes- und Kommunalverwaltung. Administração estadual e
municipal
LuftSiG Luftsicherheitsgesetz
LuftVG Luftverkehrsgesetz
LV Landesverfassung. Constituição Estadual
LverwG Landesverwaltungsgesetz. Lei de Administração estadual
MDR Monatsschrift für deutsches Recht (revista)
MDStV Mediendienste-Staatsvertrag
MERCOSUR Mercado Común del Sur. Mercado Comum do Sul
MFG Milch- und Fettgesetz
Mio. Million(en). Milhões
MMR Multimedia und Recht (revista)
MOG Marktordnungsgesetz
MV Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N. mit weiteren Nachweisen. Com outras referências
NAFTA North American Free Trade Agreement
Nds Niedersachsen, niedersächsisch
NF Neue Folge. Nova série
n.F. neue Fassung. Nova versão
NJW Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NordÖR Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland (revista)
Nr. Nummer(n). Número(s)
NRW, nrw Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NStZ Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)
NuR Natur und Recht (revista)
NVwZ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (revista)

NVwZ-RR NVwZ- Rechtsprechungsreport (revista)
NW Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NWB Neue Wirtschafts-Briefe (revista)
NW PolG Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
NWVBl. Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter (revista)
NZA Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (revista)
NZBau Neue Zeitschrift für Baurecht (revista)
NZV Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista)
o. oben. Supra. Acima
ObLG Oberstes Landesgericht. Supremo Tribunal Estadual
OECD Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung. Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento
OMC Organização Mundial do Comércio
ÖPNV öffentlicher Personennahverkehr
OHG Offene Handelsgesellschaft
OLG Oberlandesgericht. Supremo Tribunal Estadual
ÖR Öffentliches Recht. Direito público
OVG Obergerverwaltungsgericht. Supremo Tribunal Administrativo (no *Land*)
OWiG Ordnungswidrigkeitengesetz. Lei das Contraordenações
Parl. Rat Parlamentarischer Rat. Conselho parlamentar
PBefG Personenbeförderungsgesetz. Lei do Transporte de Pessoas
PflSchG Pflanzenschutzgesetz. Lei de Proteção das Plantas
PolG Polizeigesetz. Lei de Polícia
PostG Postgesetz. Lei dos Correios
PrALR Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
PrOVGE Entscheidungen des preußischen Obergerverwaltungsgerichts. Decisões do Supremo Tribunal Administrativo Prussiano
RabelsZ Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA Recht der Arbeit
RdL Recht der Landwirtschaft
RfStV Rundfunkstaatsvertrag
RGBl. Reichsgesetzblatt

RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiA Recht im Amt (revista)
RIW Recht der internationalen Wirtschaft
RL Richtlinie. Diretiva
Rn. Randnummer. Número de margem
ROG Raumordnungsgesetz
RP Rheinland-pfälzisch
S. Seite. Página
s. siehe. Ver
Sa Saarländisch
SAARC Südasiatische Vereinigung für regionale Zusammenarbeit.
Associação Sul-Asiática de Cooperação Regional
saarl. saarländisch
Sächs Sächsisch(e)
SächsVBl. Sächsische Verwaltungsblätter (revista)
SADC Southern African Development Community
Sanh Sachsen-Anhalt
SchIH Schleswig-Holstein (schleswig-holsteinisch)
Schmidt, BT 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, v. 1, 1995
Schmidt, BT 2 Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, v. 2, 1996
Schmidt R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990
Schwbg Schwerbehindertengesetz
SGB Sozialgesetzbuch. Código Social
SigG Signaturgesetz (Gesetz zur digitalen Signatur)
SigVO Signaturverordnung (Verordnung zur digitalen Signatur)
Slg. Sammlung. Coleção
s.o. siehe oben. Ver acima. Ver supra
sog. so genannte(r). Chamado(a)
Sp. Spalte
Span Spanisch(e)
SprengstG Sprengstoffgesetz. Lei dos Explosivos
SRÜ Seerechtsübereinkommen. Convenção sobre o Direito do Mar
StabG Stabilitätsgesetz. Lei da Estabilidade

StAnz Staatsanzeiger

StGB Strafgesetzbuch. Código Penal

StGH Staatsgerichtshof

Stober, R., *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umwelt-Handbuchrechts*, 1989

Stober, Bearbeiter, in: Stober (ed.), *Lexikon des Rechts, Gewerberecht*, 1999

Stober, Quellen R. Stober, *Quellen zur Geschichte des Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 1986

Stober, Bearbeiter, in: Stober (ed.), *Rechtsschutz im Rechtsschutz Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, 1993

StrlSchV Strahlenschutzverordnung

StVG Straßenverkehrsgesetz

StVO Straßenverkehrsordnung

StVZO Straßenverkehrszulassungsordnung

s.u. siehe unten. Ver *infra*

SubvG Subventionsgesetz. Lei das Subvenções

SubVVO Subventionsverfahrensverordnung (VO des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EGV v. 22-3-1999)

TA Technische Anleitung

TAFTA Trans Atlantic Free Trade Agreement. Acordo de Livre Comércio Transatlântico

TDG Gesetz über die utilização von Telediensten (Teledienstegesetz)

TEHG Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz

Thür. Thüringen (thüringisch)

ThürVBI. Thüringische Verwaltungsblätter (revista)

TKG Telekommunikationsgesetz

TRIMS Agreement on Trade Related Investment Measures

TRIPS Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC)

TÜV Technischer Überwachungsverein

u.a. unter anderem. Entre outros

UAG Umwelt-Audit-Gesetz

UE União Europeia

UGB-KomE Umweltgesetzbuch, Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission, 1998

UHG Umwelthaftungsgesetz

UIG Umweltinformationsgesetz

UKlaG Unterlassungsklagengesetz

UMTS Universal Mobile Telecommunications System

Umweltbericht Umweltbericht 1990 des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Bundesanzeiger n. 145a,de 7-8-1990

UN United Nations. Nações Unidas

UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law. Comissão das Nações Unidas para a Lei Comercial Internacional

UNCTAD United Nations Conference on Trade and Development (**Welthandelskonferenz**). Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento

UPR Umwelt- und Planungsrecht

usw. und so weiter. Etc.

UVP Richtlinien zur Umweltverträglichkeitsprüfung

UVPG Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung

UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

V Verordnung (auch **VO**). Regulamento

v. vom, von. De

VAG Versicherungsaufsichtsgesetz

VBIBW Verwaltungsblätter Baden-Württemberg (revista)

VDI Verein Deutscher Ingenieure. Associação dos Engenheiros Alemães

Verf. Verfassung. Constituição

VerfGH Verfassungsgerichtshof. (Supremo) Tribunal Constitucional (no *Land*)

VerpackVO Verpackungsverordnung

VerwArch. Verwaltungsarchiv (revista)

VerwRspr. Verwaltungs jurisprudência. Jurisprudência Administrativa

VG Verwaltungsgericht. Tribunal Administrativo

VGH Verwaltungsgerichtshof. Supremo Tribunal Administrativo (no *Land*)

vgl. Vergleiche. Confrontar

VN Vereinte Nationen. Nações Unidas

VO Verordnung. Regulamento

VOB/A Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A

VOL/A Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen Teil A

Vorbem. Vorbemerkung. Nota prévia

VR Verwaltungsrundschau (revista)

VRS Verkehrsrechtssammlung

VVDStRL Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

VwGO Verwaltungsgerichtsordnung. Lei dos Tribunais Administrativos

VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz. Lei do Procedimento Administrativo

WHG Wasserhaushaltsgesetz

WHO World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation). Organização Mundial de Saúde

WIPO Weltorganisation für geistiges Eigentum. Organização Mundial de Propriedade Intelectual

WiR Wirtschaftsrecht. Direito econômico

WIRO Wirtschaft und Recht in Osteuropa (revista)

WiSt Wirtschaftswissenschaftliches Studium

WiVerw/WuV Wirtschaft und Verwaltung (revista)

Wolff/Bachof/Stober Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht* v. 1, 12. ed., 2006; v. 2, 7. ed., 2007

WphG Gesetz über den Wertpapierhandel

WRP Wettbewerb in Recht und Praxis (revista)

WRV Weimarer Reichsverfassung

WTO World Trade Organisation. Organização Mundial do Comércio

WuV Wirtschaft und Verwaltung (revista)

WuW Wirtschaft und Wettbewerb (revista)

WWSUV (Staats-)Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion entre der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18-5-1990 (GBl. DDR I, S. 323; BGBl. II, S. 537; Schönfelder II Nr. 1)

ZaöRV Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (revista)

z. B. zum Beispiel. Por exemplo

ZfB Zeitschrift für Betriebswirtschaft (revista)

ZfBR Zeitschrift für Baurecht (revista)

ZfK Zeitschrift für Kreditwesen (revista)

ZG Zeitschrift für Gesetzgebung (revista)

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (revista).

ZKW Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (revista).

ZLR Zeitschrift für Lebensmittelrecht (revista).

ZögU Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche (revista)

ZPO Zivilprozessordnung. Código de Processo Civil

ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik (revista)

z.T. zum Teil. Em parte

ZUM Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht

ZVglRWiss Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (revista)

Indicador Geral

Volume I - Direito administrativo econômico geral

A. FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

B. DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

Capítulo Primeiro Fundamentos jurídico-constitucionais de orientação econômica

Capítulo Segundo - Princípios jurídicos e estaduais relevantes do ponto de vista da Administração econômica

Capítulo Terceiro - Funções e competências constitucionais no direito administrativo econômico

Capítulo Quarto - O âmbito de aplicação do direito administrativo econômico interno e externo

Capítulo Quinto - Proteção jurídico-fundamental da atividade econômica privada

Capítulo Sexto - Proteção de direito constitucional econômico e limites da atividade econômica pública

C. FUNÇÕES E MEIOS DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

D. ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

E. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

F. ORGANIZAÇÃO E FINANCIAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

Índice

Abreviaturas

Prefácio à 15.ª edição

Nota do Tradutor

A. FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

§ 1. DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO NO ENSINO UNIVERSITÁRIO, NA CIÊNCIA E NA PRÁTICA

I. Para o significado do direito administrativo econômico para o
ensino universitário e para a fiscalização

1. Direito administrativo econômico para juristas e economistas

2. Para a revalorização do direito administrativo econômico pelos
acadêmicos

II. Para o significado do direito administrativo econômico para a
comunidade científica e para a prática

§ 2. ABORDAGEM METÓDICA E DELIMITAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

I. Para a problematização do direito administrativo econômico

1. Necessidade e significado do direito administrativo econômico

2. Autonomia, dependente do círculo jurídico, do direito
administrativo econômico

3. Para a ausência de contornos do direito administrativo
econômico

4. Conceitos e princípios de direito administrativo econômico

5. Autorresponsabilidade, corresponsabilidade e responsabilidade
do Estado no direito administrativo econômico

a. O papel do Estado e da comunidade de estados

b. Administração econômica no Estado hierarquizado,
cooperativo e subsidiário

c. Empresário e consumidor como sujeitos econômicos

- 6. Evolução do direito administrativo econômico
- 7. Direito administrativo econômico e economia
- 8. Direito privado da economia, direito penal da economia e direito administrativo da economia
- II. Direito administrativo econômico e direito ambiental
 - 1. Para a integração do direito econômico ambiental no direito administrativo econômico
 - 2. Círculo econômico como consequência
- III. Direito administrativo econômico e direito constitucional econômico
 - 1. Constituição econômica em sentido restrito e em sentido amplo
 - 2. Direito administrativo econômico como direito constitucional econômico concretizado
- IV. Estádio da codificação, sistematização e interpretação do direito administrativo econômico
 - 1. Para a codificação do direito administrativo econômico
 - 2. Para a sistematização do direito administrativo econômico
 - 3. Para a interpretação do direito administrativo econômico
- V. Estrutura e aspectos jurídicos gerais do direito administrativo econômico
 - 1. Direito administrativo econômico jurídico-material e jurídico-procedimental
 - 2. Direito administrativo econômico como dado prévio para o direito da economia, para o direito penal da economia e para o direito privado da economia
- VI. Direito administrativo econômico em sentido amplo e direito policial
 - 1. Direito administrativo econômico em sentido restrito e em sentido amplo
 - 2. Para a subsidiariedade do direito policial
- VII. Direito administrativo econômico internacional e estrangeiro

1. Para a internacionalização e a globalização da economia com divisão do trabalho
2. Para o papel limitado de regulação da administração econômica nacional
3. Conceito e significado do direito econômico internacional
4. Fontes jurídicas e efeito vinculativo do direito administrativo econômico internacional
5. Direito administrativo econômico europeu
6. Direito administrativo econômico estrangeiro e direito comparado

§ 3. CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Dimensão intradisciplinar e interdisciplinar

II. Áreas científicas da administração econômica

III. Política do direito administrativo econômico

1. Objeto e significado da política do direito administrativo econômico

2. Desregulação, privatização e desburocratização como funções da política do direito administrativo econômico

IV. Política da administração econômica

§ 4. SISTEMAS ECONÔMICOS COMO DECISÃO PRÉVIA DAS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS ESTADUAIS

I. Sistemas econômicos como problema fundamental do direito constitucional econômico

II. Economia de circulação/economia de mercado

1. O conceito de economia de circulação

2. Fraquezas da economia de circulação

III. Economia de administração central/economia planificada

1. O conceito de economia de administração central

2. Fraquezas da economia de administração central

IV. Sistemas econômicos entre mercado e plano

1. *Mixed Economy* como forma de manifestação real

2. Economia social de mercado

- a. Componentes individuais
- b. Componentes sociais e globais

3. Economia ecológico-social de mercado

- a. A componente ecológica
- b. Para a imputação de efeitos externos ao causador
- c. Princípios ambientais da economia de mercado e sua generalização de direito administrativo econômico
- d. Economia social de mercado e recusa do Estado

4. Economia de mercado de orientação global

B. DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

Capítulo Primeiro Fundamentos jurídico-constitucionais de orientação econômica

§ 5. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DA LEI FUNDAMENTAL, DO TRATADO DA CE E DO DIREITO ECONÔMICO MUNDIAL

I. A Constituição econômica da Alemanha

- 1. Constituição econômica da Alemanha e globalização da economia
- 2. A controvérsia em torno da Constituição econômica
- 3. Para a abertura da Constituição econômica alemã
 - a. Base jurídico-constitucional
 - b. Discussão jurídico-constitucional
 - c. Interpretação sistemático-constitucional
 - d. Dimensão histórico-constitucional
- 4. Política da Constituição econômica e reunificação
- 5. Liberdade de conformação do Estado e responsabilidade pela economia

II. A Constituição econômica do mercado interno

- 1. Constituição econômica da Lei Fundamental e do direito comunitário

2. Estruturas da Constituição econômica da CE

3. Princípio da economia de mercado aberta

III. A Constituição econômica da economia mundial

1. Situação do direito internacional público da economia

2. Princípio do reconhecimento como princípio substitutivo de direito internacional público da economia

Capítulo Segundo Princípios jurídicos e estaduais relevantes do ponto de vista da Administração econômica

Pré-§ 6. SOBRE O SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E ESTADUAIS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

§ 6. PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL

I. Elementos econômicos do Estado social

1. A decisão constitucional a favor do Estado social

2. Declarações sociais economicamente relevantes e seus limites

II. Significado e destinatários

1. O Estado social como função estadual e mandato de conformação

2. Destinatários e direitos subjetivos

III. Princípio social, princípio da solidariedade e CE

IV. Princípio social e direito econômico mundial

§ 7. PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

I. A legalidade da Administração econômica

1. Significado do princípio do Estado de direito no direito administrativo econômico

2. A reserva de lei no direito administrativo econômico

a. Para a aplicação da reserva de ingerência e da reserva total do ponto de vista dos direitos fundamentais

aa. Reserva de lei e Administração de ingerência

bb. Para a problemática da reserva de lei na Administração de prestação

cc. Para a prática jurisprudencial do direito das subvenções e sua crítica

dd. A lei do orçamento como fundamento suficiente de autorização

ee. Reserva de lei e devolução de subvenções

b. Para a delegação de direito administrativo econômico do poder do Estado

II. Aferição e previsibilidade da atuação econômico-administrativa do Estado

1. Segurança jurídica como condição geral da economia

2. Proteção da expectativa econômica para o futuro

3. Proteção da expectativa econômica para o passado

a. Efeito retroativo próprio e impróprio

b. Legitimidade do efeito retroativo e proteção da expectativa

III. Determinação das leis e dos atos de execução econômico-administrativos

1. Para o significado do princípio da determinação

2. Determinação no direito penal econômico e no direito contraordenacional econômico

3. Determinação das normas de direito administrativo econômico

4. Determinação dos atos de execução de direito administrativo econômico

IV. Para a proporcionalidade das medidas econômico-administrativas

1. Proporcionalidade como limite geral de toda a atividade estadual

2. Para a adequação das medidas de direito administrativo econômico

3. Para a indispensabilidade das medidas de direito administrativo econômico

4. Para a aceitabilidade das medidas de direito administrativo econômico

V. Proteção jurídica contra as medidas do direito administrativo econômico

VI. Princípio do Estado de Direito e Comunidade Europeia

VII. Princípio do Estado de Direito e direito da economia mundial

§ 8. PRINCÍPIO DO ESTADO FEDERAL E PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO AUTÔNOMA

I. Administração econômica como função da Federação, dos Estados federados e da cooperação

1. Significado e dimensões de direito administrativo econômico do Estado federal

2. O papel dominante da Federação na administração econômica

3. Administração econômica como função dos Estados federados e da cooperação

II. Administração econômica como função da Administração autônoma

1. Administração econômica como função autárquica

a. Para o significado de direito administrativo econômico das autarquias

b. Prossecução de funções de forma desconcentrada e descentralizada

2. Administração econômica como função das câmaras

§ 9. PRINCÍPIO DA UNIÃO ECONÔMICA

I. A união econômica como manifestação do fim estadual de união de Estados

II. Para o fundamento jurídico do direito comunitário

III. Para os efeitos vinculativo e de primado do direito comunitário

1. Direito administrativo econômico como direito comunitário concretizado

2. Princípio da harmonização e princípio da coordenação

3. Princípio do reconhecimento como motor do mercado interno

IV. Liberdades de circulação como liberdades de mercado e de concorrência

1. Proteção da circulação econômica para além das fronteiras

2. Normas de reserva e normas de exceção

V. Livre circulação de mercadorias

1. Proibição de onerações financeiras

2. Proibição de limitações quantitativas e de medidas de efeito equivalente

3. Eliminação de impedimentos de carácter técnico ao comércio

4. Limitações à circulação de mercadorias por razões de bem comum

a. Limitações dos Estados-membros

b. Limitações de direito comunitário

VI. Livre circulação na prestação de serviços

1. Âmbito de aplicação e garantia da liberdade de prestação de serviços

2. Limitações da liberdade de prestação de serviços

3. O conceito da Comissão para a execução da prestação de serviços no mercado interno

VII. Liberdade de estabelecimento

1. Âmbito de aplicação

2. Limitações à liberdade de estabelecimento

3. Diretivas de reconhecimento

VIII. Liberdade de circulação de trabalhadores

IX. Livre circulação de capitais e liberdade de pagamentos

§ 10. EQUILÍBRIO ECONÔMICO GLOBAL, UNIÃO MONETÁRIA E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

I. Equilíbrio econômico global como fim do Estado

II. Equilíbrio econômico global como fim da comunidade

III. A União Europeia como união monetária

IV. Princípio da eficiência econômica

§ 11. PRINCÍPIO DO ESTADO AMBIENTAL

I. Proteção ambiental na Lei Fundamental e no direito constitucional dos Estados federados

II. Destinatários e configuração do princípio da proteção ambiental

III. Proteção ambiental e Comunidade Europeia

IV. Proteção ambiental e direito econômico mundial

§ 12. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

I. Princípio da subsidiariedade e Lei Fundamental

1. Significado do princípio da subsidiariedade

2. Situação constitucional e prática legislativa do princípio da subsidiariedade

II. Princípio da subsidiariedade e UE

Capítulo Terceiro Funções e competências constitucionais no direito administrativo econômico

§ 13. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS DO GOVERNO E DO CONSELHO RELEVANTES DO PONTO DE VISTA DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Competências do Governo federal e do Ministro federal relevantes do ponto de vista da administração econômica

1. O governo federal como titular da política econômica

2. Competências normativas e tutelares do governo federal

3. Função de informação e de publicidade do governo federal

II. Competências dos governos dos Estados federados relevantes do ponto de vista da administração econômica

III. Competências do conselho relevantes do ponto de vista da administração econômica

IV. Competências da administração relevantes do ponto de vista da administração econômica

1. Competências administrativas da República Federal da Alemanha

a. Presunção de competência a favor dos Estados federados

b. Execução pela Federação de Direito comunitário

2. Administração própria da Comunidade

§ 14. BANCO FEDERAL E BANCO CENTRAL EUROPEU

I. Posição de direito constitucional econômico do Banco Federal

1. O Banco Federal como banco de emissão de moedas e notas

2. Para a independência do Banco Federal

3. O art. 88.º da Lei Fundamental como fundamento jurídico da transferência de poderes de soberania

II. O Banco Central Europeu como guardião da moeda comunitária

III. Posição jurídica e poderes do BCE

IV. Fundo Monetário Internacional

§ 15. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISDICIONAIS RELEVANTES DO PONTO DE VISTA DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Competências legislativas

1. Competências legislativas nacionais

a. Competências legislativas concorrentes no domínio da economia

b. Outras competências legislativas economicamente relevantes

c. Competências não escritas e competências de prestação de dinheiro

d. Para a limitação e a fiscalização da legislação federal no interesse dos Estados federados

2. Competências legislativas dos estados federados

3. Competência para emitir regulamentos jurídicos externos e regulamentos autônomos

a. Competência para emitir regulamentos jurídicos externos

b. Competência para emitir regulamentos autônomos

4. Competência normativa da Comunidade Europeia

5. Competência normativa e regulamentos internos da administração

6. Competência normativa no âmbito da Convenção AGCT/OMC

7. Legislação e desregulação através de revogação de diplomas

II. Competências jurisdicionais

Capítulo Quarto O âmbito de aplicação do direito administrativo econômico interno e externo

§ 16. ÂMBITO TERRITORIAL DE APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO EXTERNO

I. Zona econômica como manifestação do princípio da territorialidade

II. Território do Estado e território da economia

1. Formas de manifestação e de regulação dos territórios econômicos

2. Delimitação do território natural da economia pela zona de soberania

a. O território econômico segundo a zona de soberania I

b. O território econômico segundo a zona de soberania II

c. Atividades econômicas na zona III

d. Atividades econômicas no espaço aéreo

3. Zonas livres e entrepostos francos como espaço econômico acordado

III. Direito constitucional econômico externo

1. As relações econômicas com territórios econômicos estrangeiros

2. Liberdades de circulação e seus princípios

3. União aduaneira e zona de livre comércio como modelo intermédio

IV. Território comunitário, mercado interno e espaço econômico europeu

1. O espaço sem fronteiras internas

2. Direito econômico externo da CE

- 3. Espaço econômico europeu
- 4. Acordos-Europa e acordos de parceria
- V. Tendência para a regionalização da economia mundial
- VI. Regime jurídico geral para a utilização da zona marítima
- VII. A Convenção AGTC/OMC
 - 1. O AGCT/OMC como sistema de comércio multilateral
 - 2. Para o desenvolvimento político-jurídico do direito da OMC
 - 3. Os princípios-AGTC/OMC
 - 4. Acordos gerais e plurilaterais
- VIII. Direito administrativo econômico externo
 - 1. Significado do direito administrativo econômico externo
 - 2. Fundamentos jurídicos do direito administrativo econômico externo
 - 3. Fins do direito administrativo econômico externo
 - a. Liberdade econômica externa
 - b. Responsabilidade de todo o Estado pela economia externa
 - 4. Competências no direito administrativo econômico externo
 - 5. Reserva de licenciamento e proibições
 - a. Reserva de licenciamento e procedimento de licenciamento
 - b. Limitações gerais e especiais
 - 6. Regras de exercício
 - 7. Aplicação de sanções por violação

Capítulo Quinto Proteção jurídico-fundamental da atividade econômica privada

§ 17. SIGNIFICADO ECONÔMICO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- I. O *status oeconomicus* como expressão da ordem jurídica orientada pela economia de mercado
- II. Para a relevância econômica dos direitos fundamentais

III. Para a relevância econômica de declarações jurídico-fundamentais gerais

1. Conteúdo jurídico-subjetivo econômico dos direitos fundamentais

- a. Aplicação dos direitos fundamentais econômicos às pessoas coletivas e às sociedades de pessoas
- b. Direitos fundamentais econômicos como direitos de defesa contra o Estado
- c. Vinculação aos direitos fundamentais da Administração Pública quando atua segundo o direito privado
- d. Efeito para terceiros dos direitos fundamentais
- e. Outras manifestações jurídico-fundamentais dos direitos subjetivos e dos direitos da economia

2. Conteúdo econômico jurídico-objetivo dos direitos fundamentais

IV. Direitos fundamentais econômicos e direito comunitário

V. Direitos fundamentais econômicos e direito internacional econômico

§ 18. LIBERDADE DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE

I. Liberdade de desenvolvimento econômico (art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental)

1. O art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental entre direito de liberdade econômica e direito fundamental de recepção
2. Formas gerais de manifestação da liberdade de desenvolvimento econômico
3. Para a problemática do direito à liberdade de se tornar membro
 - a. Obrigatoriedade de se tornar membro e alargamento do círculo jurídico
 - b. Obrigatoriedade de se tornar membro e direito fundamental aplicável

c. Obrigatoriedade de se tornar membro e prossecução de funções públicas

4. Os limites da liberdade de ação econômica

II. Liberdade de profissão para os estrangeiros

1. Liberdade de profissão para os cidadãos oriundos dos Estados-membros da CE e do Espaço Económico Europeu

2. Limitações profissionais do direito dos estrangeiros

III. A proteção da vida e da saúde no direito administrativo econômico (art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental)

§ 19. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO ECONÓMICA E LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO ECONÓMICA (ART. 5.º, N. 1, DA LEI FUNDAMENTAL)

I. Proteção jurídico-fundamental nacional da informação econômica e da comunicação econômica

1. Para o significado de direito administrativo econômico da liberdade de manifestação da opinião

2. Para o significado de direito administrativo econômico da liberdade de informação

3. Liberdade dos meios de comunicação

a. Direito fundamental unitário dos meios de comunicação de massa

b. Conduta protegida

c. Liberdade de informação e atribuição de subsídios

II. Proteção jurídico-comunitária e jurídico-fundamental da informação econômica e da comunicação econômica

III. Proteção econômica mundial pelos direitos fundamentais de informação econômica e de comunicação econômica

§ 20. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO ECONÓMICA (Art. 9.º, N. 1, DA LEI FUNDAMENTAL)

I. Conceito de sociedade e de associação

II. Âmbito de proteção

III. Dever legal de proteção

§ 21. LIBERDADE DE PROFISSÃO E PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS COMERCIAIS (ART. 12.º, N. 1, E ART. 13.º DA LEI FUNDAMENTAL)

I. Âmbito de proteção pessoal da liberdade de profissão na Alemanha e na União Europeia

II. Âmbito material de proteção da liberdade de profissão

1. Profissão como conceito da Constituição

2. Formas de manifestação da atividade profissional

3. Inexistência de um direito ao trabalho

4. Proteção das empresas pelo Estado e obrigações de prestar informação

5. Liberdade de profissão e concorrência

III. Limitações à liberdade de profissão

1. Reserva de lei

2. Liberdade de profissão como direito fundamental unitário

3. Escolha e exercício da profissão

4. Limitações profissionais segundo a teoria dos três níveis

5. Os diferentes níveis

6. Limitações de profissão e princípio da proporcionalidade

7. Monopólios estaduais e municipais de profissões

8. Limitações profissionais de ordem material

9. Limitações de direito comunitário

IV. Proteção econômica mundial da liberdade de profissão

V. Liberdade de profissão e proteção dos espaços de comércio

1. Proteção do espaço comercial como dimensão espacial da liberdade de profissão

2. Âmbito de proteção material e limites

§ 22. LIBERDADE DE PROPRIEDADE E SOCIALIZAÇÃO

I. Conceito e significado de propriedade

1. Âmbito de aplicação material e pessoal

2. O art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental como proteção do que é adquirido profissionalmente

3. Para o conceito de propriedade

II. Formas de manifestação da propriedade económica

1. Posições jurídico-privadas da propriedade

a. Liberdade de construção e proteção do património para as construções económicas

b. Valores patrimoniais dos direitos económicos

c. A exploração produtiva edificada e exercida

d. Utilização especial de vizinhança e instalações publicitárias

2. Posições jurídico-públicas da propriedade

a. Propriedade baseada na prestação de serviços ou no emprego de capital

b. Para a proteção da propriedade das subvenções

3. Dever de pagamento de taxa e proteção da propriedade

III. Alcance e limites da propriedade

1. Vinculação social clássica

2. Obrigações ecológicas, democráticas, informacionais e culturais

3. Vinculação ao conteúdo e expropriação

IV. Proteção da propriedade e socialização

V. Proteção da propriedade pelo direito comunitário

VI. Proteção geral da propriedade

§ 23. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO ECONÓMICO E PROIBIÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO

I. Significado e âmbito de aplicação

1. Postulado jurídico-constitucional do tratamento igualitário

2. Proibição jurídico-comunitária de discriminação

3. Proibições de discriminação nos tratados económicos

II. PRINCÍPIOS ESPECIAIS DE IGUALDADE

1. Tratamento igualitário entre homens e mulheres

2. Proibições de discriminação absolutas

III. PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM GERAL

1. A abordagem do princípio da igualdade em geral

2. Princípio da igualdade e legislador

3. Princípio da igualdade e Administração

Capítulo Sexto - Proteção de direito constitucional econômico e limites da atividade econômica pública

§ 24. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO SUJEITO ECONÔMICO E SUJEITO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Atividade econômica pública através de empresas públicas e de agrupamentos de empresas

II. Formas de manifestação da atividade econômica pública

III. Para a legitimação e para os limites da atividade econômica pública de assistência existencial

1. Primado da capacidade de funcionamento das empresas públicas

2. O domínio de competência jurídico-constitucional como limite da assistência existencial por empresas públicas

3. Para a combinação da assistência existencial com a atividade empresarial

IV. Para a legitimação e para os limites da criação de necessidades públicas

1. Dimensões e significado das concessões públicas

a. Dimensões da atribuição de concessões

b. Significado do mercado interno

c. Significado econômico mundial

2. Fundamentos jurídicos das concessões públicas

a. O Tratado GPA como fundamento de concessão econômico-mundial

b. Fundamentos da concessão de direito comunitário

c. Fundamentos da concessão nacional

aa. Da concepção jurídico-orçamental à concepção jurídico-subjetiva

bb. Da concepção orientada ao Estado à concepção infraestrutural

3. Âmbito de aplicação

a. O autor da concessão como destinatário da obrigação

b. A concessão pública e o valor-limite

c. Exceções ao âmbito de aplicação

V. Atividade puramente empresarial e direito constitucional econômico

1. Normas AGCT/OMC e direito comunitário

2. Declarações da Lei Fundamental e das Constituições dos Estados federados

3. Para a atividade lucrativa dos Municípios

4. Atividade industrial e direitos fundamentais econômicos

5. A atividade empresarial no Estado financeiro e no Estado fiscal

C. FUNÇÕES E MEIOS DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 25. PARA O SIGNIFICADO E A SISTEMATIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Funções da Administração econômica como concretização de direito comunitário e de direito constitucional

II. Normas de funções e normas de competência

III. Funções gerais e especiais da Administração econômica

§ 26. INFRAESTRUTURA ECONÔMICA

I. Infraestrutura econômica da responsabilidade comunitária e da responsabilidade do Estado

II. Infraestrutura econômica como responsabilidade de garantia e de regulação

III. Para a exigência de condições jurídicas gerais próximas da economia

§ 27. INFORMAÇÕES ECONÔMICAS

I. Informação econômica como pedra angular da Administração econômica

II. Informação econômica como função comunitária e estadual

III. Autorresponsabilidade de informação econômica

1. Direitos de informação e obrigações de informar

2. Sistema de informação de economia de mercado e administração autônoma

§ 28. PLANIFICAÇÃO ECONÔMICA

I. Função comunitária e estadual de planificação econômica

II. Formas de manifestação da planificação econômica

§ 29. FISCALIZAÇÃO ECONÔMICA

I. Fiscalização econômica como função de prevenção do perigo, de eliminação do risco e de regulação

1. Significado e objeto da fiscalização econômica

2. Fiscalização de garantia e fiscalização de regulação

3. Fundamentos jurídicos da fiscalização econômica

4. Fiscalização econômica e controle da economia

5. Prevenção do perigo, assistência ao perigo e vigilância do perigo

a. Domínio do perigo no Estado de prevenção

b. Prevenção do perigo e gestão do risco

Ii. Bens de proteção da fiscalização econômica

1. Os diferentes tipos de proteção de bens jurídicos

2. Em especial o direito de proteção do consumidor

III. Instrumentos da fiscalização econômica

1. Fiscalização do ingresso

2. Fiscalização do exercício

3. Controle do termo da atividade

4. Punição da violação de obrigações

IV. Fiscalização econômica do Estado e autorresponsabilidade empresarial

1. Fiscalização econômica e princípio da cooperação

2. Realização de funções de fiscalização econômica através de terceiros

a. Chamamento de particular e privatização de funções

b. Certificação e declaração ambiental

c. Para a normalização-DIN da prestação de serviços

3. Autofiscalização e autolimitação empresarial

a. Autofiscalização como fator de concorrência, de *marketing* e ambiental

b. Autocertificação

c. Acordos de autolimitação

4. Soluções de preços e de quantidades

V. Internacionalização da fiscalização econômica

§ 30. DIREÇÃO DA ECONOMIA

I. Função de direção da economia da comunidade europeia e dos Estados

II. Para a tipificação das medidas de direção

§ 31. FOMENTO DA ECONOMIA

I. Funções comunitárias e funções estaduais de fomento da economia

1. Fomento da economia como Administração de prestação e de poupança

2. Fomento da economia como direito administrativo do risco

II. Fundamentos jurídicos da função de fomento da economia

1. O fomento da economia pela Federação e pelos Estados federados

2. Fomento da economia e controle das ajudas pela União Europeia

a. Fim e primado do direito comunitário das ajudas

- b. Conceito de ajuda e normas de ajuda
- c. Pressupostos da atribuição de ajudas e efeitos jurídicos
- d. Proibição de ajudas e procedimento de ajudas
- e. Ajudas legítimas, nos termos do art. 87.º, n. 1 e 2, do Tratado da CE

III. A dimensão político-ordenacional e de princípio econômico do fomento da economia

IV. Para a tipificação das medidas de fomento

V. Fomento econômico de prestação

- 1. Fomento da economia através da realização de prestações
- 2. Fomento da economia através de redução dos encargos

VI. Fomento da economia com efeito sobre a conduta

VII. Criminalidade no fomento econômico

VIII. Regras de subvenção de economia mundial

- 1. Regime de subvenção e conceito de subvenção
- 2. Controle das subvenções

D. ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 32. ATUAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Princípio da liberdade de escolha e delimitação

II. Relações de dois níveis e relações mistas de direito administrativo econômico

§ 33. VINCULAÇÃO E LIBERDADE DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Vinculações na atuação de direito privado

- 1. Vinculações na atuação de direito privado da Administração e na concessão de funções
- 2. Vinculações na atividade econômica da Administração Pública
 - a. Vinculações de direito municipal
 - b. Vinculações de direito da concorrência

II. Vinculações e espaços de liberdade na atuação de direito público

1. Conceitos jurídicos indeterminados e margem de apreciação

2. Direitos jurídico-materiais e jurídico-procedimentais dos sujeitos econômicos

3. Discricionariedade da Administração econômica

4. Obrigações dos sujeitos econômicos

§ 34. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. O ato administrativo econômico no sistema das formas de atuação

II. Conceito e sistematização dos atos da administração econômica

1. Características do ato administrativo

2. Ato administrativo e direito comunitário

3. Para a prática dos atos de administração econômica

III. Licenças de direito administrativo econômico

1. Licenças de caráter real e pessoal

2. Procedimento administrativo

a. Procedimento administrativo geral

b. Procedimento administrativo de risco e de concessão como procedimento administrativo especial

c. Princípios de procedimento

3. Legalidade dos atos de administração econômica

a. Legalidade formal

aa. Competência

bb. Normas de procedimento e de colaboração

cc. Normas sobre a forma (§ 37.º, n. 2, do VwVfG, § 3.º do GastG, § 3.º, n. 3a, do GüKG, § 10.º, n. 7, do BImSchG) e normas sobre o conteúdo (§ 17.º do PBefG, § 21.º, n. 9, da BImSchVO).

dd. Determinação do conteúdo (§ 37.º, n. 1, do VwVfG).

ee. Fundamentação (§ 39.º do VwVfG, § 15.º do PBefG, § 73.º, n. 3, da VwGO).

ff. Observância dos prazos (§ 54.º, n. 3, do LFGB).

gg. Publicação e meios de impugnação (§§ 41.º, 43.º do VwVfG, § 15.º do PbefG, § 10.º, n. 7, do BimSchG, § 73.º, n. 3, da VwGO).

b. Legalidade material

aa. Fundamento jurídico:

bb. Destinatário certo e possibilidade de atuação material e jurídica (§ 5.º, n. 1, segmento 4, do BImSchG).

cc. Conformidade com o direito constitucional material, com a proporcionalidade (ver *supra* § 7.º IV), respeito pela autovinculação, conformidade **com os direitos fundamentais** (ver *supra* §§ 19.º e s.).

dd. Conformidade com o direito comunitário material (ver *supra* § 2 IV 3).

4. Procedimento formal e por etapas

5. Práxis de licenciamento e exigências da economia

6. Aceleração do procedimento e privatização do procedimento

7. Potencial de aceleração do procedimento

8. Cláusulas acessórias

9. Normas fundamentais de uma efetiva gestão de licença

IV. Anulação e extinção de atos da Administração econômica

§ 35. PROMESSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO E MERA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Promessas

II. Mera atuação da Administração econômica

§ 36. CONTRATOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

I. Atuação de Administração econômica cooperativa e consensual

II. Contratos de direito administrativo econômico de subordinação e de coordenação

III. Legalidade da atuação contratual econômica

§ 37. CONCESSÃO DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

I. Atribuição de funções públicas como atuação da Administração econômica

II. Procedimento de concessão

1. Concurso público como princípio

2. Critérios de concessão

3. Para a legitimidade de concessão para outros fins

4. Controle preventivo e controle *a posteriori*

a. Acima do valor de base

b. Abaixo do valor de base

III. Fraude no concurso público e suborno no concurso de concessão

E. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 38. CONTROLE ADMINISTRATIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

I. Controles interno e informal

1. Conceito de controle e motivos de controle

2. Controle interno da Administração

3. Controle informal

II. Procedimento de controle formal

1. Significado e delimitação

2. Diferentes procedimentos de controle formal

a. Procedimento de impugnação

b. Procedimento de “queixa”

c. Procedimento de recurso “contradito”

3. Lista de controle — pressupostos de legitimidade

F. ORGANIZAÇÃO E FINANCIAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 39. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA ESTADUAL, JURÍDICO-COMUNITÁRIA E INTERNACIONAL

I. Diversidade de titulares e de autoridades

II. Autoridades federais e autoridades estaduais

III. A Agência de Rede Federal como autoridade reguladora

IV. Empresas públicas

V. Corporações e “estabelecimentos”

VI. Organização da Administração econômica e Comunidade Europeia

VII. Organizações internacionais de Administração econômica

VIII. Presença de organizações de Administração econômica no estrangeiro

§ 40. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA PELO CONCURSO DE PARTICULARES

I. Concessão

II. Auxiliares da Administração e outros particulares

1. Auxiliares da Administração e chamamento

2. Mandatários e acreditados

§ 41. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA ORGANIZADA SEGUNDO O DIREITO PRIVADO E PRIVATIZAÇÃO

I. Privatização formal

II. Privatização material

§ 42. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA MUNICIPAL

§ 43. ADMINISTRAÇÃO AUTÔNOMA DA ECONOMIA

I. Conceito de Administração autônoma e ideia de Administração autônoma

1. As câmaras como Administrações autônomas funcionais

2. Para a internacionalização da ideia de Administração autônoma

II. Delimitação relativamente a formas equivalentes de manifestação

III. Raio de ação e âmbito de funções

IV. Fim da Administração autônoma e obrigatoriedade de ser membro

1. Razões da Administração autônoma
2. O mandato político-empresarial especial
3. Obrigatoriedade de se tornar membro para prestar serviços no mercado interno

V. Formas de organização da Administração autônoma da economia

1. Estatuto da corporação como tipo-base
 - a. Os diferentes poderes de autoridade
 - b. Para o ônus de contribuição dos membros
 - c. Órgãos de câmara e eleições na câmara
 - d. Câmaras de comércio externo
2. Formas de organização das manufaturas
3. Reforma do regime de manufatura e qualidade de membro da câmara de artífices
4. Organização das câmaras agrícolas
5. Formas de organização e cooperação de direito privado
6. Organizações de topo da Administração econômica autônoma

VI. Participação de associações econômicas na Administração da economia

§ 44. FINANCIAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

- I. Financiamento no Estado fiscal
- II. Financiamento pelos utilizadores

Prefácio à 15.^a edição

O direito administrativo econômico geral é um domínio especialmente dinâmico do direito. Ele tem de compreender os novos desafios político-econômicos e as necessidades práticas da economia atual, o atual estágio dos reconhecimentos científicos e a mais recente evolução do direito econômico. Este campo de tensão também é característico desta edição revista. Ela concentra-se no direito administrativo econômico em geral, enquanto o volume II¹ é dedicado às formas de manifestação do direito administrativo econômico em especial. Os dois volumes estão sintonizados pelo texto não comentado, que se publica na editora NWB, Stober (ed.), *Wichtige Wirtschaftsverwaltungs- und GewerbeGesetze*, 18. ed., 2006.

Uma apresentação na internet complementa a exposição do livro, respectivamente sob o item “serviço de apoio”. Aqui são referidas, no site da internet www.Wirtschaftsverwaltungs.de, especialmente perguntas de revisão com indicações de solução e exercícios. O “serviço de apoio” contém também indicações bibliográficas no § 1.

Diversos(as) colaboradores(as) prepararam e acompanharam o livro, traduzido em quatro línguas, até à sua impressão. Em primeiro lugar, desejo agradecer a Angelika Ohm pelo extenso trabalho de digitação. Anneli Uibokand foi responsável pela orientação redatorial, pela coordenação e pela ligação e apresentação na internet.

Congratulamo-nos com os comentários que queiram dirigir ao seguinte *e-mail*: anneli.uibokand@mba.uni-hamburg.de.

Hamburgo, maio de 2006.

Rolf Stober

¹ A Editora Saraiva apresenta aos leitores a tradução do volume I.

Nota do tradutor

O trabalho que agora se apresenta ao público de expressão portuguesa é, sem margem para dúvidas, uma das obras mais importantes que na Europa se publicaram nos últimos anos sobre a matéria “direito administrativo econômico geral”. Trata-se da 15.^a edição da obra mais divulgada na Alemanha sobre o tema, da autoria do prestigiado professor da Universidade de Hamburgo, Rolf Stober. Foi a grande qualidade desta obra, aliada à importância e atualidade das matérias nela tratadas, que estiveram na origem da decisão da sua tradução para o português. Estamos convictos de que ela constituirá um contributo muito importante para o desenvolvimento do direito administrativo econômico geral no Brasil. Tivemos a preocupação de manter níveis elevados de clareza e transparência do texto original. Sempre que foi necessário, privilegiamos o sentido em detrimento da forma. A nossa preocupação centrou-se fundamentalmente numa ideia de fidelidade em termos de conteúdo da mensagem, levando em consideração as expectativas do leitor brasileiro, especialmente do leitor jurista. De quem ler o texto também se espera um esforço para compreender uma mensagem que foi originariamente escrita numa base jurídico-cultural diversa e que se dirigiu a outro público. Não obstante estes aspectos culturais que subjazem, em princípio, a qualquer tradução, cremos que a versão conseguida é de fácil acesso ao leitor de expressão portuguesa.

Porto, 26 de março de 2012.

António Francisco de Sousa

A. FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

§ 1. DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO NO ENSINO UNIVERSITÁRIO, NA CIÊNCIA E NA PRÁTICA

I. Para o significado do direito administrativo econômico para o ensino universitário e para a fiscalização

1. Direito administrativo econômico para juristas e economistas

Como matéria jurídica, o direito administrativo econômico é igualmente relevante para juristas, economistas e gestores econômicos. As ordens **educativa, formativa e de controle** fazem a distinção tanto entre disciplinas obrigatórias e domínios fulcrais como entre áreas obrigatórias e áreas facultativas, que são objeto de realização de exames. O direito administrativo econômico só **tem caráter de disciplina obrigatória** nos ordenamentos de formação jurídica dos Estados federados de Hamburgo e do Sarre¹. O acolhimento de conteúdos jurídico-econômicos nos cursos superiores de economia funda-se no argumento de que o direito econômico estabelece o quadro da atuação empresarial, para além da Legislação, da Administração e da Jurisprudência².

O direito administrativo econômico, como **área nuclear** no curso de direito e como **disciplina de opção** no curso de economia³, está configurado, na maioria dos casos, como parte de um domínio nuclear (que compreende o direito de planificação, o direito ambiental, o direito de regulação, o direito de infraestruturas ou o direito dos *media*)⁴ ou de um grupo de opção. Os domínios nucleares do direito destinam-se a complementar e a aprofundar o curso superior, bem como a transmitir conteúdos de caráter interdisciplinar e internacional. O conhecimento destes conteúdos é controlado através de exames nas Faculdades de Direito (§ 5.º e § 5.ª do DRiG)⁵.

2. Para a revalorização do direito administrativo econômico pelos acadêmicos

A localização no domínio nuclear e optativo que o significado jurídico e econômico do direito administrativo econômico ocupa nas universidades alemãs continua a ser, como tradicionalmente, pouco apreciada⁶. Em oposição aos economistas, as inter-relações entre direito e economia não desempenham, na atual formação de juristas, um papel de base. Com razão, lamenta-se o fato de a importância fundamental de um direito econômico eficaz para o desenvolvimento da economia não estar prevista no *curriculum* dos juristas⁷. É certo que a Associação Alemã de Advogados exigiu, por ocasião da 58.^a Conferência de Juristas Alemães (*Deutsche Juristentag*), que os princípios do direito administrativo econômico passem a integrar as disciplinas nucleares do curso de direito⁸. E segundo o plano-modelo de curso do chamado “Manifesto de *Ladenburg*”, o direito administrativo econômico deve ter, no curso de direito, a categoria de disciplina obrigatória⁹. Diferentemente, o direito administrativo econômico não faz parte das propostas da Reunião de Cúpula das Faculdades de Direito (*Juristische Fakultätentage*) para a reordenação do curso de direito no domínio das disciplinas obrigatórias de direito público¹⁰.

Uma alternativa digna de registro à clássica e futura formação dos juristas é apresentada nas recomendações do conselho científico e saudada pela economia¹¹, contra a oposição enérgica, entre outros, da Reunião de Cúpula das Faculdades de Direito¹², em numerosas escolas politécnicas, nos criados **planos de estudo de direito econômico de base** ou, de forma combinada, “**economia empresarial, matéria nuclear direito econômico**”, com a conclusão de “Diploma de Jurista-Econômico FH”, “Diploma de Direito Econômico-Empresarial FH”, “Diploma de Economista-Jurista FH” e “Diploma de Economista Jurídico FH”¹³. Esta especialidade, que também compreende o direito administrativo econômico, constitui uma contrapartida tardia à eficácia do plano de curso de engenheiro econômico, que de igual modo congrega duas disciplinas. Estas e outras “ofertas de nicho” abrem a

oportunidade de aquisição de qualificações interdisciplinares que proporcionam competência para a resolução de problemas que se situam na linha de fronteira entre a economia e o direito, entre a empresa e a Administração Pública¹⁴.

Grande relevância é recentemente atribuída ao direito administrativo econômico também no âmbito dos estudos pós-graduados¹⁵. Algumas universidades também desenvolveram formações de *Bachelor* e de **mestrado** interdisciplinares **com o direito econômico**¹⁶. Mais recentemente, ganha relevância o **caráter internacional** dos cursos superiores que são oferecidos. Isto é reforçado com a cooperação com escolas superiores nacionais e estrangeiras, em que se prevê uma permanência integrada de estudo na escola de parceria que, para além da obtenção de conhecimentos linguísticos, também visa a obtenção de um grau estrangeiro ou uma dupla graduação.

II. Para o significado do direito administrativo econômico para a comunidade científica e para a prática

Independentemente da referida valoração acadêmica, na **investigação** o direito administrativo econômico é, inversamente, tratado como parente pobre¹⁷. O interesse da comunidade científica do direito limita-se, por um lado, a determinados setores ou ramos concretos, como, por exemplo, o direito econômico dos meios de comunicação e o direito das subvenções. Por outro lado, devemos observar que o direito administrativo econômico sai cada vez mais da sua existência científica sombria e adquire reputação. Assim, nos tempos mais recentes surgiram algumas dissertações de doutorado sobre esta temática e diversos congressos científicos ocuparam-se de questões fundamentais de direito administrativo econômico (jornadas de direito econômico de Hamburgo¹⁸, debates de Speyer sobre o direito econômico público, jornadas de direito econômico externo da Universidade de Münster, jornadas de direito da indústria de segurança de Hamburgo). Uma ocupação científica aprofundada é antes de mais nada oportuna se levarmos em consideração que o direito administrativo econômico, devido à sua múltipla configuração e

dinâmica, assume cada vez mais o papel de uma moderna área de referência do direito administrativo¹⁹.

A par da relevância científica, não pode ser esquecido o significado prático do direito administrativo econômico. Efetivamente, esta matéria forma o quadro inalienável da orientação jurídica da economia e do desenvolvimento econômico das empresas e dos consumidores (ver §§ 2.º e s.).

São múltiplas as possibilidades de utilização do direito administrativo econômico nas profissões jurídicas e econômicas clássicas e modernas. No primeiro plano deste amplo mercado de prestação de serviços está a consultoria **empresarial, econômica e administrativa**, a criação jurídica e a gestão de conflitos. No que respeita a uma especialização dos advogados no direito administrativo econômico no quadro de uma atividade como **advogado especialista em direito administrativo**, oferecem-se cursos especiais de preparação, com base no § 43.ºc do BRAO, o Instituto dos Advogados Alemães, de Bochum, a Universidade de Hagen e a Associação Federal de Direito Público. O direito de carreira conhece, como ramo técnico especial do serviço superior da função pública, o chamado serviço de administração econômica²⁰. Independentemente disso, o serviço superior da Administração oferece numerosas possibilidades profissionais de relevância econômica²¹.

¹ *JuS* 1998, 961 e s.; ver também a Hmb. Prüfungsgegenstände VO, de 23-12-2003.

² Hübner, *WiSt.* 1995, 545 e s.

³ Hübner, *WiSt.* 1995, 545; Schöck, *WiSt.* 1996, 168.

⁴ *JuS-Magazin* 1/2005, p. 12 e s.; *Jura* 2005, 721 e s.

⁵ DRiG de 11-7-2002, *BGBI.* I, p. 2592, e ainda Hommelhoff/Teichmann, *JuS* 2001, 841, 843 e s.

⁶ Cf. Beljin/Micker, *JuS* 2003, 556, com base numa avaliação de textos de exames de Estado; Doerfert, *DVBl.* 2004, 295 e s.

[7](#) Schlüchter, *Jura* 1998, 1, 3; Tettinger, *NWVBl.* 1998, 337, 342 e s.; Grundmann, *NJW* 1998, 2329 e s.; Hoffmann, *JuS* 2004, 262, 264.

[8](#) *Anwaltsblatt* 1990, 363, 372.

[9](#) Anexo a *JuS* 1999/Caderno 2.

[10](#) Cf. *JuS* 2003, 930, 932.

[11](#) Cf. Konegen-Grenier, *WiSt.* 1994, 207, 210.

[12](#) Cf., entre outros, Würzburger Thesen, *JuS* 1995, 749 e s., e, em sentido oposto, Böckenförde, *JZ* 1997, p. 317, 323; Hoffmann-Riem, *JuS* 1997, p. 208 e s.

[13](#) Cf. Stobbe, *DRiZ* 1996, 439, 441; Krimphove, *ZRP* 1996, 248 e s.; Abel, *NJW* 1998, 3619.

[14](#) Cf. sobre os conceitos, entre outros, Hohmeister, *JA* 1997, 432 e s., Schomerus, *JuS* 1999, 930 e s.; idem, *JuS* 2001, 1244 e s.; Hoffmann, *JuS* 2004, 262 e s.

[15](#) Cf., mais detalhadamente, Grundmann, *NJW* 1998, 2329; Freiburg, *JuS* 2000, 515 e s.; Beer, *NJW* 2001, 46; Gravenhorst/Klöhn, *Jura* 2001, 791 e s.

[16](#) Hoffmann, *JuS* 2004, 262 e s.

[17](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *DÖV* 1995, 125 e s.; idem, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997, p. 26; idem, in: *FS für Maurer*, 2001, p. 827 e s.

[18](#) Cf. ainda Stür/Hermanns, *DVBl.* 1999, 381 e s., Brauser-Jung/Gerking, *DVBl.* 1999, 1491 e s., Frank, *NordÖR* 2000, 487e s.; Bauschke/Korte, *NVwZ* 2003, 60 e s.; Ernst/Geissen, *NVwZ* 2004, 1223 e s.

[19](#) Zustimmend Ruthig/Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005, § 1 III.

[20](#) Cf. Anexos à *Bundeslaufbahnverordnung*, de 2-7-2002, *BGBI.* I Cf. 2447, 2455, 2473.

[21](#) Cf. Kilb, *JuS* 2003, 933.

§ 2. ABORDAGEM METÓDICA E DELIMITAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

I. Para a problematização do direito administrativo econômico

1. Necessidade e significado do direito administrativo econômico

Enquanto disciplina jurídica, o direito administrativo econômico só é indispensável quando o Estado pretende orientar a ação dos **sujeitos econômicos**. Neste caso, a orientação consiste na influência legislativa e administrativa dos sujeitos econômicos (empresário e consumidor, associações econômicas — ver *infra* § 2 I 5c) para a imposição de fins econômicos. Se o Estado não se ocupar da direção, da fiscalização e do fomento da economia, não será necessário um direito administrativo econômico. Neste caso, o Estado apenas interfere no quadro da **prevenção geral do perigo policial**.

Exemplo: Encerramento policial¹ de uma empresa devido a perigo de epidemia ou de desmoronamento.

A importância fundamental da economia para a existência, o bem-estar e o progresso de um povo é hoje geralmente reconhecida. Na verdade, os bens e os serviços são escassos em qualquer economia e qualquer vida coletiva deve preocupar-se com a cobertura das necessidades e com as infraestruturas indispensáveis que para tal são necessárias. A economia das pessoas e das empresas, a atividade econômica privada e a responsabilidade jurídica das empresas depende, de forma decisiva, das premissas jurídicas subjacentes ao respectivo sistema econômico e jurídico-administrativo (ver *infra* § 4).

Exemplo: Um sistema de direito econômico baseado na concorrência e no mercado tem de proteger bens jurídicos diferentes dos bens de um ordenamento jurídico dirigido de uma economia planificada.

Por estas e por outras razões, nenhum Estado abdica da Administração econômica. Esta é expressão da **responsabilidade do Estado pela economia** e ostenta a categoria de função central do Estado e do direito (ver *infra* §§ 6 e s. e §§ 25 e s.). O próprio Estado

liberal estabelece as condições gerais de índole jurídica através das quais ele torna possível e aprecia a atuação econômica². No mínimo, o Estado liberal tem de garantir o funcionamento do abastecimento e do saneamento (a chamada **Administração de garantia econômica**)³. Para tal, o Estado liberal necessita de uma Administração econômica mais ou menos pronunciada. Por isso, o direito administrativo econômico é, geralmente, parte integrante da respectiva ordem jurídica.

2. Autonomia, dependente do círculo jurídico, do direito administrativo econômico

Do que ficou dito deve ser distinguida a questão de saber se o direito administrativo econômico já se estabeleceu como matéria jurídica autônoma. A resposta a esta questão é apreciada tanto a partir da produção jurídica concreta como a partir da expressão “direito administrativo econômico” e a partir do nível de realização jurídica. Pelo contrário, é pertinente a necessidade, teórica e prática, de uma sistematização, de um relevo das grandes estruturas, bem como das especificidades deste domínio do direito. A evolução não é uniforme, mas dependente do círculo jurídico e só deve ser explorada através de uma intensa comparação de direitos⁴. Ao **círculo jurídico anglo-americano**, marcado pelo *Common Law* e, assim, pelo *Case Law* (EUA, Canadá, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Singapura, Hong Kong), é alheia a matéria do direito administrativo econômico⁵. É representativa uma afirmação britânica citada: “The idea of a unified concept of economic administrative law is alien to the legal system of the United Kingdom”⁶. Aqui, o núcleo da regulação econômica reside no direito administrativo em geral⁷. Por outro lado, ele deve ser mantido, se necessário *aspektiv*, pontualmente ligado aos problemas como *economic regulation* ou, de forma especial, como *constructed market law*⁸, como direito das *Regulated Industries*, como *Consumer Protection Law*, *Competition Law*, *Property Law*, *Trade Regulation*, *Communications Law*, *Multimedia Law*, *Export-Administration Law* etc.

As coisas passam-se de forma bem diferente no **círculo jurídico da Europa continental**, que é baseado no *Civil Law* ou *Roman Law*. Assim, o direito administrativo econômico conheceu na Áustria, na Suíça, na Alemanha, na França⁹ e na maioria dos Estados do centro e do leste da Europa e numa parte do espaço jurídico do sudoeste asiático (Japão, República Popular da China, Taiwan, Coreia do Sul) um intenso tratamento jurídico próprio¹⁰. Neste contexto, é de realçar o fato de numerosos Estados se orientarem pelo direito administrativo econômico alemão, que se desenvolveu em concorrência com os círculos jurídicos dotados de um pendor de exportação¹¹. O direito sul-africano e o direito escocês estabelecem uma ponte entre o *Common Law* e o *Civil Law*, razão pela qual são caracterizados de *mixed system* ou de ordenamento jurídico *hybride*. Na verdade, nestes sistemas desaparecem as diferenças entre o *Common Law* e o *Civil Law*, devido à supranacionalização do direito econômico¹².

Não é clara a posição do direito administrativo econômico no **círculo jurídico marcado pela religião islâmica e dominado pela Sharia**. Por um lado, trata-se de direito escrito com uma ampla aplicação do *Corão* como código. Por outro lado, no *Corão* apenas se encontram umas quantas regras rudimentares de direito econômico (proibição de juros, proibição de consumo de álcool, direito de fiscalização do mercado)¹³.

3. Para a ausência de contornos do direito administrativo econômico

Independentemente do significado econômico e jurídico descrito, não foi até hoje possível delimitar, de forma convincente, esta disciplina jurídica de outras matérias jurídicas e pôr em destaque as suas especificidades. Antes pelo contrário, a mais recente doutrina sustenta que ainda não existe uma opinião dominante sobre o conceito e o objeto de ensino e de investigação do direito administrativo econômico. Como tradicionalmente, esta matéria também é controversa do ponto de vista da terminologia (**direito público econômico**), da definição, da concepção e do conteúdo¹⁴. A ausência de contornos deve-se a múltiplas razões.

O direito administrativo econômico não é um conceito jurídico típico. A expressão direito administrativo econômico também possui uma dimensão histórica, sociológica, econômica, ecológica, ética, geográfica, política e de ciência da Administração. Neste sentido abrangente, será adequado falar de **ciência da Administração econômica** (ver *infra* § 3).

Os termos “economia” e “administração” não são claramente enquadráveis. Por isso, são admissíveis diferentes determinações de conteúdo (de direito privado, de direito público, de direito penal, de direito misto, de direito especial — ver *infra* § 2 I 7).

O direito administrativo econômico tem caráter transversal. Ele reflete-se em numerosos domínios do direito e da vida e é influenciado por diferentes normas jurídicas (ver *infra* § 2 II e § 2 VII).

O direito administrativo econômico deve tomar em consideração ordens jurídicas e econômicas que são estruturadas de forma diferente (direito econômico nacional, europeu e internacional — ver *infra* § 2 VII, § 9 e § 16).

O direito administrativo econômico é, como manifestação do direito econômico, um domínio jovem do direito¹⁵. Diferentemente do que se passa com outros ramos do direito (como, por exemplo, o direito de polícia e o direito das edificações), o direito administrativo econômico não está codificado, nem se encontra cientificamente aprofundado. Por outro lado, o direito administrativo econômico também corre perigo na sua substância, devido à oscilação das suas regulações jurídicas especiais (ver *infra* § 2 IV a VI e volume II¹⁶ § 45 I).

O direito administrativo econômico é uma área do direito especialmente dinâmica. A economia e a Administração estão sujeitas a uma mudança permanente, devido ao progresso da técnica (*New Economy*¹⁷, direito econômico dos meios de comunicação, direito econômico de regulação), ao desenvolvimento de novos produtos (*Novel Food*), a novas necessidades (empresas virtuais) e a exigências de política jurídica (proteção do consumidor)¹⁸.

Estas especificidades exigem abertura no conceito de desenvolvimento e proíbem uma prescrição estanque, se não

quisermos excluir de saída, arbitrariamente, determinados domínios parciais.

4. Conceitos e princípios de direito administrativo econômico

Por conseguinte, o direito administrativo econômico deve ser, tanto quanto possível, entendido como complexo e como processo que toma em consideração não só os aspectos normativos e da economia real, mas também as circunstâncias da vida e, deste modo, os seus efeitos (art. 28.º do Tratado da CEE). É evidente que, considerando esta interdependência, verifica-se insegurança sobre a concepção, as dimensões, as estruturas e os cânones do direito administrativo econômico¹⁹.

No entanto, é indispensável uma explicação da noção e uma descrição, desde logo devido à delimitação em face de outras matérias jurídicas, à abordagem do conteúdo específico e aos princípios a aplicar. A definição depende da questão do objeto de investigação e do processo metódico. A definição tanto pode ser concebida de forma teórico-abstrata e, assim, desligada de um determinado sistema jurídico, como pode ser associada a um sistema jurídico-positivo concreto, isto é, a um determinado ordenamento jurídico. São pontos possíveis de ligação para uma precisão do conceito os aspectos que devem ser introduzidos numa solução de direito econômico ou em certos conceitos econômicos (como empresas e mercado, escassez e concorrência), direitos individuais (liberdade econômica) ou valorações políticas, como a tomada em consideração de interesses particulares, de interesses de grupos, ou de interesses gerais (interesses de Estado social, exigências de economia global, fomento do nível médio etc.²⁰).

Na literatura dos manuais são sustentados diferentes conceitos. Pelo contrário, não é sequer colocada a questão central dos valores específicos e dos princípios do direito administrativo econômico²¹. Por conseguinte, este domínio jurídico ainda não se encontra, do ponto de vista científico, no nível de desenvolvimento, por exemplo, do clássico direito policial ou do recente direito ambiental. No direito

administrativo econômico trata-se, pelo contrário, de um ramo caótico do sistema jurídico, à procura de estruturas claras²². Por conseguinte, deverão ser reforçadamente refletidos os **princípios que caracterizam o direito administrativo econômico**, isto é, se e em que medida poderão ser aplicados com utilidade ao direito administrativo econômico princípios de outros domínios do direito.

5. Autorresponsabilidade, corresponsabilidade e responsabilidade do Estado no direito administrativo econômico

a. O papel do Estado e da comunidade de estados

Em primeiro lugar, este livro pretende tornar claro o papel do Estado e das suas instituições no direito administrativo econômico sob os pontos de vista da economia mundial, comunitário, estadual e do direito administrativo. Este papel pode exprimir-se, por exemplo, nos fins do Estado, nos objetivos do Estado, nos direitos fundamentais, nas liberdades fundamentais, nas normas estruturais, nas ideias orientadoras etc. (chamados *principles guiding rules* ou *conceptual basis of legal systems*, *principes généraux de droit*) e alargar-se de uma **responsabilidade plena** até uma **responsabilidade de garantia** (ver *infra* § 3 II e § 26)²³. Esta orientação abarca as questões do “se” e do “âmbito” da **atividade econômica própria da Administração** (ver *infra* § 24).

Simultaneamente, na era da **regionalização** e da **globalização da economia** já não é suficiente a responsabilidade do Estado. Embora todo o Estado possua soberania sobre o seu sistema econômico e possa decidir sobre a sua cooperação com outros Estados, a realidade econômica é a de que, por assim dizer, a economia se tornou independente, porque ela não se confina à economia nacional, mas se orienta aos mercados e, por isso, ultrapassa os limites da economia nacional. A partir deste ponto de vista, o problema da **responsabilidade dos Estados culmina, nomeadamente, numa responsabilidade comunitária e global** (ver *infra* § 2 VII, § 9 e § 16).

b. Administração econômica no Estado hierarquizado, cooperativo e subsidiário

A exposição que segue não se deve, desde logo por isso mesmo, limitar a esta dimensão única da orientação da economia estadual, porque o direito administrativo econômico pode ser organizado segundo três princípios fundamentais: o **princípio da autorresponsabilidade**²⁴, o princípio da **corresponsabilidade** e o princípio da **responsabilidade do Estado**. Estes conceitos não estão livres de sobreposição entre si e apenas admitem uma delimitação imperfeita. Em qualquer caso, os conceitos referidos descrevem a questão central da divisão de tarefas de direito econômico entre o Estado e a economia privada. Trata-se, especialmente, da questão de saber se e em que medida o Estado interfere na vida econômica (**administração econômica de ingerência**), efetua determinadas prestações (**administração econômica de prestação**) ou apenas deve garantir o funcionamento da vida econômica (**administração econômica de garantia**)²⁵. Neste sentido, a responsabilidade do Estado significa legislação econômica estadual, administração econômica do Estado e jurisprudência do Estado como parte integrante de um conceito de Estado hierarquicamente organizado (**Estado hierarquizado**). Pelo contrário, o **Estado subsidiário** assenta na autorresponsabilidade, como a responsabilidade de autonomia privada dos sujeitos econômicos pela autorregulação (condições negociais gerais, *Lex Mercatoria*, responsabilidade pelos produtos, incluindo a *Risk- and Customer Relationship Management*), a administração autônoma e o autocontrole (jurisprudência arbitral, mediações)²⁶. Por vezes, também se fala de uma **comunidade de responsabilidade**, de uma **repartição da responsabilidade**, de uma **gradação da responsabilidade** e de uma **dupla responsabilidade de economia e de Administração**, que caracteriza o **Estado cooperativo**²⁷.

c. Empresário e consumidor como sujeitos econômicos

A distinção com base na autorresponsabilidade, na corresponsabilidade, na responsabilidade do Estado e na responsabilidade da Comunidade é importante por duas ordens de razões: por um lado, ela dirige o olhar para os **sujeitos econômicos** e para o **mercado**. Na verdade, a configuração da ordem econômica deve orientar-se pela **imagem humana do ordenamento jurídico** e

pelos **direitos fundamentais**, porque a pessoa humana é o único e último fim de todas as economias. Finalmente, os sujeitos econômicos são os principais atingidos e os principais atores da vida econômica. As suas exigências em matéria de direito administrativo econômico distinguem-se, de forma significativa, das exigências do Estado.

“Ator econômico” é, antes de mais, o **empresário**, cuja liberdade econômica (ver art. 16.º Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) é regulada pelo direito administrativo econômico. Se questionarmos do ponto de vista do empresário, então o direito administrativo econômico tem de criar os quadros para uma utilização ótima e eficiente dos **fatores de produção empresarial** (capital, trabalho, solos ou meio ambiente, tempo, informação) (ver *infra* § 26 III e § 34 III). O empresário é definido no § 14.º do BGB como uma pessoa que atua profissionalmente no exercício de uma atividade empresarial ou independente. Em oposição a esta definição do direito civil, o direito administrativo econômico europeu parte das *empresas*, as quais podem ser subdivididas em diferentes categorias. É considerada *empresa* toda a unidade que exerce uma atividade econômica²⁸. O direito comunitário dedica especial atenção às **pequenas e médias empresas** (PMEs), que são expressamente referidas, por exemplo, nos arts. 157.º, n. 1, e 163.º, n. 2, do Tratado da CEE. Destas **pequenas e médias empresas** se distinguem aquelas **pequenas empresas** que surgem, por exemplo, como chamadas *Ich-AG*²⁹, nos termos do § 1, n. 2, da HwO³⁰. No entanto, não há unanimidade sobre a delimitação precisa, uma vez que o seu enquadramento prossegue diferentes fins de política econômica. Na Alemanha, as *pequenas e médias empresas* são integradas no **nível intermédio**, totalizando 99,7% de todas as empresas³¹, o qual é considerado a “espinha dorsal da economia”.

A Comissão Europeia aceitou uma recomendação para a definição de *pequena e média empresa*, que adotou a partir de 1.º de janeiro de 2005 para as medidas de apoio (ver *infra* § 31):

- **Microempresas** são empresas com até nove trabalhadores e receitas anuais ou um balanço total até 2 milhões de euros.

- **Pequenas empresas** são empresas que, não sendo microempresas, têm até 49 trabalhadores e uma receita anual ou um balanço total até 10 milhões de euros.
- **Médias empresas** são empresas que, não sendo pequenas empresas, possuem até 249 trabalhadores e uma receita anual até 50 milhões de euros e um balanço total até 43 milhões de euros³².

O conceito de empresa também abarca **empresas públicas**, como, por exemplo, as empresas que são objeto do art. 86.º do Tratado da CEE (ver *infra* § 24).

Perante o empresário, está, como sujeito econômico, o **consumidor**. O § 13.º do Código Civil alemão (BGB) caracteriza o consumidor como uma pessoa que celebra um negócio jurídico para um fim que não pode ser imputado nem à sua atividade profissional empresarial, nem à sua atividade profissional liberal. Trata-se, pois, de uma pessoa que participa na vida do mercado para fins privados³³. Não se verifica esta característica quando um negócio jurídico é celebrado no quadro do exercício de uma atividade profissional empresarial ou liberal (autônoma), por conseguinte, de uma base existencial³⁴. Uma questão nuclear consiste em saber se e em que medida o Estado tem o dever de proteger o consumidor em face do empresário contra perigos, riscos e outros inconvenientes³⁵ (ver *infra* § 29). Em qualquer caso, numa moderna prestação de serviços e numa sociedade da informação, o Estado e os demais serviços públicos têm, em face do consumidor e do empresário, uma função servidora. Neste contexto, também devemos examinar se, no quadro de um conceito de **Good-Governance** e de **Customer Relationship Management** de direito administrativo³⁶, existe um **direito a uma boa administração**, que aparentemente está consagrado no art. 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Por outro lado, a decisão de seguir um determinado princípio fundamental ou um princípio misto repercute em todo o direito administrativo econômico. Esta decisão afeta, entre outras, a questão do sistema econômico (**economia de mercado** ou **economia de**

administração central — ver *infra* § 4), a Constituição econômica (por exemplo, direitos fundamentais), as decisões de valor (por exemplo, princípio do Estado social e princípio da subsidiariedade, princípio do Estado de Direito e princípio da exigibilidade), a legislação (orientação do Estado ou autorregulação da comunidade pela observância voluntária de padrões por si estabelecidos), as funções, as formas de atuação (por exemplo, autofiscalização e princípio da cooperação), a organização (por exemplo, organização estadual, administração autônoma ou integração de privados e privatização — ver *infra* §§ 40 e s.) e a conformação dos diferentes ramos do direito administrativo econômico.

6. Evolução do direito administrativo econômico

A exploração metódica do direito administrativo econômico tem lugar a partir da perspectiva do presente e orienta-se para o futuro. Desta abordagem deve ser distinguida a dimensão passada do direito administrativo econômico vigente. A evolução para o direito administrativo econômico moderno não tem de ser, neste local, pormenorizadamente demonstrada. Na verdade, a referida evolução é, em larga medida, de interesse meramente histórico, não tendo relevância para o atual entendimento do direito administrativo econômico. Porque para os temas históricos de direito econômico existe uma sede própria de problematização das matérias, os respectivos aspectos histórico-evolutivos são tratados nos correspondentes contextos textuais.

7. Direito administrativo econômico e economia

Com esta fundamentação ainda não está esclarecida a questão de saber como deverá ser definido o conceito-chave “direito administrativo econômico”. O direito positivo renuncia a uma precisão do conteúdo e pressupõe o conhecimento do conceito. O direito administrativo econômico compõe-se de duas disciplinas jurídicas, que em parte se sobrepõem: o **direito econômico** e o **direito administrativo**. A questão central desta área do direito reside em definir o termo “economia”, de cuja administração se trata. Porque o

elemento “economia” tem origem no mundo dos conceitos da ciência econômica e lhe diz respeito, devemos começar por determinar este elemento de controle.

A *economia* é, em geral, definida como a soma das instituições e das medidas de planejamento para a cobertura das necessidades humanas pela produção, elaboração e distribuição de bens escassos. Neste âmbito, o conceito de “bem” deve ser entendido em termos amplos, no interesse da abrangência de todas as suas formas reais de manifestação. Este conceito de “bem” compreende, a par dos *bens materiais*, também os chamados *bens imateriais*, como, por exemplo, a prestação de serviços e os direitos de valor patrimonial³⁷. O fim da economia consiste em, com a ajuda do **princípio econômico (princípio da racionalidade, princípio da eficiência econômica)**, reduzir a escassez existente de bens, através da utilização dos fatores de produção. De forma correspondente, o *direito econômico* diz respeito à regulação jurídica e à ordenação com vista à cobertura das necessidades. Este conceito amplo de economia corresponde tanto ao direito positivo da Constituição Estadual (art. 152.º da BayVerf.; art. 38.º, n. 1, da HessVerf.) como à jurisprudência pacífica do Tribunal Constitucional Federal e à opinião dominante na doutrina³⁸.

8. Direito privado da economia, direito penal da economia e direito administrativo da economia

Esta definição de *economia* é problemática por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, nem sempre a *economia* efetua-se, na realidade, de forma planejada ou racional. Frequentemente, a atuação econômica ocorre de forma descontrolada, emocional e espontânea. O *homo oeconomicus* (ver *infra* § 4 II) não passa de uma ficção, que em qualquer caso se revela de pouca utilidade como premissa de partida ou hipótese de trabalho para as apreciações jurídicas³⁹. Por isso, podemos, se necessário, falar de um esforço para uma economia integralmente planificada. A constatação desta falta de planificação é essencial, porque ela pode se refletir na necessidade de regulação jurídica e na intensidade de regulação.

Em segundo lugar, o termo *economia* abarca todas as normas jurídicas e medidas para a cobertura das necessidades. Assim, a *economia* compreende, simultaneamente, o **direito privado** e o **direito público**. Ambos os ordenamentos jurídicos parciais se ocupam, a seu modo, do lado jurídico da produção, elaboração e distribuição de bens. Por exemplo, o direito comercial e das ações faz parte, simultaneamente, do direito econômico, do direito industrial e do direito dos *media*. O direito econômico é, pois, parte jurídica integrante do direito privado e do direito público. Esta ampla acepção corresponde ao “**direito da economia**”, nos termos em que está previsto quanto à competência legislativa concorrente no art. 74.º, n. 1, al. 11, da Lei Fundamental. Há ainda o **direito penal econômico**, como direito sancionatório e de proibição. Este direito penal econômico verifica-se sempre que são lesados bens jurídicos dignos de proteção juridicamente regulados do direito econômico privado ou do direito administrativo econômico. Podemos, pois, classificar o direito econômico num **direito privado econômico ou direito privado da economia**⁴⁰, num **direito penal econômico**⁴¹ e num **direito público econômico ou direito administrativo econômico**.

Esta distinção é criticada, devido à referida relação sistemático-material do direito econômico (a chamada **vertente econômica da ordem jurídica geral**). No entanto, atualmente não é possível uma recondução de todas as matérias jurídicas a um direito econômico unitário, conservando os limites tradicionais das matérias, os quais não estão ultrapassados na organização científica, na doutrina, no ensino e no controle (por exemplo, grupos de matérias nucleares e de matérias de opção) (ver *supra* § 1 I). Por outro lado, a causa desta divisão tem o seu fundamento na diferente atribuição de funções do direito privado e do direito público. O direito econômico privado estabelece as regras da troca de bens e de serviços no mercado entre produtores, comerciantes e consumidores. Este quadro admite desvios individuais, dentro da **autonomia privada**, entre os parceiros contratuais. Pelo contrário, o direito econômico público regula as relações jurídicas dos sujeitos que participam na vida econômica com o Estado. O direito público econômico deve orientar-se sempre pelo **bem-estar econômico da**

população, pelo desejo de uma economia global saudável, pelo desenvolvimento sustentado e pela justiça social, bem como ponderar e pôr em equilíbrio numerosos **interesses privados e públicos**. Por conseguinte, a liberdade de ação da economia privada sobrepõe-se e modifica o direito administrativo econômico.

O **direito econômico** é, assim, o conjunto de todas as normas jurídicas e de todas as medidas de direito privado, de direito penal e de direito público, através das quais o Estado interfere nas relações jurídicas dos envolvidos na vida econômica entre si e na sua relação com o Estado. O **direito econômico público** é constituído pelo conjunto de todas as normas jurídicas e de todas as medidas de direito público na relação Estado-empresário-consumidor, sobretudo com vista a influenciar os acontecimentos econômicos, mormente através da fiscalização, da direção e do fomento.

Com esta definição ainda não está esclarecida a relação entre o direito econômico público e o conceito, controverso, de direito administrativo⁴². Em direito público entendemos a **Administração** como o poder de execução do Estado, no sentido do art. 1.º, n. 3, e do art. 20.º, n. 2 e 3, da Lei Fundamental. O **direito administrativo** é, assim, a soma das normas e das medidas que regulam a criação e a atividade dos órgãos da Administração e das autoridades administrativas, bem como as relações jurídicas dos diferentes sujeitos jurídicos com a Administração Pública.

Por conseguinte, o **direito administrativo econômico** consiste na soma das normas e medidas que regulam a criação e a atividade dos órgãos da Administração e das autoridades administrativas, sobretudo para a resolução dos problemas das infraestruturas e das informações, da planificação, da fiscalização, da direção e do fomento da vida econômica, bem como as relações jurídicas dos sujeitos que participam na vida econômica com a Administração Pública.

II. Direito administrativo econômico e direito ambiental

1. Para a integração do direito econômico ambiental no direito administrativo econômico

A doutrina e a prática administrativas tratam o direito administrativo econômico e o direito ambiental (*Environmental Law*), no sentido do § 1.º, n. 1, do BimSchG, fundamentalmente, de forma independente e ignoram o **substrato econômico do direito ambiental**⁴³. Esta separação não corresponde nem às exigências científicas da interdisciplinaridade, nem à realidade da vida ou do direito positivo (§ 29b do LuftVG, § 22.º do KrW/AbfG). A referida separação desconhece os numerosos elos jurídicos e materiais de ligação entre o direito administrativo econômico e o direito ambiental. Historicamente, a assinalada separação desenvolveu-se, pelo menos em parte, a partir do direito industrial. Assim, a Lei Federal de Proteção contra Emissões Poluentes (Lei Federal do Ambiente — BimSchG) e a Lei de Segurança dos Aparelhos e dos Produtos retrocedem aos §§ 16.º e seguintes do Código Industrial (GewO), que já em 1869 regulavam os perigos ambientais provenientes de equipamentos (ver, por exemplo, o § 67.º do BImSchG).

Dos pontos de vista material e sistemático, não podem ser separadas a economia e a ecologia, a Administração econômica e a proteção do ambiente. A “sensibilização ecológica do direito” (*Ökologisierung des Rechts*) passou, entretanto, a fazer parte da “sensibilidade econômica”⁴⁴. Este fenómeno abarca, por duas ordens de razões, também o direito econômico. Por um lado, a economia consome recursos e é destinatária de medidas ambientais⁴⁵. Por outro lado, a economia só pode produzir na base de um ambiente intato (por exemplo, produção de bens de consumo). A utilidade econômica reside na garantia, a longo prazo, dos fundamentos de produção. Esta dependência exige uma disponibilidade sustentada economicamente ajustada. Porque o direito ambiental é uma matéria que suscita problemas transversais, não está limitado a domínios materiais determinados⁴⁶ — como prevê o art. 6.º do Tratado da CE — e apenas garante a integração no direito administrativo econômico de soluções ecologicamente sustentáveis. Por conseguinte, o aspecto ecológico deve ser, simultaneamente, um aspecto da Administração econômica⁴⁷.

Este é também o interesse do conceito de desenvolvimento sustentado e de conservação dos recursos ambientais, que entretanto é

imagem internacional da economia (ver o princípio 4.º da Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente, do Rio de Janeiro, e o preâmbulo do Tratado da OMC). Assim, o relatório da Comissão de Investigação e Proteção do Ser Humano e do Ambiente⁴⁸ refere os “fins sociais, econômicos e ecológicos como os pilares de suporte do paradigma de um desenvolvimento sustentado orientado ao futuro”. O **desenvolvimento sustentado** é aqui definido como um desenvolvimento que satisfaz as necessidades fundamentais do presente, sem pôr em risco a satisfação das necessidades das gerações vindouras. A ideia fundamental deste conceito, que na prática todavia ainda é em parte ignorado, é a de que a humanidade só deve consumir tantos recursos renováveis quantos os que “nascem” na natureza, por conseguinte, tantos recursos renováveis quantos os que são suportáveis a longo prazo pelo sistema ecológico. Simultaneamente, as pessoas só podem lançar na natureza quantidades de material prejudicial que esta possa duradouramente suportar, sem perder no futuro a sua capacidade de reciclagem.

Por outro lado, a formação de uma indústria de proteção ambiental e de uma indústria ambiental (por exemplo, economia dos resíduos sólidos urbanos — ver *infra* § 29 IV) prova que a construção jurídica da componente ambiental constitui a última prova (*Nagelprobe*) da capacidade de prestação e da capacidade de otimização do direito administrativo económico.

2. Círculo económico como consequência

Por estas razões, o complexo jurídico **Administração económica e direito ambiental** é, na exposição que segue, visto como uma unidade. O direito ambiental é, por conseguinte, considerado como tendo relevância económica. Esta integração do direito ambiental no direito económico também constitui a preocupação da **economia ecológico-social de mercado** (ver *infra* § 4 IV 3). Ela também repercute na **definição do conceito de economia**, porque, a par da cobertura das necessidades ou do abastecimento, também o saneamento desempenha um papel importante. Só a consideração do aspecto da **proteção do ambiente** deixa em aberto o fato de à economia estar subjacente um

modelo de círculo econômico que teve a sua sede no § 1.º do KrW/AbfG.

III. Direito administrativo econômico e direito constitucional econômico

1. Constituição econômica em sentido restrito e em sentido amplo

Com a integração do direito ambiental econômico no direito administrativo econômico ainda não está esclarecida a questão de saber como deverá ser determinada a relação do direito administrativo econômico com o direito constitucional econômico. Por vezes, afirma-se que o conceito de direito administrativo econômico não seria ajustado ao significado jurídico-constitucional de uma economia orientada pelo direito público. Por isso, aos conceitos de direito administrativo econômico e de direito constitucional econômico seria preferível o conceito de **direito público econômico**⁴⁹. A questão de saber se este modo de ver está correto deverá ser apreciada a partir do conceito, do conteúdo e dos fins do direito constitucional econômico.

O conceito de Constituição econômica apresenta não só relevância histórico-social e econômico-científica, como também relevância jurídica⁵⁰. De interesse aqui é o conceito **jurídico-científico**. Este conceito é, em geral, entendido num sentido restrito e num sentido amplo⁵¹. Fazem parte da **Constituição econômica em sentido restrito** as normas da Constituição (da Lei Fundamental), do direito comunitário primário e do direito econômico mundial vinculativo, relativas à ordenação da vida econômica. Não é aqui decisiva a questão de saber se as normas fazem referência direta à atividade econômica. **Constituição econômica em sentido amplo** é o conjunto das normas que, independentemente do seu grau hierárquico, determinam o decurso da vida econômica de forma fundamental e duradoura (Código Industrial, Lei da Circulação Econômica).

2. Direito administrativo econômico como direito constitucional econômico concretizado

O direito administrativo econômico deve orientar-se pela Constituição econômica em sentido restrito. Na verdade, a Lei Fundamental, o direito comunitário primário e o direito econômico mundial vinculativo gozam de **primado de vigência ou de aplicação** (ver *infra* § 2 VII, § 5 e § 9 III) e a Administração está vinculada, na execução da lei, aos direitos fundamentais e à ordem constitucional (art. 1.º, n. 3, e art. 20.º, n. 3, da Lei Fundamental; art. 249.º do Tratado da CEE). A função do direito constitucional econômico, como subsistema do direito comunitário e do direito constitucional, consiste em assegurar a liberdade econômica e a igualdade, legitimar o Estado para a orientação da economia e limitar a sua atuação no interesse da salvaguarda da liberdade econômica e da igualdade. Por conseguinte, a configuração concreta do direito administrativo econômico depende da Constituição que lhe é subjacente, do direito comunitário primário e do direito econômico mundial aplicável, os quais estabelecem os limites da Administração. Assim, o **direito administrativo econômico é direito constitucional econômico concretizado**⁵². Este ramo do direito compreende, pois, forçosamente, a vertente econômica do direito constitucional. No entanto, a referência à expressão *direito econômico público* não é, apenas por isso, supérflua. Ao invés, esta expressão também é usada para o direito da atividade econômica própria da Administração Pública e das empresas públicas⁵³ que, por sua vez, constitui apenas uma parte do direito administrativo econômico (ver *supra* § 2 I 5 e 4, § 24).

O direito constitucional constitui, conjuntamente com o **modelo de vinculação “lei e direito”** previsto no art. 20.º, n. 3, da Lei Fundamental, simultaneamente, a base das diferentes **fontes jurídicas do direito administrativo econômico**, as quais, por sua vez, se encontram entre si numa relação hierárquica jurídico-constitucionalmente estabelecida⁵⁴ e destinada a evitar colisões.

Exemplos: O Tratado da UE e o Tratado da CEE; os regulamentos da Comunidade; as diretivas da CE; a Lei Fundamental de Bonn; as normas econômicas gerais no plano do direito internacional público; as leis federais; o direito internacional público econômico transformado; as leis estaduais (dos Estados federados); os regulamentos autônomos; e os regulamentos internos da Administração (ver *infra* §§ 13 e s.).

IV. Estádio da codificação, sistematização e interpretação do direito administrativo econômico

1. Para a codificação do direito administrativo econômico

A existência de numerosas fontes de direito não nos diz nada sobre o **estádio de codificação do direito administrativo econômico**. Até o presente, apenas existem codificações parciais, como o **Código dos Produtos Alimentares e dos Alimentos para Animais** e algumas tentativas de uniformização do **direito industrial** (ver o volume II⁵⁵, § 45 II)⁵⁶. No âmbito do direito comunitário, deve ser aqui referido o **Código Aduaneiro**. Por isso, o direito administrativo econômico é constituído por uma panóplia de normas distintas, caracterizada por uma forte fragmentação jurídica⁵⁷. Do ponto de vista jurídico, a codificação do direito administrativo econômico deverá atualmente fracassar em face da distribuição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros, da acentuação do princípio da subsidiariedade e dos diferentes círculos jurídicos (ver *infra* § 9 III 2)⁵⁸.

2. Para a sistematização do direito administrativo econômico

A problemática da codificação do **direito administrativo econômico** assenta, nomeadamente, no fato de não existir para ele uma **sistematização** convincente⁵⁹. Também aqui temos o fato de a evolução jurídica em setores parciais do direito administrativo não ter decorrido nem de forma uniforme, nem de forma simultânea⁶⁰. Se compararmos o direito administrativo econômico com a sistematização, a capacidade de reforma e o tempo de revisão de outros domínios jurídicos parciais, chegaremos à conclusão de que — como é referido no § 1 II — se trata de uma evolução tardia que se situa no sotavento de outros setores do direito⁶¹. As diferentes abordagens que são sustentadas na teoria, na prática e na legislação não confluem numa concepção determinada.

3. Para a interpretação do direito administrativo econômico

Considerando a falta de unidade do direito administrativo econômico, ganha especial importância a correta interpretação. Seria um significativo alívio para a práxis se todas as fontes de direito contivessem um **preâmbulo ou considerandos** dos quais resultasse o **fim da lei** ou os fins da regulação, como aconteceu, por exemplo, tipicamente, no âmbito dos regulamentos da Comunidade e das diretivas comunitárias, no âmbito do § 14.º, n. 1, frase 3, da GewO, no âmbito do § 2.º do TKG ou ainda no âmbito do § 1.º do KrW/AbfG.

Em última análise, a **interpretação** orienta-se, em primeiro lugar, pelo **método hermenêutico clássico** (letra da lei, evolução histórica, sistematização, fim da lei)⁶². Por vezes, é necessário complementar com o **método jurídico-comparativo** (ver *supra* § 2 I 2 e *infra* § 2 VII 6)⁶³. Esta exigência é feita no interesse de uma otimização do respectivo sistema de direito econômico. No entanto, a tomada em consideração de pontos de vista comparativos já é parte integrante da apreciação jurídico-sistemática, não se tratando, por isso, de um *quinto método* novo. Também têm caráter sistemático, devido ao primado da Lei Fundamental e ao primado do direito comunitário, as **interpretações**, de relevância prática, **conformes à Constituição e à Comunidade**⁶⁴. Quando estejam em causa acordos vinculativos de economia mundial, deverão ser observados o caráter internacional e a necessidade de uma aplicação uniforme, de tal modo que também podemos, de forma especial, falar de **uma interpretação conforme ao AGCT/OMC**.

Também para o direito administrativo econômico é válido o **princípio da pluralidade de métodos**. Por isso, pode ser, simultaneamente, adotado o **método tópico de interpretação**. Este método ocupa-se, primeiramente, da descoberta das bases do problema que se apresentem relevantes para a decisão. Neste âmbito, deverá ser considerado o efeito das normas jurídicas (ver, por exemplo, o art. 28.º do Tratado da CEE)⁶⁵ e, do ponto de vista do direito comunitário, a **capacidade de funcionamento da Comunidade** ou a **eficácia prática** (*effet utile*), e, inclusive, a ideia de **coerência**. A eficiente solução dos problemas também está no primeiro plano da **análise econômica do direito** (ver *infra* § 3 I).

V. Estrutura e aspectos jurídicos gerais do direito administrativo econômico

1. Direito administrativo econômico jurídico-material e jurídico-procedimental

O direito administrativo econômico é, antes de mais nada, direito material. Podemos dividi-lo num **direito administrativo econômico geral** e num **direito administrativo econômico especial**. Do direito administrativo econômico geral (tratado neste volume I) fazem parte as normas e os princípios que se aplicam a todos os ramos da economia e a toda a interferência do Estado na economia. O direito administrativo econômico especial (volume II⁶⁶) ocupa-se da ordenação dos diferentes ramos da economia e do exercício de influência em determinados ramos setoriais da economia. O direito material é balizado pelo **direito de procedimento da Administração econômica**⁶⁷ e pelo **direito processual da Administração econômica**, que por vezes também é designado de **direito de justiça da economia**⁶⁸. Estes direitos servem à realização e à imposição dos direitos materiais e especialmente dos direitos fundamentais do cidadão econômico (a chamada proteção jurídico-fundamental através do procedimento — ver *infra* § 17 III 1e). O âmbito material da liberdade e da igualdade econômicas mede-se, em última análise, pelo “se”, pelo “como” e pelo “quando” da proteção jurídico-procedimental e jurídico-processual da economia. O procedimento administrativo econômico é um **procedimento de autoridade**, que está regulado tanto nos §§ 71a e seguintes do VerwVerfG como em leis especiais (ver *infra* §§ 34 e 38). O direito administrativo processual econômico diz respeito à **defesa jurisdicional** do direito administrativo econômico material (ver *infra* § 15 II)⁶⁹.

2. Direito administrativo econômico como dado prévio para o direito da economia, para o direito penal da economia e para o direito privado da economia

A par dos cidadãos econômicos, também as autoridades da Administração econômica são obrigadas a observar e a realizar o

direito administrativo econômico. Para a punição das infrações, as autoridades administrativas dispõem do **direito administrativo das contra-ordenações econômicas**⁷⁰, cujas previsões estão reguladas, geralmente, no capítulo final das diferentes leis (o chamado **ilícito administrativo econômico**). Em casos graves, também pode-se utilizar do **direito penal econômico** (ver *supra* § 2 I 8). A questão de saber se estamos perante um caso destes é apreciada com base no direito administrativo econômico que lhe está subjacente. Isto significa que o direito administrativo econômico contém dados prévios para o direito penal econômico e para o direito contraordenacional econômico. Fala-se, neste contexto, de **caráter acessório do direito administrativo econômico**. Por isso, as permissões da autoridade administrativa econômica têm, fundamentalmente, **efeito legalizador**⁷¹.

Exemplo: Quem, nos termos do § 325.º do StGB, realiza determinados atos sem licença ou, de qualquer outra forma, viola deveres jurídico-administrativos, no sentido do § 330.ºd, n. 4 e 5, do StGB, fica sujeito a uma pena, quando se verificarem determinados pressupostos.

Por outro lado, o direito administrativo econômico reflete-se, no interesse da unidade do ordenamento jurídico, de modo diferente no **direito econômico privado**. As normas modificativas e revogatórias do direito civil, do direito comercial, do direito comunitário etc., no sentido de uma **conformação jurídico-privada**, resultam tanto de leis especiais como de cláusulas gerais.

Exemplos: As instituições de crédito não podem, nos termos do § 2a do KWG, ser exploradas segundo a forma jurídica do comerciante em nome individual. Nos termos do § 31.º do AWG, é ineficaz o negócio jurídico que seja realizado sem a necessária autorização. Nos termos do art. 88.º, n. 3, do Tratado da CEE, em ligação com o § 134.º do BGB, um contrato é nulo quando viola o direito comunitário das ajudas financeiras⁷². A inobservância do dever de informação previsto no § 13.º do Regulamento de Atribuição de Ajudas gera a nulidade do contrato que tenha sido celebrado.

VI. Direito administrativo econômico em sentido amplo e direito policial⁷³

1. Direito administrativo econômico em sentido restrito e em sentido amplo

As matérias que até agora foram abordadas formam o **direito administrativo econômico em sentido restrito**. Para além delas, existem numerosos domínios do direito que têm uma importância secundária do ponto de vista do direito administrativo econômico. Estes diversos ramos do direito podem ser caracterizados de **direito administrativo econômico em sentido amplo**. Entre estes ramos do direito estão todas as normas e matérias jurídicas de direito público que apenas em parte influenciam, na perspectiva econômica, a relação jurídica dos participantes na vida econômica com a Administração Pública, apresentando, assim, um substrato comum com o direito administrativo econômico em sentido restrito.

Exemplos: Direito das estradas e direito de circulação rodoviária (venda de mercadorias na estrada)⁷⁴; emissão de uma licença para circular numa determinada zona⁷⁵; proibição de um equipamento publicitário destinado à publicidade econômica⁷⁶; colocação de reboques com publicidade⁷⁷; regime jurídico dos domingos e feriados (lei do horário de trabalho, lei do encerramento dos estabelecimentos comerciais — ver, com maiores detalhes, o volume II⁷⁸, § 50); exploração de um estúdio de bronzamento ou de uma videoteca⁷⁹; **direito externo dos Estados federados** (admissão de uma atividade econômica privada, nos termos dos §§ 9.º, 19.º e 21.º do AufenthaltG; ver *infra* § 18 II).

2. Para a subsidiariedade do direito policial

Do direito administrativo econômico em sentido amplo faz parte, de um modo especial, o **direito policial**. Ele funciona, segundo o **princípio da subsidiariedade do direito policial**, como direito de recepção. Assim, a **cláusula geral de polícia** (proteção da ordem e segurança públicas) só é aplicável quando não haja, no caso concreto, uma norma especial de direito administrativo econômico, como, por exemplo, o § 35.º da GewO ou o § 15.º, n. 2, da GewO, que preveem, de forma taxativa, os pressupostos de ingerência e as medidas de ablação⁸⁰. A par da especificidade técnica, também deverá ser respeitada, nos termos do art. 31.º da Lei Fundamental, a componente de Estado federal. Efetivamente, nos termos do art. 74.º, n. 1, al. 11, da

Lei Fundamental, a Federação possui competência legislativa concorrente no domínio do direito econômico (ver *infra* § 15 I). Porque o direito administrativo econômico se situa, em larga medida, no âmbito da **fiscalização econômica** (ver *infra* § 29), só a título excepcional será legítima e necessária uma recondução ao direito policial. Na falta de um fundamento de ingerência, não será suficiente a cláusula geral de polícia sempre que se trate da apreciação ponderada e equilibrada de uma ampla e nova manifestação do exercício profissional. Esta avaliação é vinculativa para o legislador.

Exemplo: Funcionamento de um recinto desportivo “Laserdrome” com simulação de atos mortais⁸¹.

Nas condutas necessitadas de licenciamento, o fato de existir uma licença exclui, por via de regra, uma intervenção policial com base na cláusula geral de polícia. Regressamos aqui à já referida ideia do **efeito legalizador** (ver *supra* § 2 V 2) sempre que o detentor da licença respeita os limites da mesma⁸². Por conseguinte, o direito administrativo econômico é um direito “à prova de polícia”. Em qualquer caso, o princípio da especialidade não significa que uma atividade econômica pode ser exercida de modo a serem postas em perigo **a segurança e a ordem públicas**. Relativamente ao tipo e ao modo de exercício da atividade econômica, poderá haver intervenção nos termos do direito de polícia e de ordenação em geral⁸³. Isto é especialmente válido no caso do **perigo iminente**.

Exemplos: Emissão de um ato de direito policial por grave perigo de epidemia ou por motivo de um caso de perturbação; encerramento provisório de uma sala de jogo com base no perigo de contrabando de estupefacientes⁸⁴.

Por outro lado, o direito policial aplica-se quando uma atividade não pode ser licenciada, verifica-se violação das normas de direito administrativo econômico e não existem autorizações de ingerência permitidas por lei especial.

Exemplos: Ordem de retirada de máquinas de jogo com dinheiro postas a funcionar com violação das normas do direito industrial⁸⁵.

Também existem pontos de contato entre o direito administrativo econômico e o direito policial na **imposição de obrigações de direito**

administrativo econômico. Por um lado, devemos pensar no auxílio de execução naqueles casos em que uma autoridade da Administração econômica tem de aplicar coação direta.

Exemplo: Imposição de um direito de entrada jurídico-industrial, no interesse de uma fiscalização econômica eficaz.

Trata-se aqui de um **auxílio por dever de ofício** a pedido da autoridade de administração (fiscalização) econômica (art. 35.º da Lei Fundamental; §§ 4.º e s. do VwVfG). Por outro lado, as autoridades de administração econômica também são competentes, nos termos do § 35.º do OwiG, para a **perseguição de contraordenações** (o chamado **ilícito administrativo econômico** — ver *supra* § 2 V 2). A perseguição de crimes é apenas da competência da polícia ou do Ministério Público (§ 163.º do StPO; §§ 20.º e s. do GüKG).

No **direito comunitário**, a cláusula geral de polícia serve de base justificativa para limitações legítimas da liberdade de mercado interno que assistem aos Estados-membros (arts. 30.º, 46.º e 64.º do Tratado do CEE⁸⁶ e *infra* § 9 IV).

VII. Direito administrativo econômico internacional e estrangeiro

1. Para a internacionalização e a globalização da economia com divisão do trabalho

As conclusões a que chegamos até aqui se limitaram, no essencial, aos aspectos do **direito administrativo econômico nacional**. Destes devem ser distinguidas as relações econômicas com outros Estados e com organizações econômicas supranacionais. Estas relações podem ser organizadas segundo o **princípio da autarquia econômica** ou da **divisão econômica do trabalho**. No sentido de uma divisão internacional do trabalho, podemos apontar a teoria de comércio externo, apresentada por David Ricardo, da *vantagem comparativa* (a chamada *comparative advantage*)⁸⁷. A Alemanha decidiu-se, nos termos dos arts. 23.º a 25.º da Lei Fundamental, a favor da cooperação internacional e do **princípio do Estado aberto**⁸⁸. A Alemanha coopera com outros Estados e integra-se na economia mundial, tendo em vista

fomentar a economia, multiplicar o bem-estar e otimizar a relação custo-benefício. O **Estado comercial aberto** abre os mercados e transfere direitos de soberania para instituições interestaduais (liberdade de circulação de pessoas, liberdade de prestação de serviços, liberdade de circulação de capitais e de circulação de mercadorias; ver *infra* §§ 9 e 16). O Estado comercial aberto permite às empresas optar por um determinado sistema jurídico e econômico e posicionarem-se globalmente⁸⁹. Simultaneamente, é fomentada a comunidade de Estados. No caso de abuso de mercado e de insuficiência do mercado, o Estado deve poder intervir e, em determinados setores não controláveis nacionalmente, deve poder criar condições gerais que vigorem para além das fronteiras nacionais e criar **direito administrativo econômico transnacional**.

2. Para o papel limitado de regulação da administração econômica nacional

Estados, regiões e Municípios, por um lado, e empresas e trabalhadores, por outro lado, comportam-se como *Global Player* e concorrem pelas melhores condições gerais para os investidores, por quotas de mercado e postos de trabalho. As empresas nacionais transformam-se em **sociedades transnacionais** e em **consórcios multinacionais (*Globalpreneur*)**, que — consoante as necessidades — podem se desviar do regime jurídico nacional. Considerando esta **desnacionalização e mobilidade dos fatores de produção**, a Administração econômica, entendida em termos nacionais, desempenha um papel meramente relativo. A componente territorial do direito, constituída pelas leis estaduais, corre cada vez mais vazia. Independentemente disso, muitas questões jurídicas modernas não são suscetíveis de resolução numa perspectiva territorial do Estado nacional. Pensemos apenas na economia do ambiente, dos *media*, do capital, dos transportes e do direito marítimo⁹⁰. Porque a capacidade de orientação do direito administrativo econômico nacional diminui à medida que aumentam as interdependências da economia internacional, os Estados são sempre obrigados a uma cooperação para

além das fronteiras⁹¹, como forma de satisfazer exigências de bem comum.

A globalização **da economia** exige uma **simplificação das regulações jurídicas internacionais** e uma globalização do direito (*Globalization of Law*). Por conseguinte, a até agora regulação territorialmente vinculada e o dever de proteção da responsabilidade pela economia alargaram-se no sentido de uma responsabilidade de disponibilização, de uma responsabilidade de regulação, de uma responsabilidade de garantia e de uma responsabilidade de controle supranacional⁹².

Exemplo: As normas de investimento global servem à segurança jurídica, à proteção da propriedade, à simplificação jurídica e à estimulação da economia⁹³.

Esta ideia de uma cooperação jurídico-econômica internacional no interesse da uniformização jurídica, da liberalização e da regulação com o fim de criação de uma **ordem econômica mundial** é referida em numerosos preâmbulos de acordos internacionais:

- **Acordos da OMC** (liberalização do comércio, sistema multilateral de comércio);
- **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar** (ordem econômica internacional justa);
- **Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados** (expansão do comércio, ordem econômica internacional justa).

3. Conceito e significado do direito econômico internacional

Tomando em consideração este ponto de partida, o direito administrativo econômico também deve ocupar-se da **globalização da economia** e integrar a evolução do direito econômico internacional no direito administrativo econômico nacional. Considerando-se o ponto de vista da ciência jurídica, o **direito econômico privado internacional** foi sempre, no passado, o precursor e o motor da internacionalização do direito. Exemplo-modelo bem-sucedido destes esforços no sentido da globalização do direito econômico privado é a

Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG — *Convention of Contracts for the International Sale of Goods*) que, de forma uniforme, disponibiliza normas jurídicas para além do círculo jurídico. A estas se juntam os usos de comércio internacional assentes na convicção de força jurídica dos comerciantes, que regulam de forma uniforme a **lex mercatoria**, bem como os acordos financeiros estandardizados internacionais e os diplomas de regulação técnica e do direito dos bens de consumo (*Codex Alimentarius*), os quais não substituem forçosamente os diferentes direitos internos dos Estados. Este direito autocriado da economia é expressão marcante da **autorregulação da economia de mercado** e da autorresponsabilidade econômica internacional⁹⁴.

O **direito administrativo econômico internacional** (*international economic administrative law*) não atingiu, até agora, este *standard* jurídico. As normas referidas não são suficientes para levar em consideração os múltiplos e diversificados interesses públicos e as exigências do bem comum. É certo que, do ponto de vista da sistematização do direito, já se verifica, por um lado, uma fusão de elementos de direito privado e de direito público sob o teto de um **direito econômico internacional uniforme**⁹⁵, devido aos pontos de apoio transfronteiriços comuns. Por outro lado, a já ocorrida (ver *supra* § 2 I 6) atribuição de diferentes funções e a visível recondução do direito econômico ao direito público apontam no sentido de uma problematização separada⁹⁶.

O **direito administrativo econômico internacional** é um capítulo do direito administrativo internacional, que se encontra em desenvolvimento, e o oposto do direito internacional privado⁹⁷. O **direito administrativo econômico internacional** regula as relações jurídicas entre a economia interna e a economia externa (ver *infra* § 16). No seu cerne, trata-se de princípios jurídicos do direito público vigente que vão para além do círculo jurídico, de normas de prevenção de conflitos, ou de normas de colisão (*conflict of laws*), que limitam o âmbito de aplicação das normas de direito administrativo econômico nacional, com base em acordos internacionais e com vista a facilitar as relações jurídicas, compreendendo múltiplas formas de cooperação

administrativa. Materialmente, o **direito administrativo econômico internacional** abarca, entre outros, o **direito internacional público econômico** e o **direito do comércio mundial**⁹⁸. Por isso, o direito administrativo econômico internacional pode ser definido como a soma das normas de direito público que regulam situações de fato de substrato econômico estrangeiro e contêm regras sobre o direito aplicável aos casos internacionais (isto é, que têm ligação com o estrangeiro).

4. Fontes jurídicas e efeito vinculativo do direito administrativo econômico internacional

O direito administrativo econômico internacional deve, neste sentido, vigorar para além do Estado, a fim de criar segurança jurídica para os atores envolvidos na economia. Deste ponto de vista, é claro que o direito administrativo econômico internacional radica em diferentes fontes de direito (direito administrativo econômico dos contratos, direito administrativo econômico consuetudinário, princípios de direito administrativo econômico — art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional). O direito administrativo econômico internacional é ainda complementado pela *soft law*⁹⁹, que frequentemente constitui a etapa prévia da *hard law*, a qual tem a sua sede no Tratado da Organização Mundial de Comércio (Tratado OMC ou Tratado-WTO) ou em leis nacionais. O direito administrativo econômico internacional é desenvolvido através de organizações internacionais, organizações não governamentais (*Non Governmental Organizations* — *NGO*) e acordos de privados, sob a forma de programas, de leis-modelo e de códigos de conduta (ver *infra* § 39 VI).

Exemplo: As diretivas e recomendações da comissão do *Codex Alimentarius* tiveram penetração nos Acordos-OMC em matéria da aplicação de medidas de prevenção da saúde e de medidas jurídicas de proteção das plantas (preâmbulo do art. 3.º, n. 4).

Do ponto de vista da sistematização jurídica, as fontes de direito internacional e o direito administrativo econômico nacional estão lado a lado, devido à geralmente reconhecida **soberania e igualdade dos Estados**, relativamente aos sistemas econômicos. As vinculações e os

privilégios apenas surgem com base na aceitação intraestadual das fontes de direito, nos termos dos arts. 25.º ou 59.º, n. 2, da Lei Fundamental, ou com base em decisões de direito comunitário (ver, por exemplo, o § 1.º, n. 1, do *LuftVG*).

No que respeita ao efeito vinculativo da UE e da República Federal da Alemanha, é aplicável à Alemanha, enquanto parceira contratual do Tratado AGCT/OMC, de 1994, antes de mais, o art. 2.º, n. 2, em ligação com o art. 16.º, n. 4, do Acordo. Segundo estes preceitos, todo o Estado-membro deve assegurar-se de que as suas leis, bem como outras normas e procedimentos administrativos, estão em harmonia com as suas obrigações baseadas nos Acordos juntos como Anexo¹⁰⁰. Por conseguinte, os Estados-membros só se podem furtar às suas obrigações através de violações censuráveis da lei.

Exemplo: A Organização Mundial do Comércio (OMC) constatou que o Regulamento da UE sobre o mercado da banana violava de forma especial o princípio do maior benefício, porque este Regulamento prejudicava ilegitimamente a importação da América Latina, comparativamente às importações de fruta dos chamados Estados-ACP¹⁰¹.

No caso de a CE ter celebrado um tratado de direito internacional público com um Estado terceiro, esse tratado será vinculativo para os Estados-membros e para os órgãos comunitários, com base no art. 300.º, n. 7, do Tratado da CEE. Estes acordos possuem um grau intermédio, dentro do direito primário e, por conseguinte, têm primazia em face do direito secundário da Comunidade¹⁰². No entanto, esta situação apenas se verifica, segundo a opinião do *Tribunal das Comunidades*, quando os acordos celebrados possuem efeito direto. Esta exigência exige que o tratado de direito internacional público seja necessariamente formulado em termos suficientemente claros. O direito da OMC (WTO) não satisfaz este pressuposto, devido à sua grande elasticidade, porque radica no **princípio da negociação** entre os Estados-membros, como acontece especialmente com os acordos de resolução de conflitos. Na opinião do Tribunal das Comunidades Europeias, só há lugar à aplicação de um regime diferente quando a Comunidade converte uma determinada obrigação assumida no quadro da Organização Mundial de Comércio ou quando a atuação da

Comunidade remete expressamente para normas especiais dos acordos da OMC¹⁰³. Devido ao primado de aplicação indireta geral daqui resultante, tanto o direito comunitário como o direito dos Estados-membros devem ser interpretados como direito conforme ao AGCT/OMC. Por conseguinte, o direito administrativo econômico pode ser caracterizado de **direito AGCT/OMC concretizado** (ver *supra* § 2 IV 3)¹⁰⁴.

Exemplo: O direito da OMC influencia o direito administrativo de organização e o direito administrativo de procedimento¹⁰⁵.

5. Direito administrativo econômico europeu

Uma manifestação especial do direito administrativo econômico internacional é constituída pelo direito econômico comunitário, que também pode ser caracterizado de **direito administrativo econômico europeu** (*European Economic Administrative Law*). O direito econômico comunitário é parte integrante central do transdireito econômico europeu, elemento contraposto ao direito econômico privado europeu, um capítulo do direito administrativo europeu, e amplia-se também ao direito econômico externo europeu. As suas normas são de extraordinária importância jurídica e prático, para o direito administrativo econômico nacional, devido ao referido **primado do direito comunitário** (ver *supra* § 2 III) e à recondução do direito econômico alemão ao mercado interno (ver *infra* §§ 5, 9 e 16)¹⁰⁶. O **direito administrativo econômico é direito comunitário concretizado**, que em larga medida se sobrepõe e derroga o direito dos Estados-membros (**desnacionalização do direito administrativo econômico**)¹⁰⁷.

Exemplo: Segundo as estimativas dos peritos, quase 80% de todas as regulações no domínio do direito econômico são determinadas pelo direito comunitário e quase 50% de todas as leis alemãs são desencadeadas pelo direito comunitário¹⁰⁸.

Os Estados-membros não se limitam a delegar competências. Simultaneamente alargam o âmbito de aplicação da legislação e da Administração nacional, quando lhe seja aplicável “**direito pátrio**”

como **direito transnacional** ou como **direito originário** em outros Estados¹⁰⁹ (ver *infra* § 9 III 2). Quanto a estes efeitos de mudança, podemos falar de uma “**comunitarização**” do **direito administrativo econômico**, a qual ainda não apresenta estruturas unitárias¹¹⁰.

Apoiando-nos na definição de direito administrativo econômico nacional (ver *supra* § 2 I 7), podemos entender o **direito administrativo econômico comunitário** como a soma das normas e medidas que regulam a instituição e a atividade dos órgãos da Comunidade e suas subdivisões, com vista à execução e à realização dos princípios, dos fins e das funções econômicas¹¹¹. Os atos de execução adotados pelos Estados-membros com base no direito administrativo econômico comunitário, que convertem o direito comunitário, são considerados como fazendo parte do direito administrativo econômico nacional (ver *infra* § 9 III, § 13 IV)¹¹².

6. Direito administrativo econômico estrangeiro e direito comparado

O **direito administrativo econômico estrangeiro** (*droit public économique; economic administrative law, derecho administrativo económico, economisch bestuursrecht*) apoia-se nas especificidades das respectivas ordens jurídicas estrangeiras, que devem ser levadas em consideração, especialmente no caso das relações econômicas além-fronteiras não reguladas bilateralmente pelo direito comunitário ou pelo direito internacional. Assim, o direito administrativo econômico estrangeiro dos Estados-membros é relevante na medida em que vigora dentro do mercado comunitário interno, como o chamado **princípio do país de origem** (ver *infra* § 9 III 2). Do ponto de vista da ciência jurídica, o direito estrangeiro é ponto de partida para **investigações de direito comparado (direito administrativo econômico comparado, Comparative Economic Law, Droit Comparé Economique)**¹¹³. Aqui, o direito comparado funciona, por assim dizer, como uma “*école de vérité*”, que aumenta a reserva das soluções potenciais de direito administrativo. Na verdade, a sua função central consiste em averiguar as respectivas regulações, necessidades e problemas jurídicos e em levar em consideração as diferenças e os

aspectos comuns dos círculos jurídicos, dos sistemas jurídicos, das culturas jurídicas e das tradições jurídicas¹¹⁴. O fim do direito administrativo econômico comparado é tanto o estabelecimento das matérias de direito administrativo econômico como o aperfeiçoamento do direito administrativo econômico respectivamente vigente, através da aceitação de institutos jurídicos mais eficazes e suscetíveis de generalização ou de ideias jurídicas no sentido de uma uniformização jurídica. Neste caso, a comparação dos direitos leva a uma **harmonização jurídica**. A longo prazo, o direito econômico comparado deve orientar-se a desenvolver, na medida do possível, diversos princípios jurídicos de aceitação geral, com vista a facilitar a vida econômica internacional¹¹⁵ (função de uniformização). Por conseguinte, o direito administrativo econômico comparado é, para a ciência, para a atividade legislativa e para a prática administrativa, o que a *Benchmarking* é para as empresas: o estímulo para otimizar o produto do direito administrativo econômico, pois é do melhor que aprendemos (função de otimização).

¹ No sentido de ordem policial (com caráter provisório) de encerramento (fecho) de uma empresa, devido a um dado perigo para a segurança de pessoas e/ou bens. (N. do T.)

² P. Saladin, *Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 132 e s.; R. Schmidt, *HdbStR* III, § 83; Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der EU*, 1996, p. 24 e s.; H. P. Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, §§ 14 e s.; *BVerfGE* 15, 235, 240.

³ Cf., por exemplo, Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2004; Schuppert (ed.), *Der Gewährleistungsstaat*, 2005.

⁴ Cf., por último, Grote, *AöR* 126 [2001], 10 e s.; Brand, *JuS* 2003, 1082, 1088.

⁵ Cf., sobre o conceito de *Common Law*, Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997, p. 31 e s.

⁶ Lyall, *An Introduction to British Law*, Baden-Baden, 1994, p. 118 e s.; Kahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (ed.) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, p. 67, 108.

[7](#) Cf., sobre os EUA, Jarass, *DÖV* 1985, 377 e s.; Lake/Lübben/Ziegenhain, in: Assmann/Bungert (ed.), *Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts*, 2001, p. 705 e s. para o direito das telecomunicações e o direito econômico externo; para o Canadá, Zetzel, *Kanadisches und deutsches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1999.

[8](#) Masing, *AöR* 128 [2003], 558 e s.; Breuer, in: *FS für W. Brohm*, 2003, p. 310.

[9](#) Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 1998; Colson, *Droit public économique*, 2001; Servoin, *Droit administratif de l'économie*, 2001; Chérot, *Droit public économique*, 2002; Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, 2004. Cf., para outros países europeus, Stober (ed.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa*, 1993.

[10](#) Cf., para o Japão, H. Sato, *The Economic Administrative Law in Japan*, Tokio, 1990; para a Coreia do Sul, Jeong Sun Hong, *Verwaltungsrecht*, v. 2, 1993, p. 560 e s., Dong-Hi Kim, *Verwaltungsrecht*, v. 2, 1994, p. 437 e s.; K. W. Chang, *Die Vergemeinschaftung des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 2005, p. 8; para a República Popular da China, Yongliu Zheng, *Das Wirtschaftsrecht Chinas*, Baden-Baden, 1997, p. 64 e s.; Chunying Xin, *Chinese Legal System and Current Legal Reform*, Konrad-Adenauer-Stiftung Beijing, 1999, p. 536 e s.

[11](#) Stober, *DÖV* 2002, 547 e s.

[12](#) Rösler, *JuS* 1999, 1186 e s.

[13](#) T. Nagel, *Das islamische Recht*, 2001, p. 73 e s., 127 e s., 282.

[14](#) Schmidt, § 2 II; Kahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (ed.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, p. 67, 107; Ruthig/Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005.

[15](#) Rittner, in: *FS für Ulmer*, 2003, p. 977 e s.

[16](#) Ver nota na p. 55. (N. do T.)

[17](#) T. Ernst, *Modernisierung der Wirtschaftsverwaltung durch elektronische Kommunikation*, 2005.

[18](#) Graf/Paschke/Stober (ed.), *Das Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen des E-Commerce*, 2002; idem. (ed.), *Staatlicher Verbraucherschutz*, 2003; Bauschke, *Verbraucherschutz im Öffentlichen Recht*, 2005.

[19](#) Cf., mais detalhadamente, Schmidt, § 2 I 2 d, p. 52 e s.

[20](#) Cf., para a problemática das determinações de conceitos, Vallender, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, Bern, 3. ed., 1995, § 3; R. Schmidt, p. 38 e s.

[21](#) Cf. também Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. ed., 2004, p. 134 e s.

[22](#) Stober, in: *FS für Maurer*, 2001, p. 827 e s.

[23](#) Wolff/Bachof/Stober 1, § 4 II 2b; Hoffmann-Riem, *DVBl.* 1999, 125 e s.; idem, in: *FS für Vogel*, 2000, p. 47 e s.; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, p. 290 e s.

[24](#) Neste sentido, Holoubek, *VVDStRL* 60 [2001], 513, 578 e s.; cf. ainda Ziekow, in: *FS für H. H. v. Arnim*, 2004, p. 189 e s.

[25](#) Cf. também Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2004.

[26](#) Pitschas, in: Blümel/Pitschas (ed.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess im Wandel der Staatsfunktionen*, 1997, p. 27, 34; Schmidt-Preuß, *VVDStRL* 56 [1997], 160, 162 e s.; Di Fabio, *ibidem*, p. 235 e s.; Schubert, *Das "Prinzip Verantwortung" als verfassungsrechtliches Rechtsprinzip*, 1998, p. 301 e s.; Berg, entre outros (ed.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept im Gewährleistungsstaat*, 2001; Brugger, *VVDStRL* 63 [2004], 101, 128; *BVerfGE* 98, 106, 120.

[27](#) Hoffmann-Riem, *JZ* 1999, 421 e s.; Schuppert, *Die Verwaltung* 31 [1998], 415 e s.; Voßkuhle, *VVDStRL* 62 [2003], 267, 270 e s.

[28](#) EuGH, *EuZW* 2002, 146.

[29](#) Empresas individuais constituídas por um desempregado, com base num subsídio que para o efeito lhe foi fornecido. (N. do T.)

[30](#) Cf. a chamada Lei das Pequenas Empresas (*Kleinunternehmergesetz*) de 24-12-2003, *BGBI.* I, p. 2933, sobre a alteração do § 1 AbCf. 2 HwO e ainda Schulze, *GewArch.* 2003, 283, bem como a chamada Lei de Apoio às Pequenas Empresas (*Kleinunternehmerförderungsgesetz*) de 31-7-2003, *BGBI.* I, p. 1550 (BR-DCf. 393 e 447/03).

[31](#) *Sachverständigenrat Jahresgutachten* 2002/2003, p. 219 e s.; Brockmann, *WiSt.* 2003, 677 e s.; Willems, *Die Förderung des Mittelstandes*, 2003, p. 5 e s.

[32](#) Recomendação de 6-5-2003, *ABl. EG*, n. L 124, de 20-5-2003, p. 36.

[33](#) *EuGHE* 1997 I, p. 3767; cf. ainda K. Schmidt, *JuS* 2006, 1 e s.

[34](#) BGH *NJW* 2005, 1273 e s.

[35](#) Em termos excessivamente restritivos, P. T. Stoll, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, 2003, p. 348 e s.

[36](#) Graf/Paschke/Stober (ed.), *Customer Relationship Management*, 2005.

[37](#) Cf., por exemplo, Wöhe, *Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, 18. ed., p. 1 e s.; Siebert, *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*, 12. ed., p. 18.

[38](#) Cf., por exemplo, Gröschner, *ThürVBl.* 1996, 217.

[39](#) Neste sentido, Häberle, *ZRP* 1993, 383, 385; *idem*, *Die Verwaltung* 26 [1993], 421, 445, que fala numa figura artística; sobre o estágio atual das opiniões, Kirchgässner, *Der Homo Oeconomicus*, 1991.

[40](#) W. B. Schönemann, *Wirtschaftsprivatrecht*, 4. ed., 2002; Führich, *Wirtschaftsprivatrecht*, 5. ed., 2001; J. Meyer, *Wirtschaftsprivatrecht*, 5. ed., 2003; Hohmeister, *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*, 2. ed., 1999; P. Müssig, *Wirtschaftsprivatrecht*, 6. ed., 2003.

[41](#) H. Schumann, Strafrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *LdRW*; Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht, Allgemeiner Teil*, 2004, p. 24; idem, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, 2006.

[42](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober § 3.

[43](#) Cf., por exemplo, Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 2. ed., 2005, p. 1 e s.; R. Schmidt e Kloepfer, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2. ed., 2000, §§ 1 e 6; para uma opinião crítica, D. Frank, *Umweltrecht und Wirtschaft*, 2000; Stober, *GewArch.* 2000, 265 e s.

[44](#) Böhret/Hill (ed.), *Ökologisierung des Rechts- und Verwaltungssystems*, 1994.

[45](#) BVerfGE 98, 106, 117 e s.

[46](#) Breuer, *Gutachten B zum 59. DJT* 1992, p. 57 e s.; Schmidt-Aßmann, *JZ* 1995, 1, 5; *Umweltbericht 1998*, BT-DCf. 13/10735, p. 22 e s. e 156 e s.

[47](#) Gröschner, *ThürVBl.* 1996, 217, 221; ders., in: Huber (ed.), *Thüringer Staats- und Verwaltungsrecht*, 2000, p. 453; Wolfrum, in: R. Schmidt (ed.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht BT, Teil 2*, p. 617; Di Fabio, *NVwZ* 1998, 329 e s.; Stober/Vogel (ed.), *Umweltrecht und Umweltgesetzbuch aus wirtschaftsrechtlicher Perspektive*, 2001; Frank, *Umweltrecht und Wirtschaft*, 2000; Stober, *GewArch.* 2000, 265 e s.

[48](#) BT-Ds. 12/8260, p. 33; Rentz, *WiSt.* 1994, 407 e s.

[49](#) Cf. Schmidt, § 2 II 2, p. 58, com outras referências bibliográficas; Ruthig/Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005, § 1 II 2.

[50](#) Cf., mais detalhadamente, Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, p. 6 e s.; Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995.

[51](#) Oppermann, *Europarecht*, 3. ed., § 13.

[52](#) Cf., em geral, Werner, *DVBl.* 1959, 527.

[53](#) Cf., por exemplo, Ehlers, *Gutachten E zum 64. DJT*, 2002, p. 129.

[54](#) Wolff/Bachof/Stober, §§ 24 e s.

[55](#) Ver nota na p. 55.

[56](#) Stober, *NVwZ* 2003, 1349 e s.

[57](#) Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997, p. 26.

[58](#) Cf., mais detalhadamente, Blaurock, *JZ* 1994, 270 e s.; Götz, *JZ* 1994, 265 e s.; Stober, in: *FS für Söllner*, 2000, p. 167 e s.

[59](#) Cf., para uma tentativa de sistematização, Henke, *DVBl.* 1983, 982 e s.; Griller, *Zur Systembildung im Wirtschaftsrecht*, 1989; Schmidt, § 2 II.

[60](#) Cf., em geral, Schulze-Fielitz, *Die Verwaltung*, 1994, p. 277 e s.

[61](#) Stober, *DÖV* 1995, 125, 127; idem, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997, p. 26.

[62](#) BVerwGE 16, 295; BVerwG, NJW 1966, 121; Oppermann, *Europarecht*, 3. ed., § 8 V; Wolff/Bachof/Stober, § 28 IV.

[63](#) W. Schroeder, *JuS* 2004, 180, 183.

[64](#) Cf. ainda, por exemplo, Hatje, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998, p. 71 e s.; Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1999, p. 95 e s.; W. Schroeder, *JuS* 2004, 180 e s.; BGH, *GewArch.* 1998, 429 e s. e *NJW-RR* 2001, 1369; BVerwGE 89, 320, 324.

[65](#) EuGH, *NJW* 1990, 972; Engel, in: Engel/Morlok (ed.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, p. 173 e s.

[66](#) Ver nota na p. 55.

[67](#) Cf., sobre este conceito, Czybulka, *BB* 1988, 2321, 2327; J. Ipsen, *VVDStRL* 48 [1990], 177, 193.

[68](#) Cf. Griller, *Zur Systembildung im Wirtschaftsrecht*, 1989, p. 14 e s.

[69](#) Cf. Stober (ed.), *Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1993.

[70](#) M. Müller, in: Wolff/Bachof/Stober, § 65.

[71](#) BVerwGE 55, 118, 120; BVerwG *DVBl.* 2000, 904; OVG Münster, *NVwZ* 1985, 355 e s.; Hilger, *Die Legalisierungswirkung von Genehmigungen*, 1996; H. Schumann, *Strafrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: *LdRW*.

[72](#) BGH, *EuZW* 2003, 444 e s.; Schmidt-Räntsch, *NJW* 2005, 106.

[73](#) Entende-se por direito policial aquele que regula a organização e o funcionamento das forças policiais e os direitos do cidadão face às intervenções policiais. (N. do T.)

[74](#) BVerwGE 94, 234; OVG Magdeburg, *LKV* 2001, 45; VGH Mannheim, *NVwZ-RR* 2000, 837; e *GewArch.* 2002, 289; Peine, in: *LdRW*.

[75](#) BayVGH, *BayVBl.* 1998, 536.

[76](#) OVG Münster, *GewArch.* 2003, 169 e 437.

[77](#) OVG Münster, *DÖV* 2004, 170.

[78](#) Ver nota na p. 55.

[79](#) BVerwGE 90, 337 e s.; BVerwG, *NVwZ-RR* 1995, 516.

[80](#) Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 13. ed., 2001, §§ 20, I, e 24; BVerwGE 38, 209, 213; OVG Münster, *DÖV* 1997, 1055; VGH Mannheim, *GewArch.* 1998, 82.

[81](#) BVerwGE 115, 189, 192.

[82](#) Peine, *JZ* 1990, 201, 211.

[83](#) Würtenberger, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, *Besonderes Verwaltungsrecht II*, 2. ed., 2000, § 21 A II e D III; BVerwGE 115, 189, 192.

[84](#) OVG Koblenz, *DÖV* 1999, 168; cf. também OVG Münster, *GewArch.* 2001, 71 e s.

[85](#) VGH Mannheim, *GewArch.* 1990, 403.

[86](#) EuGH, *EuZW* 2004, 753.

[87](#) Cf. Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation*, 1817; John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, 1848; Maennig/Wilfing, *Außenwirtschaft*, 1998, p. 95 e s.; Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2005, § 3.

[88](#) K. Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 33 e s.; Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998, p. 4 e s.; Hobe, *Der offene Verfassungsstaat*, 1998, p. 137 e s.; Vollmöller, *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2001, p. 27 e s.; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001; R. Schmidt, in: *FS für K. Vogel*, 2000, p. 21 e s.; R. Wahl, *JuS* 2003, 1145 e s.

[89](#) M. Staack, *Handelsstaat Deutschland*, 2000, p. 29 e s.

[90](#) Schoch e Trute, *VVDStRL* 57 [1998], 180 e s. e 244; Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.; Stober, in: Pitschas (ed.), *Integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2002, p. 21, 49 e s.; Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001, p. 172 e s. e 424 e s.; BVerfG, *NJW* 1995, 2339.

[91](#) Hatje, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998; Stober, in: *FS für Großfeld*, 1999, p. 1173 e s.

[92](#) Cf. também Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995, p. 23 e s.; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 9 e s. e, em ligação com ele, H. Bauer, in: idem, entre outros, (ed.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, p. 69, 72.

[93](#) Dolzer, *NJW* 2001, 2303 e s.

[94](#) Cf., mais detalhadamente, Ehrlicke, *JuS* 1990, 967 e s.; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. ed., 1996, p. 25; U. Stein, *Lex Mercatoria*, 1995; K. P. Berger, *Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996; Berger, *RIW* 2002, 256 e s.

[95](#) Gloria, in: K. Ipsen, *Völkerrecht*, 5. ed., 2004, §§ 43 e s.; R. Schmidt, in: "Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht", Anexo 2, *Die Verwaltung* 1999, 165 e s.

[96](#) Buxbaum, *RabelsZ* 60 [1996], 201, 216; Weber, *Internationales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: *LdRW*.

[97](#) Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001.

[98](#) Weiß/Hermann, *Welthandelsrecht*, 2003, p. 27 e s.

[99](#) Cf., mais detalhadamente, Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, p. 42 e s., 117 e s.; Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln* 2001, p. 241 e s.

[100](#) Cf. *BT-Ds.* 12/7655, p. 337; Stoll, *ZaöRV* 54 [1994], 241, 257, 266.

[101](#) Rabe, *NJW* 1996, 1320 e s.; Meier, *EuZW* 1997, 566 e s.

[102](#) *EuGHE* 1972, 1219 e s.; EuGH, *EuZW* 1997, 122 e s. e 1998, 573; Epiney, *EuZW* 1999, 5, 7; Hobe/Müller-Sartori, *JuS* 2002, 8, 12.

[103](#) EuGH, *EuZW* 2000, 276, *EuZW* 2001, 117 e s., bem como *EuZW* 2003, 758; von Bogdandy/Makatsch, *EuZW* 2000, 261 e s.; von Danwitz, *JZ* 2001, 721 e s.; Weiß/Hermann, *Welthandelsrecht*, 2003, p. 69 e s.

[104](#) Cf. BFH, *NJW* 1996, 1367 e s.; Weber/Moos, *EuZW* 1999, 229 e s.; von Bogdandy, *NJW* 1999, 2088 e s.; Müller-Graff (ed.), *Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation*, 2000; Hermes, *TRIPS im Gemeinschaftsrecht*, 2002.

[105](#) Tietje, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 17, 28 e s.

[106](#) Zuleeg, *VVDStRL* 53 [1994], 155; *BVerwGE* 106, 328, 331.

[107](#) No mesmo sentido, Battis, *DÖV* 2001, 988.

[108](#) Rabe, *NJW* 1993, 1 e s.; Grziwotz, *ZG* 1993, 115 e s.; *BVerfGE* 89, 155, 173.

[109](#) Ruffert, *Die Verwaltung* 2001, 453; Becker, *DVBl.* 2001, 855 e s.

[110](#) Cf., sobre estas exigências, Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union*, 1996, p. 53; Stober, in: *FS für Söllner*, 2000, p. 167 e s.

[111](#) Cf. Kempen, *Europäisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: *LdRW*.

[112](#) Allg. Wolff/Bachof/Stober, § 6 II e § 17 V; Suerbaum, *Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland*, 1998.

[113](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 7 e, sobre o direito industrial, Eisenmenger/Nünke, *NVwZ* 2003, 1222; Graf/Paschke/Stober (ed.), *Gewerberecht im Umbruch*, 2004.

[114](#) David/Grasmann, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 2. ed., 1988, p. 33; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. ed., 1996, p. 62 e s.; Rösler, *JuS* 1999, 1084 e s.; Trantas, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts*, 1998; Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2001; Grote, *AöR* 126 [2001], 10 e s.

[115](#) Cf. Starck, *JZ* 1997, 1021, 1025 e s.; Stober, in: *FS für Großfeld*, 1999, p. 1173 e s.

§ 3. CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Dimensão intradisciplinar e interdisciplinar

O direito administrativo econômico é parte integrante da **ciência da Administração econômica**. Trata-se aqui de uma disciplina parcial da ciência do direito ou da Administração¹, que funciona simultaneamente como ciência transversal. O seu campo de trabalho deve ser amplo, para não excluir de saída determinadas abordagens. A ciência da Administração econômica ocupa-se, sob pontos de vista jurídicos gerais, da apreensão, investigação, processamento e solução de questões, referências, formas de manifestação, condições e concepções da Administração econômica. Ela é a consequência do fato de a Administração econômica moderna não se esgotar no cumprimento de funções previamente conformadas juridicamente. A ciência da Administração econômica também implica uma elevada medida de responsabilidade metajurídica, intradisciplinar e interdisciplinar, no interesse de uma otimização do direito administrativo econômico.

Exemplo: As medidas e as normas de direito administrativo econômico não devem ser apenas conformes à Constituição e ao direito. Elas também têm de satisfazer os princípios da oportunidade (§ 10.º do VwVfG), da eficiência econômica (§ 7.º da BHO), da materialidade, da proximidade econômica, da temporalidade (§ 10.º do VwVfG) e da eficiência em geral.

A inclusão de questões de ciência de administração econômica exige um recuo aos métodos e reconhecimentos de outras ciências. É indispensável uma análise econômica, ecológica, técnica e de ciência da Administração, bem como a solução de problemas do direito econômico². A análise econômica do direito prossegue, como teoria jurídica da ciência econômica, o fim de investigar, esclarecer e regular todos os domínios da vida juridicamente conformados pelos princípios econômicos e com a ajuda dos instrumentos da ciência econômica. A análise econômica do direito visa complementar a reconhecida insuficiente capacidade de análise e de resolução dos problemas pelos métodos hermenêuticos orientados à descoberta do direito, através da

integração de outros aspectos, e contribuir para a otimização e estruturação eficiente de contributos jurídicos.

Exemplos: A proteção do consumidor é, do ponto de vista econômico, fundada na reação a um mau funcionamento do mercado, que assenta na assimetria de informações entre empresário e consumidor. A assimetria pode ser ultrapassada através de um controle de qualidade institucional da Administração econômica, através de um amadurecido *Customer Relationship Management* e através de informação compensatória do Estado³.

As câmaras de comércio e de indústria contribuem, com a obrigatoriedade de se tornar membro, para a minimização da carência de legislação e de execução por parte dos órgãos do Estado, na medida em que, pela troca de informações e pelo trabalho de grupo, elas velam pela existência de *fair play* nas relações negociais e pela segurança jurídica. Por outro lado, estas câmaras emitem pareceres e tomam posição com vista à correção da política econômica do Governo⁴.

II. Áreas científicas da administração econômica

A ciência da Administração econômica abarca numerosas disciplinas que, com exceção da política do direito administrativo econômico e da política de Administração econômica (ver *infra* § 3 III), só poderão ser aqui referidas de forma exemplificativa e genérica⁵:

- **ciência econômica** (discussão de conceitos e problemas relevantes do ponto de vista da economia geral, como, por exemplo o equilíbrio econômico geral ou os conceitos de boa governança (*Good Governance*)⁶);
- **ciência da economia empresarial** (discussão em torno de conceitos econômicos de relevância jurídico-empresarial e de problemas, como, por exemplo, *Public Management*);
- **ciência técnica e da segurança** (discussão em torno da averiguação e aceitação de normas técnicas e de *standards* para a uniformização da infraestrutura econômica e para a minimização do risco);

- **investigação de fatos jurídicos** (averiguação empírica e processamento da realidade de direito administrativo econômico, por exemplo em relação à atribuição de concessões de táxis, nos termos do § 13.º, n. 4, do PBefG);
- **ciência de criação jurídica** (diminuição e otimização da legislação econômica, através da discussão das alternativas legislativas e dos efeitos da criação jurídica, por exemplo nos termos do § 44.º da Resolução Comum — regulamento interno comum — dos Ministros Federais);
- **geografia da Administração econômica** (discussão em torno de problemas econômico-territoriais);
- **ética econômica** (discussão em torno de exigências morais do comércio que devem ser feitas à economia);
- **ciência da cultura econômica** (discussão em torno da respectiva formação do direito econômico);
- **informática econômica** (discussão em torno das regras da economia da informação, como, por exemplo, do *Electronic Government*).

III. Política do direito administrativo econômico

1. Objeto e significado da política do direito administrativo econômico

O direito administrativo econômico está em conflito com o direito vigente e com a sua interpretação, por conseguinte, com o efetivo real e com o estado real desta área do direito. Pelo contrário, a **política de direito administrativo econômico** compara, como ramo da política econômica e da ciência do direito administrativo, o direito administrativo econômico positivo com a situação material e econômica comunitária e com a realização da ordem constitucional. A política de direito administrativo econômico ocupa-se, pois, do efetivo desejado e do estado desejado e leva em consideração a dinâmica do direito econômico (*law in action*). A política de direito administrativo econômico averigua a existência de carências e faz propostas de aperfeiçoamento para um desenvolvimento eficaz do direito

administrativo econômico. O direito administrativo econômico é, pois, política “coagulada” de direito administrativo econômico.

Exemplos: Oportunidade de horário de encerramento dos estabelecimentos; prós e contras da existência de câmaras de indústria e comércio⁷; organização de registros de comércio⁸; reforma das manufaturas⁹.

2. Desregulação, privatização e desburocratização como funções da política do direito administrativo econômico

A política de direito administrativo econômico tem, no essencial, três campos de atuação: a política de ordenação, a política das estruturas e a política processual¹⁰. As considerações que seguem limitam-se à política de ordenação.

A **política de ordenação** trata do problema fundamental de saber qual o sistema econômico que é realizado e especialmente que condições gerais vigoram para a atuação econômica (ver *infra* § 4 e § 5). Esta matéria está no centro da questão da regulação e da desregulação, da estatização e da privatização, da formalização e da desburocratização. Todos estes conceitos dizem respeito ao **estabelecimento de fronteiras entre o Estado e o mercado**, entre a responsabilidade do Estado e da iniciativa privada pela vida econômica. No entanto, as expressões, que refletem as diferentes dimensões da ideia de liberalização, não são entendidas de forma uniforme. Os problemas que se relacionam com isto são discutidos em muitos Estados, de forma controversa, sob o *slogan* “*the state is rolling back*”¹¹.

A **desregulação** (*deregulation, dérèglementation*) visa evitar e diminuir regulações (redução da quantidade de regulação e da densidade das normas), acabar com ingerências antimercado na concorrência, bem como tornar o direito mais simples, mais transparente, mais efetivo e mais facilmente perceptível (ver *infra* § 26 III, § 34 III)¹².

Exemplo: Desregulação do direito dos restaurantes¹³.

Privatização significa a colocação de bens e serviços tradicionalmente prestados pela Administração Pública na titularidade

privada ou na economia privada (desestadualização, “descomunitarização”) ou a intervenção dos entes privados na prossecução de funções administrativas. A privatização compreende todas as funções do Estado (criação de normas jurídicas, Administração e jurisprudência) e estende-se a diversos campos de atuação da Administração econômica. A privatização ocorre, entre outras, como privatização da organização, do procedimento, do patrimônio, das finanças, das funções e das atribuições¹⁴. Ponto de partida é a ideia de que, num sistema jurídico orientado aos direitos fundamentais e à autorresponsabilidade, os sujeitos econômicos devem ter a possibilidade de autorregulação, de Administração autônoma e de resolução dos desacordos ou de mediação privada de conflitos, bem como de participação ativa na Administração econômica (ver *supra* § 2 I 5 e *infra* §§ 26 e 41)¹⁵. Na prática, a privatização tem lugar em diferentes velocidades.

Exemplos: *Abertura total do mercado:* Transporte ferroviário de longa distância¹⁶, telecomunicações¹⁷, desaparecimento do monopólio de controle da Associação de Fiscalização Técnica, nos termos do § 17.º do GPSG¹⁸, desaparecimento dos privilégios dos Correios (2007)¹⁹, economia da energia e do gás. *Abertura parcial do mercado:* Transporte de pessoas de curta distância, economia dos resíduos sólidos (§ 16.º do KrW/AbfG)²⁰, economia das águas (§ 18.ºa, n. 2 e 2a, da WHG)²¹, reorganização da segurança aérea²².

Por **desburocratização econômica** entendemos o desmantelamento formal, temporal, técnico e orgânico de entraves à adoção e ao exercício de atividades econômicas. A **desburocratização econômica** deve ser assegurada através do **novo modelo de orientação** da Administração no sentido de uma *new public managements*²³, sendo orientada, entre outras, à rentabilidade e à eficiência.

Exemplos: Simplificação e aceleração do procedimento de licenciamento (ver *infra* § 34 III), nos termos dos §§ 71.ºa e seguintes do VwVfG; obrigação de ensaiar a privatização, nos termos do § 7.º, n. 1, al. 2, do BHO²⁴; cláusula da experiência (§ 13.º da GewO, § 2.º, n. 7, do PBefG)²⁵.

Não obstante os esforços de política de ordenação que têm sido feitos, devemos levar em consideração que as privatizações necessitam

de criar novas regulações (por exemplo, direito dos efeitos de privatização, reforma da regulação, fiscalização econômica reforçada, autoridades de regulação — ver *infra* § 39 V) e que podem levar a monopólios econômicos (por exemplo, economia do saneamento ou economia das telecomunicações)²⁶. Sobre este ponto, ganha importância a ideia de **responsabilidade de garantia jurídico-estadual e jurídico-comunitária**²⁷ e de **direito administrativo de regulação do direito administrativo econômico**²⁸ (ver *infra* § 26). Mas também o conceito de desburocratização não prescinde de novas regras com as quais sejam compatibilizados os fins da Administração (as chamadas compatibilizações de fins).

IV. Política da administração econômica

Com a política do direito administrativo econômico não deve ser confundida a política da Administração econômica, que abre **margens de atuação política** dentro do direito administrativo econômico. Este conceito é idêntico ao conceito de política econômica referido nos arts. 98.º e seguintes do Tratado da CEE. O direito administrativo econômico cria os pressupostos normativos e estabelece os limites da política de Administração econômica. O seu significado consiste em que, a par da legalidade da atuação, podem desempenhar um papel diferentes **considerações de oportunidade**.

Exemplos: Política monetária do Banco Central Europeu, nos termos dos arts. 105.º e 108.º do Tratado da CEE; fomento municipal da política econômica, no quadro ao art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental.

¹ Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 2 II e §§ 13 e s.

² Cf., mais detalhadamente, Assmann/Kirchner/Schanze (ed.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993; Burow, *JuS* 1993, 8 e s.; Coleman/Lange (ed.), *Law and Economics*, 1992, Hampshire; Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995; Kirchner, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997; Stober, in: Boettcher/Herder-Dorneich/Schenk, *Jahrbuch Neue*

Politische Ökonomie, v. 8, 1989, p. 143 e s.; Morlok, in: Engel/Morlok (ed.), *Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, p. 1 e s.; Engel, *VVDStRL* 59 [2000], 56 e s.; W. Weigel, *Rechtsökonomie*, 2003; Schmidt-Abmann, in: idem/Hoffmann-Riem (ed.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 387, 400 e s.

3 *BVerfGE* 105, 252, 266 e s.; Ott, in: Graf/Paschke/Stober (ed.), *Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung*, 2003, p. 5, 15 e s.; Pfahler/Kraus, *WiSt.* 2003, 88 e s.; Stober, *DÖV* 2005, 333 e s.

4 Stober, *GewArch.* 2001, 393, 396.

5 Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 2 II e §§ 13 e s.

6 *The World Bank, Sub Saharan Africa*, 1989, p. 60; *The World Bank, Governance and Development*, 1992; Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 5.

7 Stober, *GewArch.* 1996, 184 e s.; idem, *GewArch.* 2001, 393 e s., e *BVerfG, GewArch.* 2002, 111 e s.

8 Stober, *ZRP* 1998, 224 e s.; idem, *Handelsregister und Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft*, 1998; *BR-Ds.* 325/03; *BT-Ds.* 15/1890; *BR-Ds.* 865/05.

9 Stober, *GewArch.* 2003, 393 e s.; *BT-Ds.* 15/1206.

10 R. Schmidt, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2. ed., 2000, § 1 n.m. 94 e s.

11 Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997; König, *DÖV* 1998, 963 e s.; Kitigawa, entre outros, (ed.), *Regulierung, Deregulierung, Liberalisierung*, 2001; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 27 e s.; Masing, *AöR* 128 [2003], 558 e s.

12 Näher Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997, p. 1 e s.; idem, *DÖV* 1995, 125 e s.; cf. Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999, p. 2; Basedow, *Mehr Freiheit wagen. Über Deregulierung und Wettbewerb*, 2002; Emptner/Frick/Vehrkamp (ed.), *Auf dem Weg zu moderner Regulierung*, 2005; Karpen, *ZRP* 2005, 199 e s.

13 Lei de 21-6-2005, *BGBl.* I, p. 1666, e ainda Dübbers/Jo, *NVwZ* 2006, 301 e s.

14 Wolff/Bachof/Stober, § 90.

15 H. Bauer, “Privatisierung von Verwaltungsaufgaben”, *VVDStRL* 54 [1995], 243 e s.; Peine, *DÖV* 1997, 353 e s.; Lee, *Rechtsprobleme der Privatisierung*, 1998; Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999; Schuppert, *Die Verwaltung* 31 [1998], 415 ff; Gramm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001; Kämmerer, *Privatisierung*, 2001; Wolff/Bachof/Stober, §§ 90 e s.; Bundesministerium der Finanzen (ed.), *Beteiligungsbericht*, 2005.

16 Frotscher/Kramer, *NVwZ* 2001, 24 e s.; Gersdorf, *DÖV* 2002, 275 e s.; Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2004, § 8.

[17](#) Frotscher/Kramer, *NVwZ* 2001, 24 e s.; Gersdorf, *DÖV* 2002, 275 e s.; Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2004, § 8.

[18](#) Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.

[19](#) Ossenbühl, *DVBl.* 1999, 1301 e s.; BVerfG, *GewArch.* 2002, 372. BVerfG, *NVwZ* 2004, 329 e s.

[20](#) *BVerwGE* 112, 297; OVG Lüneburg, *NVwZ-RR* 2004, 175; Weidemann, *DVBl.* 2000, 1571 e s.

[21](#) Geiger/Freund, *EuZW* 2003, 490 e s.; Daiber, *GewArch.* 2004, 107 e s.; Fischer, *NVwZ* 2003, 281 e s.; Masing, *VerwArch.* 95 [2004], 151 e s.

[22](#) K. Baumann, *DVBl.* 2006, 332 e s.

[23](#) Cf. Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 5; Bull, *VerwArch.* 38 [2005], 285 e s.

[24](#) Hoffmann-Riem/Schneider (ed.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996; Rengeling (ed.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, Deregulierung*, 1997.

[25](#) Schönleiter, *GewArch.* 2005, 369.

[26](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *DÖV* 1995, 125 e s.

[27](#) Schuppert, *Staatswissenschaft*, 2003, 290 e s.

[28](#) Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, p. 290 e s.; Masing, *AöR* 128 [2003], 558 e s.; Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2003; Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*, 2004; Bullinger, *DVBl.* 2003, 1355 e s.; Voßkuhle, *VVDStRL* 62 [2003], 266, 307 e s.; Monopolkommission, *Hauptgutachten* 2000, 2001, *Netzettbewerb durch Regulierung*, 2003; Berringer, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, 2004; Stober, in: *FS für R. Scholz*, 2007.

§ 4. SISTEMAS ECONÔMICOS COMO DECISÃO PRÉVIA DAS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS ESTADUAIS

I. Sistemas econômicos como problema fundamental do direito constitucional econômico

A abordagem metódica do direito administrativo econômico revelou que os ordenamentos jurídico-econômicos podem ser formulados como dois princípios fundamentais: se assentam na autorresponsabilidade do empresário, são constituídos na forma de economia de mercado e na forma de livre concorrência; se assentam na responsabilidade do Estado, são organizados na perspectiva da economia planificada e na perspectiva da Administração de direção central. Porque os **sistemas econômicos de base** se encontram num **sistema de concorrência**, qualquer Estado pode escolher, graças à sua soberania, entre o mercado e o plano (**liberdade de escolha do sistema econômico, direito constitucional econômico opcional**), sendo que a manifestação concreta do direito administrativo econômico depende da decisão que tenha sido tomada sobre o respectivo sistema, devendo-se atender, antes de mais nada, ao significado e ao modo de funcionamento dos dois sistemas de economia de base e às suas formas intermédias.

II. Economia de circulação/economia de mercado

1. O conceito de economia de circulação

A **economia de circulação ou economia de mercado**, marcada pelo liberalismo e inspirada por Adam Smith¹, coloca as pessoas individuais no primeiro plano. Parte da capacidade de reconhecer o seu melhor e de atuar sempre segundo o princípio econômico (o chamado *homo oeconomicus*). No centro deste sistema econômico está a **autonomia privada**, no sentido de um direito ao livre e autorresponsável exercício no domínio econômico. Autorresponsabilidade significa desenvolvimento da iniciativa privada, prontidão para participar no concurso de ideias e para assumir riscos. A autonomia privada é juridicamente assegurada através da garantia de

direitos econômicos subjetivos, que servem ao “adquirir” e ao “ter” pessoais (ver *infra* §§ 17 e s.).

A autonomia privada é acompanhada de **liberdades objetivas de circulação**, que garantem a livre circulação de mercadorias, a livre prestação de serviços, a livre circulação de trabalhadores e a livre circulação de capitais. Deste modo, é permitida uma maximização dos lucros e das utilizações, que tem em vista motivar os parceiros econômicos para a ação.

A economia de circulação assenta ainda na componente da **descentralização** e na divisão econômica do trabalho. Cada empresa em concreto e cada agregado familiar é titular de poder de decisão e pode criar o seu “plano econômico”. Neste plano são tomadas decisões autonomamente sobre os investimentos, as produções, a distribuição e as necessidades, levando em consideração a situação do mercado e o nível dos preços. O particular produz e consome sobretudo o que lhe parece ser mais barato e interessante. No “**mercado**” confrontam-se a oferta e a procura (**autocoordenação**). As decisões individuais de todos os governos domésticos e de todas as empresas determinam os montantes de oferta e de procura e influenciam os preços. A procura e a oferta decidem sobre as outras planificações de empresas, do comércio e dos consumidores e, assim, são um meio natural de orientação da livre concorrência (**autocontrole**).

O **princípio da economia de mercado** é, pois, a **concorrência como procedimento de descoberta** num mundo da insegurança². Por isso, também falamos em **modelo de auto-orientação** segundo o princípio *trial and error*. Este modelo impulsiona o processo da contínua destruição criadora³, no qual o mercado atua como filtro de correção. Exemplo acabado é o do **empresário dinâmico**. A iniciativa privada e as ideias de concorrência podem conduzir a novas e melhores soluções para os problemas, a formas de produção e de venda mais baratas, à rápida capacidade de adaptação às novas condições da economia e à diminuição dos riscos de decisão econômica errada. Nesta medida, a economia de mercado é apreciada pela sua eficiência e capacidade de otimização.

Por conseguinte, no essencial, a função do direito na economia de mercado consiste em proteger a concorrência como elevado bem jurídico (a chamada **mão visível do direito**⁴). De resto, a chamada “**mão invisível da economia**”, no dizer de Adam Smith, visa conduzir a uma situação de justiça e de harmonia⁵. É que o empresário é orientado nas suas decisões por uma mão invisível para atingir um fim cuja realização ele não teve em vista. Em conformidade com isso, a força motriz do interesse individual é travada e neutralizada pela concorrência, que beneficia os clientes e os produtores e, assim, serve ao bem da comunidade.

A economia de mercado ou de circulação é, pois, do ponto de vista sistemático, estranha a uma economia de direção do Estado. O Estado limita a liberdade econômica de ação apenas por **razões de prevenção do perigo policial** (ver *supra* § 2 I 1). Por outro lado, o Estado tem de criar as condições mínimas para a concorrência de economia de mercado ser capaz de funcionar. Para tal, é necessária, geralmente, uma **infraestrutura econômica** (ver *infra* § 26), cuja existência é pressuposta no sistema de economia de mercado.

Exemplo: Adam Smith considera, entre outros, ser dever do soberano criar e manter “determinadas instituições e instalações públicas que um particular ou um pequeno grupo não pode explorar no seu próprio interesse, porque o lucro nunca poderia cobrir os seus custos”⁶.

2. Fraquezas da economia de circulação

A economia de circulação assenta, todavia, em duas premissas duvidosas. A economia de circulação pressupõe que toda pessoa atua economicamente segundo um plano ou racionalmente e reconhece inclusive onde está o seu maior benefício na economia. Esta imagem, oriunda da teoria econômica, do *homo oeconomicus*, do *homo consumens* ou do sujeito econômico informado, no sentido de uma maximização racional do benefício num Estado livre, não corresponde à realidade econômica (ver *supra* § 2 I 8)⁷. A economia de circulação supõe conhecimentos de mercado e transparência de mercado. A economia de circulação é sobretudo orientada à obtenção pessoal e egoísta de lucro, enquanto a responsabilidade pelo bem comum

econômico, social e ecológico surge no *background*. A economia de circulação parte do assinalado funcionamento do mecanismo do mercado e dos preços e desconhece que os produtores se unem às liberdades econômicas atribuídas e podem exercer um poder sobre mercado de forma a falsear a concorrência. Por isso, neste sistema econômico há o perigo de **abuso do mercado** e de **mau funcionamento do mercado**.

III. Economia de administração central/economia planificada

1. O conceito de economia de administração central

A economia de Administração central ou de plano evita as desvantagens residentes na autonomia privada e na autorresponsabilidade econômica. Como reverso típico ideal da economia de circulação, o modelo econômico marcado pelo socialismo, e teoricamente fundado em Marx⁸, radica numa economia planejada e organizada apenas pelo Estado. O **Estado**, ou a sociedade, é **proprietário dos meios de produção**. O particular é, no essencial, objeto da atuação da economia do Estado e assim não pode exercer influência no decurso da vida econômica.

A economia de plano é caracterizada pelo elemento da **centralização**, isto é, os planos concretos individuais existentes são substituídos ou subordinados ao plano econômico geral do Estado (direção das estruturas, direção dos investimentos, direção da produção e direção da prestação de serviços). Por outro lado, o Estado é competente para atribuir, ao seu livre critério, a qualquer pessoa uma função qualquer. Produção e consumo são prescritos, até ao detalhe, com base nos fins políticos e tecnocráticos do plano, que não se orientam pela situação do mercado (por exemplo, pela procura de um produto). No lugar do princípio da livre troca e da concorrência, típico da economia de mercado, surge a **atribuição** (por exemplo, de determinadas matérias-primas e em determinadas quantidades para transformação em determinados produtos previstos no plano econômico). O substituto da economia planificada dos preços de

mercado são, em geral, ou para determinadas empresas, os números de referência fixados, por exemplo, sobre a produção industrial de mercadorias, a produção líquida, os lucros, as exportações, bem como os custos das matérias-primas e os preços de venda estabelecidos pelo Estado. A atribuição e **os números de referência** são os instrumentos centrais da direção dos programas de produção e do controle de sucesso. Por isso, é função do direito e da Administração econômica central proteger o **estrito cumprimento dos planos como bem jurídico mais importante**.

2. Fraquezas da economia de administração central

A Administração econômica central tem, devido à sua apertada organização, a vantagem de ser visível. Contrapõem-se-lhe, geralmente, diversas desvantagens. Por um lado, os desejos de consumo não são satisfeitos, nem com prioridade, nem integralmente. Em vez disso, há o perigo de sobreprodução de bens de pouca procura e de incentivo à acumulação de *stocks* para compensar situações de escassez. Por outro lado, desaparece a autorresponsabilidade e a iniciativa privada dos que produzem para o Estado, que não são motivadas para a melhoria das prestações, devido ao dirigismo da economia e especialmente à ausência de propriedade privada (**falha do Estado**). Por isso, no seu conjunto, a assim caracterizada **economia de comando** assenta no pressuposto duvidoso de que o Estado e os seus servidores estariam em melhores condições que as empresas privadas para planejar, em condições de incerteza, e que o Estado, como instância econômica central, seria o melhor garante da atuação econômica e do progresso econômico.

IV. Sistemas econômicos entre mercado e plano

1. *Mixed Economy* como forma de manifestação real

Os referidos sistemas de economia de base são padrões típicos ideais. Eles não ocorrem com este caráter absoluto e com esta pureza na realidade econômica. Em vez disso, existem na realidade diversos tipos e formas intermédias. O seu objetivo consiste em eliminar as referidas insuficiências dos dois sistemas de base e otimizar a

conformação da atividade econômica. Por vezes, também se fala, neste contexto, de “*mixed-economy*” ou de “terceira via”.

2. Economia social de mercado

a. Componentes individuais

Um modelo intermédio é constituído pela chamada **economia social de mercado**. Na verdade, por detrás deste conceito não se esconde uma forma de economia pacificamente reconhecida e claramente definível. A economia social de mercado é, antes, um sistema aberto, um programa que à luz das novas ideias e reconhecimentos não se opõe a um desenvolvimento ulterior. Alfred Müller-Armack, que caracterizou o conceito de economia social de mercado, descreveu este modelo económico como “a conformação de ‘ideias de estilo’ sobre a evolução a esperar” (“der Ausgestaltung harrenden progressiven Stilgedanken”)⁹. Independentemente das facetas possíveis e das diferentes abordagens deste padrão, está em primeiro plano, todavia, a autorresponsabilidade e a corresponsabilidade pela vida económica dos sujeitos da economia privada, inclusive dos parceiros sociais.

b. Componentes sociais e globais

As regras fundamentais da interação de interesses individuais, de interesses de grupo e de interesses do Estado são o **princípio da subsidiariedade** (ver *infra* § 12) e o **princípio da solidariedade** (“um por todos e todos por um”). Por esta razão, o Estado dirige o decurso da economia para vincular a liberdade económica ao mercado com **justiça social** e **equilíbrio social**. O Estado comporta-se como **vigilante do mercado**¹⁰, porque o mercado leva pouco em consideração os interesses sociais dos participantes económicos.

Exemplos: Pequenas e médias empresas (ver *supra* § 2 I 5c), consumidor (ver *supra* § 2 I 5c), trabalhador, vizinho de empresa.

São possíveis diferentes maneiras de correção social, dependendo dos respectivos objetivos de orientação do Estado. O fim pode ser a correção de **abusos de mercado** (formação de monopólios) e de **insuficiências de mercado**, evitar resultados económicos lesivos para

o bem comum e proteger e apoiar determinados sujeitos econômicos (proteção do consumidor) ou anular uma má evolução da economia.

3. Economia ecológico-social de mercado

a. A componente ecológica

O modelo clássico da economia social de mercado apenas rudimentarmente se ocupou das questões ecológicas. Ainda assim, Müller-Armack falou, já no ano de 1960, da “ordem ambiental” (*Umweltordnung*) e, neste contexto, referiu a defesa da paisagem¹¹. Isto prova que a componente ambiental não é estranha ao sistema de economia social de mercado, aberta ao desenvolvimento. Pelo contrário, estamos perante uma ordem global na qual a inclusão de um ambiente saudável e limpo é pressuposto essencial de uma economia futura de justiça social e da conservação do bem-estar. A questão ecológica tornou-se, assim, simultaneamente, na questão de sistema e na “pedra de controle” da capacidade de prestação das ordens econômicas de mercado. A economia de mercado ecológico-social corresponde à ideia-mestra internacionalmente reconhecida do **desenvolvimento sustentável** (ver, por exemplo, o preâmbulo, n. 1, da OMC; o art. 6.º do Tratado da CEE; o art. 37.º Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), cujo fim consiste em ligar entre si os fins econômicos, ecológicos e sociais (ver *supra* § 2 II).

A economia ecológica e social de mercado baseia-se no princípio da autorresponsabilidade e corresponsabilidade dos sujeitos econômicos pelo ambiente. Por isso, o Estado deve limitar-se a estabelecer previamente valores a atingir e condições gerais das quais se possa extrair o modo como o ambiente pode ser protegido da forma mais barata possível. Em suma, as forças da economia de mercado devem ser ativadas no sentido de uma melhoria da situação ambiental. Desse modo, poderá surgir uma concorrência por soluções ambientais avançadas e baratas.

b. Para a imputação de efeitos externos ao causador

A ideia de partida é, frequentemente, que a utilização excessiva do ambiente e a poluição ambiental apenas causam custos sociais (o chamado **efeito externo negativo**), porque a utilização de bens é livre

e, por isso, não é objeto da escassez, dos preços, nem da economia (*social cost*)¹². Por conseguinte, os custos econômico-públicos e econômico-privados não se cobrem. Por isso, a peça nuclear da política ambiental da economia de mercado é a **integração do fator de produção “ambiente”** no cálculo econômico concreto. Aqui o **ambiente** é entendido como **bem escasso** e a sua utilização é acompanhada de um preço que dá informação sobre os custos realmente causados (princípio 16.º da Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente)¹³. Uma medida de máxima eficácia ecológica e de eficiência econômica pode ser alcançada através de incentivos de economia de mercado ou de instrumentos que gratificam, segundo o *slogan* “proteção ambiental através de autoutilização”, as economias amigas do ambiente e encarecem as economias que prejudicam o ambiente.

Exemplos: Responsabilidade por produtos ecológicos, nos termos do § 25.º do KrW/AbfG; redução eficaz dos custos dos gases de efeito estufa, nos termos do § 1.º do TEHG.

c. Princípios ambientais da economia de mercado e sua generalização de direito administrativo econômico

Para a realização de uma Proteção ambiental orientada de forma eficiente no plano da economia de mercado recorre-se a determinados princípios, entre os quais os consagrados no art. 174.º, n. 2, do Tratado da CEE. Estes princípios podem ser generalizados, porque o seu significado não se esgota no conteúdo ecológico.

Segundo o **princípio da precaução (*principle of precautionary action*)**, a proteção ambiental é prevenção do perigo, precaução do risco e precaução do futuro. A proteção ambiental visa a prevenção de atentados ambientais, a minimização do risco e a utilização cuidadosa do fator de produção “ambiente”, no interesse de uma garantia, quanto possível a longo prazo, das bases ecológicas¹⁴.

Segundo o **princípio do causador (*pollution pay principle*)**, deve, em geral, suportar os custos de um atentado ambiental aquele que é responsável pelo seu surgimento. O princípio do causador corresponde às ideias da economia de mercado, porque ele é também princípio de imputação de custos e critério de eficiência econômica. O ponto de

contato empresarial resulta do conceito de **responsabilidade pelo produto** e garante a imputação dos efeitos externos ao causador, que de outro modo teriam de ser suportados pela comunidade em geral (**princípio do ônus coletivo**). Porque os custos entram no cálculo, é garantida uma utilização econômica do ambiente e são libertadas iniciativas e criatividade para as soluções amigas do ambiente e baratas.

O **princípio da cooperação** (*principle of cooperation*) visa uma participação quanto possível ampla de todos os grupos sociais na concepção e imposição dos fins e das medidas de política ambiental (ver *supra* § 2 I 5). Este princípio concretiza a responsabilidade ambiental bilateral e com divisão do trabalho da economia e da Administração Pública¹⁵.

Exemplos: Entes responsáveis pela proteção do ambiente, economia bilateral dos resíduos sólidos.

Uma outra abordagem é constituída pelo **princípio do modo global de observação ou da proteção integrada do ambiente**. Segundo esta abordagem, os efeitos ambientais devem ser investigados na sua inter-relação, porque a experiência revela que os danos ambientais são, frequentemente, a consequência de emissões de uma diversidade de fontes que, em si consideradas, não são de grande relevância.

Exemplo: A Diretiva sobre a Prevenção e o Controle Integrados da Poluição (Diretiva IPPC) e sua concretização pelo § 1.º, n. 2, do BImSchG.

d. Economia social de mercado e recusa do Estado

É comum a todas as formas de manifestação da economia de mercado social o fato de ela se limitar, no essencial, às **insuficiências do mercado** e ao abuso de mercado. Pelo contrário, são em larga medida esquecidos o mau funcionamento **do Estado** (âmbito da atividade do Estado, rentabilidade e eficiência da Administração estadual etc.) e o *homo burocraticus*¹⁶. Esta unilateralidade é, com razão, criticada, porque o Estado tem, num sistema jurídico marcado pela liberdade, uma função de servidor em face da economia e, por isso, os sujeitos econômicos podem fazer determinadas exigências ao Estado. Um passo nesta direção é constituído pelo chamado “novo

modelo de orientação”, baseado nas doutrinas da gestão econômica privada, que, nomeadamente, visa uma modernização e uma maior proximidade econômica (ver *supra* § 3 II)¹⁷.

4. Economia de mercado de orientação global

A chamada **economia de mercado de orientação global** não se limita, em oposição à economia de mercado social, a uma orientação pontual das razões sociais e ecológicas. Pelo contrário, o fim desta forma de economia é o estabelecimento de um **equilíbrio da economia global**, no sentido do art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental, em ligação com o § 1.º do StabG, bem como com o art. 2.º e com os arts. 105.º e seguintes do Tratado da CEE, através de decisões centrais de política econômica, financeira e orçamental (ver *infra* § 10). A concepção teórica da economia de mercado de orientação global recua a J. M. Keynes¹⁸ e a J. A. Schumpeter¹⁹.

¹ *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, 1776.

² F. A. Hayek, “Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren”, in: *Freiburger Studien*, 1969, p. 249 e s.; idem, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, 1996, reimpressão, 3 volumes; *Monopolkommission, Sondergutachten 27, Systemwettbewerb*, 1998, p. 25.

³ J. A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Bürokratie*, 6. ed., 1987, p. 134 e s.

⁴ Cf. Mestmäcker, *Die sichtbare Hand des Rechts*, 1978; Fezer, *JZ* 1990, 657 e s.

⁵ Citado por Smith, *Der Wohlstand der Nationen, aus dem Englischen übertragen von H. C. Recktenwald*, 3. ed., 1983, p. 371; van Suntum, *Die unsichtbare Hand*, 1999.

⁶ Zit. nach Smith, *Der Wohlstand der Nationen, aus dem Englischen übertragen von H. C. Recktenwald*, 3. ed., 1983, p. 582; cf. ainda ibidem, p. 612 e s.

⁷ Becker, *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, 1982; Von Hippel, *JZ* 1998, 529, 531 e s.; Gröschner e Kirchgässner, in: Engel/Morlok (ed.), *Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, p. 31 e s. e 49 e s.; cf. também Engländer, *JuS* 2002, 535 e s.

⁸ Karl Marx, *Das Kapital, Kritik der politischen Oeconomie*, 1867.

[9](#) *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, 1947, p. 88; idem, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1966, p. 10.

[10](#) Sobre este conceito, cf. Leisner, in: *FS für Kriele* 1997, p. 253, 268; cf. Grosseckler, in: Nörr/Starbatty (ed.), *Soll und Haben — 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft*, 1999, p. 53, 65 e s.; e sobre as diferentes manifestações (“neoliberal, ordoliberal Dimension”) Siems, *ZRP* 2002, 170 e s.; *BVerfGE* 105, 252, 265 e s.

[11](#) Müller-Armack, in: Stützel, entre outros, (ed.), *Grundtexte der sozialen Marktwirtschaft*, 1981, p. 63, 71 e s.

[12](#) Cf. ainda Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, reimpresso in: Coase (ed.), *The Firm, The Market and The Law*, Chicago University Press, 1988, p. 95 e s.

[13](#) Jahresgutachten 1989/90 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, *BT-Ds.* 11/5786, p. 144 e s.; *Jahresgutachten* 1993/94, p. 263 e s.; *Umweltgutachten* 1994, *BT-Ds.* 12/8451, p. 9; Bericht der Enquetekommission Schutz des Menschen und der Umwelt, *BT-Ds.* 12/8260, p. 296 e s.; Koenig, *DÖV* 1996, 943 e s.

[14](#) Fleury, *Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht*, 1995; Lübke-Wolff, *NVwZ* 1998, 777 e s.; Rengeling, *DVBl.* 2000, 1473 e s.; Appel, *NVwZ* 2001, 395 e s.; idem, *Staatliche Zukunftsvorsorge*, 2005, p. 50 e s.

[15](#) *BVerfGE* 98, 100, 120 e s.; Schuppert, *Die Verwaltung* 31 [1998], 415, 434 e s.; Di Fabio, *NVwZ* 1999, 1153 e s.

[16](#) Cf. Luckenbach, *WiSt.* 1991, 225 e s.; König, *DVBl.* 1997, 239 e s.

[17](#) Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 5.

[18](#) *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936.

[19](#) *History of Economic Analysis*, 1950.

B. DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

CAPÍTULO PRIMEIRO

Fundamentos jurídico-constitucionais de orientação econômica

§ 5. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DA LEI FUNDAMENTAL, DO TRATADO DA CE E DO DIREITO ECONÔMICO MUNDIAL

I. A Constituição econômica da Alemanha

1. Constituição econômica da Alemanha e globalização da economia

A apresentação do sistema econômico de base e das suas formas intermédias é ponto de partida para a questão fundamental de direito administrativo econômico da Constituição econômica. Esta questão deve ser colocada a partir de três pontos de vista: a perspectiva alemã (I), a perspectiva jurídico-comunitária (II) e a perspectiva da economia mundial (III). É certo que cada Estado pode decidir por si próprio, com base na sua **soberania de direito internacional público** e no princípio da **igualdade de direitos**, sobre a sua ordem econômica e sobre a sua abertura econômica a outros Estados (ver *supra* § 2 VII)¹. Simultaneamente, no entanto, os Estados estão em **concorrência, a nível mundial, de localização e de regulação**. A crescente **regionalização e globalização da economia** obriga, cada vez mais, os Estados a aceitar, no interesse da simplificação e do fomento das transações econômicas internacionais, limitações aos direitos nacionais de soberania na área econômica (ver *supra* § 2 VII). Antes de nos debruçarmos sobre essas questões, devemos, em primeiro lugar, apreciar a situação da Constituição alemã, que é desenvolvida, na perspectiva da **Constituição econômica em sentido restrito**, pela Lei Fundamental (ver *supra* § 2 III).

2. A controvérsia em torno da Constituição econômica

Enquanto a **Constituição Imperial de Weimar** continha um capítulo especial sobre a “vida econômica”, a **Lei Fundamental** não dedica à ordem econômica um capítulo próprio. A Constituição Federal também não estabeleceu expressamente um determinado sistema econômico sob a forma de um princípio constitucional ou de um fim do Estado. Por conseguinte, a Lei Fundamental está de acordo, por exemplo, com a situação constitucional da Suíça e da Áustria². Pelo contrário, ela afasta-se de algumas Constituições recentes de Estados, que ou estabelecem uma confissão a favor do fim estadual de economia de mercado, ou determinam os princípios da ordem econômica (art. 38.º da Constituição espanhola; art. 80.º e s. da Constituição portuguesa). Em qualquer caso, neste sentido a República Federal da Alemanha não é um **Estado econômico**³ e a Constituição econômica não é uma determinação do fim do Estado. É verdade que diversas **Constituições estaduais**, emitidas antes da entrada em vigor da Lei Fundamental, reproduziram em larga medida o capítulo sobre a vida econômica da Constituição Imperial de Weimar (ver, por exemplo, os arts. 151.º e s. da BayVerf.; os arts. 27.º e s. da HessVerf.; os arts. 24.º e s. da NWVerf.) e que diversos Estados federados adotaram na sua Constituição o conceito de economia ecológica e social de mercado (art. 42.º, n. 2, da BbgVerf.; art. 51.º da RPVerf.; art. 38.º da ThürVerf.). No entanto, estas e outras normas idênticas não têm significado prático, devido à declaração de direito federal econômico do primado de competência estabelecido no art. 74.º da Lei Fundamental, relativamente ao art. 31.º do mesmo diploma (ver *infra* § 15 I).

Por força desta situação constitucional gramatical, sistemático-constitucional e jurídico-comparada, é duvidosa a questão de saber se a Lei Fundamental contém sequer uma determinada Constituição econômica ou por que princípios jurídicos fundamentais deve ser configurada a vida econômica. Esta questão é debatida, de forma controversa, desde a existência da República Federal da Alemanha sob o *slogan* “**discussão em torno da Constituição econômica**”.

3. Para a abertura da Constituição econômica alemã

a. Base jurídico-constitucional

Ponto de partida da base jurídico-constitucional é a análise dos locais da Constituição em que surgem o conceito e o domínio material de economia. Já por diversas vezes foi referida para o direito da economia a norma central de competência do art. 74.º, n. 1, segmento 11, da Lei Fundamental. Nesta relação de competência e de distribuição de funções devem ainda ser referidas, entre outras, as seguintes normas (ver também *infra* § 10.º e § 15.º):

- a transferência de bens imobiliários, de recursos naturais e de meios de produção para a propriedade coletiva ou para outras formas de economia coletiva (art. 74.º, n. 1, segmento 15, da Lei Fundamental);
- a prevenção do abuso de poder econômico (art. 74.º, n. 1, segmento 16, da Lei Fundamental);
- o fomento da produção agrícola e florestal, bem como da pesca (art. 74.º, n. 1, segmento 17, da Lei Fundamental);
- a proteção do comércio de bens alimentares e de gozo (art. 74.º, n. 1, segmento 20, da Lei Fundamental);
- a melhoria da estrutura econômica regional (art. 91a, n. 1, segmento 2, da Lei Fundamental);
- o equilíbrio econômico geral (art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental).

Pelo contrário, no capítulo “**Os direitos fundamentais**” apenas se encontram referências rudimentares às liberdades econômicas e aos seus limites (ver *infra* §§ 17.º e s.). O art. 9.º, n. 3, da Lei Fundamental fala em “condições econômicas” e o art. 15.º da Lei Fundamental permite a conversão dos meios de produção nas formas de economia coletiva.

b. Discussão jurídico-constitucional

Que balanço de direito constitucional econômico pode ser feito desta enumeração? Na doutrina são sustentadas diferentes opiniões. Por vezes, argumenta-se que da Lei Fundamental resulta uma não decisão deliberada da Constituição quanto à questão da ordem

econômica⁴. Outras vezes, fala-se na garantia de uma “Constituição econômica mista”, porque a Lei Fundamental contém um equilíbrio repleto de tensão e uma compensação de liberdades econômicas jurídico-fundamentais e de vinculações sociais⁵. Por vezes, argumenta-se que a Lei Fundamental admite toda a ordem econômica e permite, devido ao seu art. 15.º, também uma “conformação socialista”, sem necessidade de alteração da Constituição⁶. Outras vezes, tendo em consideração a garantia institucional da liberdade de concorrência e da liberdade de empresa, bem como o conteúdo do Estado social da Lei Fundamental, sustenta-se que a ordem econômica da República Federal da Alemanha deve ser qualificada de economia de mercado social⁷. Umas vezes, diz-se que o sistema de economia de mercado está “de qualquer forma consagrado na Lei Fundamental”⁸. Outras vezes, retira-se dos direitos fundamentais uma decisão no sentido de uma ordem de concorrência, uma função de garantia da economia de mercado ou um primado do carácter privado⁹. Por vezes, sustenta-se, por força do art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental, a opinião de que se trata de uma ordem de mercado de orientação global¹⁰.

O Tribunal Constitucional Federal argumenta que a Lei Fundamental seria muito reservada no que respeita à questão da ordem econômica. A Lei Fundamental terá deixado, deliberadamente, em aberto a questão da Constituição econômica, a fim de facultar um maior espaço de liberdade para a discussão, a decisão e a conformação. A Lei Fundamental não vincularia o legislador a uma determinada opinião político-econômica. Sobretudo não garantiria a economia de mercado social ou a conservação de uma outra política econômica determinada. A ordem econômica atual seria apenas uma ordem possível segundo a Lei Fundamental e não apenas a única possível. Ela assentaria numa decisão econômica e político-social tomada livremente pelo legislador, que poderá ser substituída ou quebrada por outra decisão. O **aspecto da relativa abertura** atualmente constante da Constituição toma em consideração a evolução histórica, que em larga medida caracteriza a vida econômica¹¹.

c. Interpretação sistemático-constitucional

A opinião do Tribunal Constitucional Federal corresponde à análise jurídico-constitucional por nós adotada e aos padrões gerais da interpretação constitucional. Mercado e concorrência não estão, enquanto tais, institucionalmente assegurados do ponto de vista dos direitos fundamentais. No entanto, a Constituição constitui o suporte dos pressupostos de um mercado. É certo que os direitos fundamentais impedem a completa abolição de um mercado. No entanto, o Estado não está limitado à orientação conforme ao mercado¹².

d. Dimensão histórico-constitucional

Se lançarmos mão da história da evolução da Lei Fundamental, teremos a seguinte imagem: A Lei Fundamental não tem qualquer capítulo sobre a vida econômica, porque no momento da elaboração da Lei Fundamental não houve unanimidade, dentro dos fatores do poder político, sobre a estruturação da ordem econômica¹³. Nessa época via-se a qualidade da República Federal da Alemanha e da Lei Fundamental como provisórias e pretendeu-se reservar a conformação inequívoca da ordem econômica para uma Constituição de toda a Alemanha. Por outro lado, o SPD partiu, nas eleições para o primeiro Parlamento Federal (*Bundestag*), como o partido mais forte. Por isso, ele deu importância, no Conselho Parlamentar (*Parlamentarischer Rat*), às amplas competências político-econômicas do legislador federal, a fim de, como posterior partido do Governo, poder impor os seus próprios fins políticos, em vez de ter de, com dificuldade, procurar obter uma maioria e formulações no Conselho Parlamentar¹⁴.

4. Política da Constituição econômica e reunificação

É duvidosa a questão de saber se a situação de partida jurídico-constitucional se alterou pelo fato de o sistema econômico de **economia de mercado social** ter sido estabelecido no art. 1.º, n. 3, do **Tratado sobre a União Monetária, Econômica e Social**. Por vezes, vê-se nesta afirmação uma decisão de conformação constitucional sobre a ordem econômica¹⁵. Porém, não se trata aqui de uma alteração constitucional da Lei Fundamental. A economia de mercado social não é expressamente elevada à categoria constitucional e não se transforma

num conceito constitucional que determine um fim do Estado e assim obrigue a uma interpretação vinculativa. O tratado é apenas expressão da ordem econômica praticada¹⁶.

A Comissão Constitucional Comum, estabelecida por força do art. 5.º do Tratado de Reunificação, não estabeleceu uma determinação no seu relatório¹⁷, nem formulou uma recomendação. De forma correspondente, a revisão de 27 de outubro de 1994 da Lei Fundamental não contém uma declaração de direito constitucional econômico.

5. Liberdade de conformação do Estado e responsabilidade pela economia

Por um lado, a abertura de direito constitucional econômico da Lei Fundamental significa que não estão claramente fixados os limites entre a responsabilidade própria, a corresponsabilidade e a responsabilidade do Estado no domínio econômico. Por outro lado, a “neutralidade” da Constituição econômica não pode ser mal-entendida, no sentido de uma não intromissão na economia ou como liberdade da economia em relação ao Estado. Não é possível extrair limites precisos. Seriam inconstitucionais uma **economia totalmente planificada do Estado** e um **total liberalismo econômico** (“Manchester”).

Do ponto de vista da política econômica, a abertura da Lei Fundamental no domínio econômico foi e é uma grande oportunidade. Considerando a dinâmica, a diversidade e a complexidade da vida econômica, do progresso científico e técnico, a abertura da Lei Fundamental permite reagir de forma flexível às novas funções, às exigências alteráveis e à evolução da sociedade.

II. A Constituição econômica do mercado interno

1. Constituição econômica da Lei Fundamental e do direito comunitário

A questão da Constituição econômica não se limita à Lei Fundamental. A questão da Constituição econômica também tem de

tomar em consideração, entre outras, a vinculação econômica da Alemanha, apoiada no art. 23.º da Lei Fundamental, à Comunidade Europeia. Isto resulta desde logo do já referido **primado de aplicação do direito constitucional econômico** da Comunidade (ver *supra* § 2 III e § 2 VII e *infra* § 9). Desta perspectiva, a controvérsia em torno da Constituição econômica alemã poderia ser, em parte, ultrapassada, sendo em larga medida obsoleto o conceito de abertura relativa¹⁸. A questão de saber se esta apreciação está correta deverá ser examinada com base numa análise textual do **direito primário europeu** constante do Tratado da União Europeia e do Tratado da Comunidade Europeia.

2. Estruturas da Constituição econômica da CE

Em primeiro lugar, devemos considerar que o Tratado de fundação, o chamado **Tratado da CEE**, no seu objetivo, na sua limitação original à vida econômica e na sua orientação para um mercado interno constitui um ordenamento jurídico que, na soma das suas normas, revela uma Constituição econômica até ao pormenor. Na opinião do Tribunal Constitucional Federal¹⁹, apoiado nos domínios centrais de atuação da Comunidade Europeia como **Comunidade Econômica**, a Comunidade Europeia mantém este carácter mesmo depois da entrada em vigor do, politicamente mais abrangente, **Tratado da União** e do desaparecimento do marcante termo “economia”²⁰ do agora denominado Tratado da Comunidade Europeia. Apenas no Título II do art. 8.º do Tratado da União Europeia ainda se encontra uma referência ao conceito de comunidade econômica. Assim, o Tratado da Comunidade Europeia está em clara oposição à Lei Fundamental.

As estruturas da Constituição econômica da Comunidade Europeia resultam de numerosos preceitos do Tratado da União Europeia e do Tratado da Comunidade Europeia, nos quais se fundam diferentes, e em parte opostas, funções, fins, princípios e políticas econômicas. No centro está o **mercado interno**, no qual é garantida a **livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais** (art. 14.º, n. 2, do Tratado da CE — ver *infra* § 9). Estas chamadas **liberdades fundamentais** ou **liberdades de circulação** formam o quadro de uma ordem de concorrência para a qual vigoram os princípios da

liberalização e da proteção contra falseamentos da concorrência (ver o art. 3.º, n. 1, al. g, do Tratado da CE). Por isso, estas liberdades fundamentais são limitadas através de uma **proibição** de princípio de **cartel**, de uma proibição de abuso de posição dominante no mercado, do instituto do controle da fusão, da **proibição de dumping** e de **atribuição de subvenções**, sendo complementada por uma **proibição geral de discriminação** (arts. 81.º e s. do Tratado da CE — ver *infra* § 31). As liberdades fundamentais não se limitam ao clássico mercado entre privados que oferecem e que compram. Elas alargam-se, nos termos do art. 163.º, n. 2, do Tratado da CE, simultaneamente, ao **mercado do chamado serviço público de aprovisionamento** (*go public*), que é dominado pela Administração Pública e suas empresas (ver *infra* § 24 IV).

A formulação e o estabelecimento das liberdades fundamentais no Tratado da Comunidade Europeia, por um lado, e a atribuição de direitos subjetivos, por outro lado, por exemplo nos arts. 18.º e 141.º do Tratado da CE, deixam transparecer que as liberdades fundamentais não se identificam com os **direitos fundamentais**, no sentido de garantias econômicas de sujeitos econômicos concretos. Todavia, a Comunidade considera, com base no art. 6.º, n. 2, do Tratado da União Europeia, os direitos fundamentais como princípios gerais do direito comunitário, que estão codificados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual se orienta, nos termos do art. 51.º, aos órgãos e instituições da União e aos Estados-membros para a execução do direito da União (ver *infra* § 17 IV).

Para além disso, a Administração Pública e as suas empresas gozam, nos termos dos arts. 16.º e 86.º do Tratado da CE e do art. 36.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de uma Proteção especial, para que possam executar os seus serviços de interesse económico geral e cumprir a sua assistência nas funções sociais. Independentemente disso, determinados domínios económicos estão subordinados **às ordens de mercado juridicamente orientadas**. Seja lembrado apenas o setor da economia agrária, o setor dos transportes e a política industrial (arts. 32.º, 34.º, n. 1, letra c, 70.º e s.; 157.º do Tratado da CE). Acresce a **política conjuntural, económica e**

monetária, que tem em vista uma **orientação global** com o fim de se atingir um equilíbrio da economia global numa união monetária e econômica (arts. 2.º, 4.º, 98.º e s., e 105.º do Tratado da CE). Por outro lado, diversas alterações do Tratado aludem à **componente do direito do ambiente e à componente do direito do consumidor** (art. 2.º; art. 174.º do Tratado da CE).

3. Princípio da economia de mercado aberta

Assim, considerando esta situação geral, é justo, do ponto de vista jurídico, partir de uma Constituição econômica relativamente aberta também para a Comunidade. Esta apreciação também é harmônica com a autoqualificação do Tratado da CE, na versão de *Maastricht*, que pela primeira vez acentuou, nos arts. 4.º, 98.º, 105.º, 154.º e 157.º, o “**princípio da economia de mercado aberta com livre concorrência**”. Esta afirmação central do Tratado também assegura, no futuro, uma Constituição econômica europeia e um direito administrativo econômico europeu flexíveis²¹.

III. A Constituição econômica da economia mundial

1. Situação do direito internacional público da economia

Com este resultado, só falta responder à questão na **Constituição econômica da economia mundial**, isto é, de uma “**Constituição do comércio mundial**” ou de uma “*rule of law in international economic and trade relations*”. Não se constata uma declaração vinculativa internacional a favor um sistema econômico especial. Em qualquer caso, podemos, na prática inter-regional e regional, observar uma preferência do sistema de economia de mercado. É verdade que o preâmbulo do Acordo para a Constituição da Organização Mundial de Comércio (OMC) contém indicações no sentido de um **equilíbrio da economia global**, entendido em sentido amplo (elevação do nível de vida, assegurar o pleno emprego, o crescimento econômico, a proteção do ambiente etc.). Porém, estes objetivos dependem, entre outras coisas, da celebração de convenções. Por isso, é atualmente correto quando no princípio 12.º da Declaração das Nações Unidas sobre o

Ambiente do Rio de Janeiro se fala num **sistema econômico internacional aberto** ou numa *mixed economy* (ver, mais detalhadamente, *infra* § 16).

2. Princípio do reconhecimento como princípio substitutivo de direito internacional público da economia

Na medida em que não é possível uma coordenação ou harmonização do direito econômico por razões práticas e políticas, será de considerar, como primeiro passo, uma aplicação do **princípio do reconhecimento recíproco**. A convenção bilateral e multilateral deste princípio é especialmente adequada a facilitar o acesso recíproco ao mercado (ver *infra* § 9 III e § 16 III 2).

1 Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001.

2 Cf., mais detalhadamente, Vallender, Richli e Griller, in: Stober (ed.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa*, 1993, p. 3 e s.; Vallender, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 3. ed., in § 26, também para a revisão total da Constituição econômica; Gygi, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. ed., 1997; Raschauer, in: idem (ed.), *Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts*, 1998, p. 46 e s.

3 Cf., sobre este conceito, Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, 2. ed., prefácio e p. 7.

4 H. Krüger, *DVBl.* 1951, 361.

5 E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, 2. ed., p. 30.

6 Abendroth, *Das Grundgesetz*, 7. ed., 1978, p. 65 e s.

7 Schmidt-Preuß, *DVBl.* 1993, 236, 239 e s.; Maurer, *Staatsrecht*, 4. ed., § 8 V 1.

8 Bleckmann, 55. *DJT, Gutachten D*, p. 42.

9 Rittner, *Wirtschaftsrecht*, 2. ed., p. 30 e s.; Papier, in: *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. ed., 1994, p. 810; Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992; Sodan, *DÖV* 2000, 361 e s.

10 Zuck, *NJW* 1967, 1301.

11 *BVerfGE* 4, 7, 18; *BVerfGE* 50, 290; *BVerwGE* 71, 183, 195; Papier, in: *FS für Selmer*, 2004, p. 459 e s.

[12](#) Schmidt, in: *HdbStR III*, § 83 n.m. 21; Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 31. ed., § 35 I 1; *BVerfGE* 4, 7, 17.

[13](#) Cf. Parl. Rat, *Stenografischer Bericht*, 2.^a sessão, de 8-9-1948, p. 14.

[14](#) Kunert, *JuS* 1979, 322, 327, com outras referências bibliográficas; Nörr, *Die Republik der Wirtschaft*, 1999, p. 84 e s.

[15](#) Badura, in: *HdbStR VIII*, § 189 n.m. 28; Rupp, in: *HdbStR IX*, § 203 A II.

[16](#) Wieland, *VVDStRL* 59 [2000], 13, 34 e s.; cf. Münch, *Staatsrecht II*, 5. ed., 2002, n.m. 637; noutro sentido, Maurer, *Staatsrecht*, 4. ed., § 8 V 2.

[17](#) *BT-Ds.* 12/6000, de 5-11-1993.

[18](#) Cf. também Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 31. ed., § 35 I 1.

[19](#) *E* 89, 155, 181, 190; neste sentido, Streinz, *WuV* 1996, 129 e s., com outras referências.

[20](#) Neste sentido, P. Kirchhof, *JZ* 1998, 965, 971; Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel*, 1998, p. 91 e s.

[21](#) Oppermann, *Europarecht*, 3. ed., § 13 II; *EuGHE* 2000 I-8207, n.m. 25.

CAPÍTULO SEGUNDO

Princípios jurídicos e estaduais relevantes do ponto de vista da Administração econômica

PRÉ -§ 6. SOBRE O SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E ESTADUAIS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

Quanto mais aberta for a Constituição econômica, tanto mais o tratamento dos fundamentos constitucionais e jurídico-comunitários do direito administrativo econômico depende do conteúdo econômico dos princípios e dos fins do Estado (ver, por exemplo, os arts. 20.º, 20a, 23.º da Lei Fundamental). Na exposição que segue, entendem-se por **princípios estaduais** decisões fundamentais e estruturais jurídico-constitucionais fixas, enquanto os **fins do Estado** são diretivas programáticas vinculativas que o Estado se comprometeu a seguir¹.

Por não existir uma Constituição econômica mundial (ver *supra* § 5 III), esta definição não é aplicável aos **princípios jurídicos da economia mundial**. Por isso, a expressão “princípio jurídico” é entendida, do ponto de vista da economia mundial, como sendo aceite pacificamente por uma pluralidade de Estados de diferentes círculos jurídicos e de diferentes regiões geográficas, como normas jurídicas vinculativas para o direito econômico internacional, que podem radicar em diferentes fontes de direito internacional público (sobre esta matéria, ver *supra* § 2 VII)². Estes princípios jurídicos de direito internacional público econômico podem ser o fio de prumo para a conformação do direito administrativo econômico nacional³.

Em harmonia com o direito constitucional econômico, apenas são, em geral, abordados o **princípio do Estado social**, o **princípio do Estado de Direito** e o **princípio do equilíbrio da economia global**⁴. Esta limitação é problemática porque, do ponto de vista do método da Constituição, todos os princípios influem na atuação da Administração econômica (**Estado federal, princípio ambiental** etc., — ver *infra* § 8 e § 11). Por outro lado, o **princípio democrático** influencia o direito da Administração autônoma econômica (eleições de câmara)⁵ e o

princípio republicano pode ser extraído do significado originário de *res publica* como a atuação no interesse do bem comum⁶.

¹ Cf., mais detalhadamente, *Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge*, 1983, p. 20 e s.; *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-DS. 12/6000*, p. 77; Link, *VVDStRL* 48 [1990], 7, 17 e s., com outras referências; Merten, *DÖV* 1993, 368 e s.; Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997.

² Cf., mais detalhadamente, Stober, in: *FS für Großfeld*, 1999, p. 1173, 1177; idem, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 23; cf. ainda Vollmöller, *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2001, p. 141 e H. Bauer, in: idem, entre outros, (ed.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, p. 69, 72 e s.

³ Petersmann, *Constitutional Functions and Problems of International Economic Law*, 1991, p. 61 e s., 210 e s., 288 e s.

⁴ Cf., por exemplo, Rittner, §§ 1 e s.; Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. ed., § 3 V; Schmidt, § 4.

⁵ Cf., mais detalhadamente, Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.; *BVerfGE* 107, 59, 92; *BVerfG*, *GewArch.* 2005, 72.

⁶ Wolff/Bachof/Stober, § 18 III 3.

§ 6. PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL

I. Elementos econômicos do Estado social

1. A decisão constitucional a favor do Estado social

Nos termos do art. 20.º, n. 1, e do art. 28.º, n. 1, da Lei Fundamental, a República Federal da Alemanha é um Estado Federal Social. O **princípio do Estado social** surge, por assim dizer, como **substituto de uma Constituição social**, de cuja consagração abdicaram os criadores da Lei Fundamental, após discussão detalhada, tendo especialmente em consideração, no ano de 1949, o caráter provisório da Constituição Federal. A Lei Fundamental adotou o princípio do Estado social com base na ideia de que num Estado moderno, organizado com divisão do trabalho e altamente diferenciado do ponto de vista econômico e industrial, as condições de vida se tornam cada vez mais complexas e de que os inconvenientes e as carências sociais não podem ser eliminados ou evitados apenas através de uma compensação dentro das forças sociais¹.

2. Declarações sociais economicamente relevantes e seus limites

Fundamento ético e parte integrante essencial do princípio do Estado social é o **princípio da solidariedade**². Na verdade, este princípio, decorrente das ideias prejurídicas de fraternidade (*fraternité*; um por todos, todos por um), é orientado ao equilíbrio social e à redistribuição. O ponto de partida consiste em que a economia geral é mais que a soma das economias individuais. Por isso, o Estado seria o local do intercâmbio social encastrado na vinculação solidária das pessoas e a economia serviria também ao bem comum, que o Estado pode concretizar. O princípio da solidariedade está relacionado com o **princípio da subsidiariedade**, que diz respeito à distribuição jurídica dos órgãos e das competências jurídicas de responsabilidade econômica. Enquanto o princípio da solidariedade acentua o primado do fornecimento coletivo, o princípio da subsidiariedade orienta-se ao primado da própria assistência (ver *infra* § 12).

No entanto, é problemático retirar do princípio do Estado social determinados elementos individuais para a conformação social da ordem econômica. De forma correspondente, não se verifica na jurisprudência e na doutrina unanimidade sobre quais as funções estaduais de orientação econômica e quais as consequências concretas que se seguem do princípio do Estado social.

Exemplos: Proteção dos economicamente mais débeis; limitação da liberdade contratual³.

II. Significado e destinatários

1. O Estado social como função estadual e mandato de conformação

Independentemente desta discussão, o princípio do Estado social é diretamente aplicável e, assim, mais que um programa não vinculativo ou que uma recomendação⁴. A realização do Estado social é uma **função central do Estado**, que no entanto não obriga o legislador à aprovação de uma determinada legislação social e à realização de determinados aspectos individuais. Em especial, o princípio do Estado social não contém um mandato coativo para uma ampla reconfiguração social e econômica ou para a prática da **economia social de mercado** (ver *supra* § 4 IV 2 e § 5 I). No entanto, a partir da perspectiva econômica é discutido um “**mandato constitucional para apoiar o crescimento**”⁵. Podemos extrair outro mandato constitucional da ligação ao princípio do Estado social com o art. 1.º, n. 1, da Lei Fundamental (o chamado **mínimo existencial econômico**⁶). De resto, pede-se reserva relativamente à afirmação de determinados mandatos constitucionais a partir do princípio do Estado social, porque de outro modo poderiam ter lugar imposições de direito constitucional econômico que estariam em contradição com a intencionada **abertura de direito constitucional econômico da Lei Fundamental**. Pelo contrário, no princípio do Estado social trata-se de um princípio em larga medida necessitado de conformação concreta, que escapa a uma descrição concreta.

2. Destinatários e direitos subjetivos

Destinatários do princípio do Estado social são, antes de mais nada, o legislador, a Administração Pública e os tribunais. O legislador deve conformar politicamente o Estado social, enquanto os outros poderes estaduais têm sobretudo a função de realizar a declaração do Estado social na **interpretação das normas jurídicas, na ponderação dos interesses e no exercício da discricionariedade**. Esta orientação de princípio revela que o Estado social é dependente do tempo e **não há uma proibição geral de retrocesso social**. A sua concretização econômica está sob a reserva de financiamento e não oferece garantia de existência econômica⁷.

Por outro lado, o cidadão econômico não pode, em geral, extrair do princípio do Estado social um **direito subjetivo contenciosamente exigível** a uma determinada atuação ou a uma determinada prestação econômica⁸. Tais direitos só surgem quando o legislador concretiza o princípio do Estado social numa norma que é emitida não apenas no interesse do público em geral, mas pelo menos também em benefício do particular ou quando há um direito ao **exercício livre de erro da discricionariedade**⁹ (ver *infra* § 33 II).

III. Princípio social, princípio da solidariedade e CE

A ideia de Estado social, devido ao seu caráter influenciador da economia como **princípio social**, também encontrou acolhimento no direito da UE. Uma tendência social geral e ampla reflete-se já no art. 2.º do Tratado da UE e do Tratado da CE. Os objetivos da Comunidade são concretizados através de numerosos preceitos socialmente fundados no Tratado da CE (arts. 136.º e s. do Tratado da CE; arts. 27 e s. da Carta da UE; art. 3.º, letra t, e art. 153.º do Tratado da CE; art. 38.º da Carta da UE).

Em oposição ao direito constitucional alemão, o **princípio da solidariedade** é tanto uma *maxima* fundamental de atuação da União, como também objeto de numerosas manifestações jurídico-contratuais (ver também os arts. 27.º e s. da Carta da UE)¹⁰.

IV. Princípio social e direito econômico mundial

Em oposição ao direito nacional e ao direito europeu, a proteção social desempenha atualmente, nas fontes de direito internacional econômico, um papel meramente marginal. Os textos limitam-se, no essencial, à declaração de intenções geralmente aceitas e a declarações não vinculativas orientadas à criação de justiça social, à realização do progresso social, ao combate ao desemprego e à garantia da segurança social.

[1](#) Enders, *VVDStRL* 64 [2005], 9 e s.

[2](#) Cf. Grimm, *EvStL*, 3. ed., esp. 3144 e s.; Volkmann, *Solidarität — Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998, p. 362; Isensee, *Solidarität in Knappheit*, 1998.

[3](#) BayVerfGH, *NVwZ* 1997, 481, 485; BVerfG, *NJW* 1994, 36, 38; e BVerfG, *NJW* 1994, 2749.

[4](#) *BVerfGE* 1, 105.

[5](#) *VVDStRL* 24 [1966], 221 e s.

[6](#) *BVerfGE* 84, 133, 158; 99, 216, 233.

[7](#) *Jahresgutachten 1996/97 des Sachverständigenrates BT-DS. 13/6200*, p. 180 e *1997/98 BT-DS. 13/9090*, p. 177; von Münch, *Staatsrecht I*, 6. ed., n.m. 296 e s.

[8](#) Cf. também *BVerfGE* 33, 303, 331; BayVerfGH, *NVwZ* 1997, 481, 485; Ress, *VVDStRL* 48 [1990], 104 e s.

[9](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 31 IV e § 43.

[10](#) Gussone, *Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen*, 2006.

§ 7. PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

I. A legalidade da Administração econômica

1. Significado do princípio do Estado de direito no direito administrativo econômico

Enquanto o princípio do Estado social confere uma função de conformação central para a atuação de direito administrativo econômico do Estado e da Administração autônoma (municípios e câmaras profissionais), a **legalidade** e o **conteúdo de justiça da ordem econômica social** devem ser medidas pelo princípio do Estado de Direito. Uma economia em funcionamento necessita de um Estado de Direito capaz de funcionar, que garanta a liberdade econômica e discipline o direito administrativo econômico através do *medium*, isto é, do império da lei (*rule of law, principe de légalité*).

Por um lado, o princípio da **legalidade da Administração**, previsto no art. 20.º, n. 3, da Lei Fundamental, afirma que também a Administração econômica deve adotar, na sua atuação, um procedimento conforme à lei. Esta obrigação consiste na imposição de aplicar as leis existentes e na proibição de se desviar delas (**vinculação à lei em sentido restrito, dever de observância da lei**).

Exemplos: Corruptibilidade no exercício do cargo (§§ 331.º e s. do StGB); renúncia à cobrança de taxas.

Por outro lado, “legalidade” significa que a Administração econômica não pode violar o primado e a reserva de lei (**vinculação à lei em sentido amplo**).

Pela expressão **primado da lei** entendemos que a vontade do legislador prima sobre qualquer outra manifestação de poder do Estado (regulamento jurídico, regulamento autônomo, ato administrativo) (a chamada **função hierárquica das fontes de direito** — ver *supra* § 2 III e *infra* §§ 34.º e s.).

Exemplo: Um imposto de acondicionamento dos resíduos sólidos urbanos (lixos) estabelecido por regulamento autônomo municipal vai contra o conceito econômico do direito dos resíduos previsto no KrW/AbfG, devido à sua

orientação jurídico-tributária, o qual está subjacente ao princípio da cooperação¹.

2. A reserva de lei no direito administrativo econômico

a. Para a aplicação da reserva de ingerência e da reserva total do ponto de vista dos direitos fundamentais

aa. Reserva de lei e Administração de ingerência

A questão da **reserva de lei** possui tanto um componente de direito fundamental como um componente de direito orgânico, os quais têm em vista, respectivamente, diferentes objetivos. Enquanto do lado do direito fundamental se trata da proteção do cidadão econômico (ver *infra* §§ 17.º e s.), do lado da motivação de Estado de Direito Democrático está em primeiro plano a distribuição constitucional das competências entre o Parlamento e a Administração Pública (ver *infra* §§ 13 e s.).

Do ponto de vista do direito fundamental, a doutrina mais antiga parte da ideia de que a reserva de lei apenas se aplica às ingerências da Administração na liberdade e propriedade (**reserva de ingerência**). As reservas de lei jurídico-fundamentais também são concebidas primeiramente como reservas de ingerência, considerando a dimensão de defesa clássica, também para os direitos fundamentais de base econômica (cf. o art. 2.º, n. 2, frase 3, e o art. 12.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental)². Neste âmbito, poderá ser problemática, no caso concreto, a questão de saber se determinada medida de direito administrativo econômico tem caráter de ingerência — como, por exemplo, as advertências ou a publicação de análises de mercadorias — (ver *infra* § 35 II)³. Verificando-se uma ingerência, ela só estará justificada quando se apoie numa **norma de competência**. Não é suficiente uma **norma de função**, uma vez que esta não autoriza ingerências (ver *infra* § 25 II). Por isso, também não é legítimo concluir pela existência de competência a partir da existência de função.

Exemplo: O § 1.º do IHKG determina que é função das Câmaras (ordens profissionais) prosseguir os interesses gerais dos seus membros. Esta norma não autoriza à realização de ingerências nos direitos fundamentais⁴.

bb. Para a problemática da reserva de lei na Administração de prestação

Também é duvidosa a questão de saber se as correspondentes reservas jurídico-fundamentais podem ser entendidas como também sendo aplicáveis à garantia de prestações⁵. Trata-se aqui da questão de saber se e em que medida a garantia de prestações na forma de **subvenções** (ver *infra* § 31.º) produz efeitos no cidadão econômico nos mesmos termos de uma ingerência nos seus direitos fundamentais. Por conseguinte, à tradicionalmente restrita determinação da reserva de lei contrapõe-se que a realidade alterada do moderno Estado social e que a diversidade das leis que têm por objeto prestações estaduais deveriam conduzir a outra apreciação da ingerência da lei e da reserva de lei. A reserva de lei é alargada à **Administração de prestação** com o fundamento de que a liberdade e a igualdade são realizadas pela lei e pelo direito, razão por que a Administração estaria, na sua relação com o cidadão, impedida de qualquer atividade quando para tal não tivesse uma autorização da lei. Também uma subvenção poderá repercutir de forma inteiramente lesiva para o destinatário, uma vez que, habitualmente, ela pressupõe uma determinada conduta ou visa produzir um efeito. O caráter dirigente da subvenção não seria sempre separável do caráter de fomento. A atribuição de subvenções conduziria a vinculações jurídicas do destinatário. Por isso, poderíamos falar de um “efeito influenciador” para o destinatário da subvenção. A atribuição de subvenções poderia ainda conduzir a ônus para os concorrentes⁶.

A favor de uma **reserva total** jurídico-fundamental aponta também a consideração de que a Constituição não protege contra a concorrência, mas a atribuição pelo Estado de subvenções desencadeia uma situação de concorrência dirigida, a qual pode falsear a ordem concorrencial jurídico-constitucionalmente estabelecida. A esta opinião também aderiu o Tribunal Constitucional Federal com o argumento de que a atuação do Estado, pela qual são garantidas e oferecidas aos particulares prestações e oportunidades, não seria frequentemente menos significativa para uma existência em liberdade que a não realização de uma ingerência⁷. Esta opinião é, em geral, correta, porque leva em consideração a dimensão de Estado de Direito dos

direitos fundamentais. No que respeita à aplicabilidade da reserva de lei, o Tribunal Constitucional Federal parte da questão de saber se a **influência ou o efeito é essencial para o exercício do direito fundamental** (a chamada **teoria da essencialidade**⁸). No entanto, este critério é demasiado vago e não permite uma delimitação precisa.

Exemplos: Os serviços de genética só devem ser explorados, devido à relevância jurídico-fundamental da genética e ao dever de proteção do legislador, com base numa previsão legal expressa⁹. As normas legais sobre o cativo de animais estão sob reserva do legislador parlamentar, devido a sua importância para os direitos fundamentais daquele que detém animais e à proximidade do mau trato com os animais relativamente ao modo geral de cuidado dos animais¹⁰.

cc. Para a prática jurisprudencial do direito das subvenções e sua crítica

O Tribunal Constitucional Federal ainda não se manifestou, em geral, sobre a questão de saber se também a **atribuição de subvenções** cai sob a teoria da essencialidade. A afirmação consequente da teoria da essencialidade exigiria a atribuição de subvenções através de leis especiais ou pelo menos numa **lei dos princípios da atribuição de subvenções** quanto ao fim das subvenções, quanto às condições de atribuição, quanto ao círculo de destinatários, quanto ao montante das prestações e quanto ao controle das aplicações¹¹. Por conseguinte, seria inadmissível a prática orçamental das subvenções conhecida até ao presente, segundo a qual os meios de subvenção estão contidos no **plano orçamental** que, nos termos do art. 110.º da Lei Fundamental, é estabelecido pela Lei do Orçamento. Contra a aptidão da Lei do Orçamento como fundamento legal, argumenta-se que esta lei seria meramente formal, e não uma lei administrativa, que não deveria ser onerada e confundida com matérias estranhas ao orçamento. Por outro lado, as previsões orçamentais gerais seriam demasiado abstratas para produzir uma vinculação legal da Administração no que respeita a uma atribuição concreta de subvenções a determinadas pessoas e sob determinados pressupostos e condições¹². Os destinatários dos direitos fundamentais não teriam sido referidos.

No entanto, mais recentemente começa a desenhar-se na jurisprudência uma mudança, na medida em que se começa a fazer

uma distinção com base na averiguação da sensibilidade jurídico-fundamental especial. Esta evolução tem se verificado na **atribuição de subvenções à imprensa** e no **apoio financeiro a comunidades religiosas**, porque nestes casos se aplica de modo especial os princípios da distância em relação ao Estado e da neutralidade. Daqui se retira a ilação, incorreta, de que seria necessário um fundamento especial material para a subvenção¹³.

dd. A lei do orçamento como fundamento suficiente de autorização

Tendo em consideração este estágio das opiniões, coloca-se a questão de saber se no âmbito da atuação da Administração econômica de prestação as respectivas **leis orçamentais** constituem um fundamento de autorização suficiente. A resposta deve ser afirmativa, porque só a orientação das subvenções pelo orçamento assegura a necessária flexibilidade orçamental para a Administração econômica no Estado de prestação¹⁴. Por outro lado, o **direito orçamental do Parlamento** é uma manifestação especial do princípio da legalidade¹⁵. Além disso, devemos levar em consideração a mudança de significado e de função dos orçamentos públicos surgida pela introdução do equilíbrio econômico global. Assim, o Estado abandonou, por razões de neutralidade econômica, a cobertura das necessidades. Esta mudança também compreende o efeito legitimador da legislação orçamental e da atribuição de subvenções por via orçamental. A lei do orçamento deve ser qualificada de ato de autoridade de direção do Estado, ato que contém uma decisão fundamental de política econômica¹⁶. Também o Tribunal Administrativo Federal considera que a disponibilização estadual dos meios necessários para a atribuição de subvenções é uma atuação administrativa suficientemente legitimada, quando se verificarem os seguintes pressupostos¹⁷:

1. o orçamento indica o emprego dos respectivos meios;
2. o orçamento esboça a determinação do fim destes meios;
3. a atribuição de subvenções faz parte das funções jurídico-constitucionais da respectiva autoridade administrativa (norma de atribuição).

ee. Reserva de lei e devolução de subvenções

No entanto, as leis ou os planos orçamentais são apenas um fundamento de autorização da Administração. Nos termos do art. 110.º, n. 4, frase 1, da Lei Fundamental, em ligação com o § 3.º, n. 2, do HGrG, as leis ou planos orçamentais não fundamentam nem direitos, nem obrigações. Isto significa que a **exigência de devolução de uma subvenção** necessita de um fundamento jurídico especial. Isto resulta da ideia de que a exigência de devolução constitui para o cidadão um ônus. A exigência de devolução não pode ser apenas considerada, do ponto de vista jurídico-formal, como “reverso da atribuição da subvenção”¹⁸.

b. Para a delegação de direito administrativo econômico do poder do Estado

A reserva de parlamento adquire significado prático na **delegação do poder do Estado** no domínio do direito administrativo econômico. Abstraindo do art. 80.º, n. 1, da Lei Fundamental, a delegação também é válida em relação aos entes da Administração autónoma da economia, aos Municípios e à transferência de poderes de autoridade para concessionários (ver *infra* §§ 40.º e s.)¹⁹. Efetivamente, o legislador não se pode desfazer plenamente do seu poder de produção jurídica, mesmo no caso de uma garantia de autonomia que em si é legítima²⁰.

Exemplo: Por um lado, o legislador pode transferir para as câmaras de indústria e de comércio aspectos concretos das suas regulações de escolha de profissão e de formação profissional, nos termos do § 36.º, n. 3 e 4, da GewO. Por outro lado, deve ser o próprio legislador a decidir se e em que medida os direitos de liberdade do particular devem recuar perante interesses coletivos²¹.

II. Aferição e previsibilidade da atuação económico-administrativa do Estado

1. Segurança jurídica como condição geral da economia

A capacidade de funcionamento, o lucro, a disponibilidade de investimento e de inovação da economia dependem, em larga escala, da aferição e da previsibilidade das medidas de direito administrativo

econômico. Aferição significa para os sujeitos da economia privada **segurança jurídica dispositiva**, no sentido de garantia e continuidade da ordem jurídico-econômica. Num sistema jurídico livremente conformado, a aferição é uma condição geral econômica elementar (por exemplo, como fator de localização), pressuposto do desenvolvimento econômico e especialmente de uma utilização efetiva dos fatores de produção. A aferição existe quando as medidas estaduais têm lugar num procedimento formalizado que ou é público ou dá aos cidadãos econômicos ou aos círculos econômicos atingidos oportunidade de audição (por exemplo, dentro de um procedimento legislativo ou administrativo) (ver *infra* § 44). As medidas de direito administrativo podem ser avaliadas quando (...) são dadas a conhecer aos atingidos (por exemplo, através da publicação da lei), quando contêm normas transitórias e apenas entram em vigor após o decurso de um período de tempo adequado.

2. Proteção da expectativa econômica para o futuro

A aferição e a previsibilidade dizem respeito não só ao presente, mas também ao futuro. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber se os sujeitos econômicos privados podem confiar na subsistência da legislação econômica do Estado, no sentido de uma chamada **garantia de plano**. Por um lado, deve ser tomada em consideração a expectativa dos sujeitos econômicos, porque estes orientam as suas decisões econômicas (investimentos, deliberações de localização, planificações empresariais) de acordo com as planificações públicas existentes²². Por outro lado, as planificações econômicas estaduais e municipais devem continuar a ser dinâmicas. Se não fosse assim, a economia não poderia continuar a ser desenvolvida de forma sensata e determinadas premissas legislativas não poderiam continuar a ser concretizadas no interesse do bem comum. O Estado seria, em larga medida, coagido à inatividade. Por isso, não pode existir, em geral, uma expectativa à subsistência geral de uma determinada legislação econômica²³. O efeito planificador jurídico-objetivo só é quebrado quando deva ser criada uma **previsão especial de expectativa**.

Exemplos: O efeito legalizador das licenças legalmente emitidas, que se condensam numa proteção da situação existente. Não há uma proteção de disposição contra os aumentos de impostos²⁴.

3. Proteção da expectativa econômica para o passado

a. Efeito retroativo próprio e impróprio

Enquanto a garantia de plano se orienta no sentido de uma conduta futura economicamente relevante, o instituto jurídico do **efeito retroativo** atinge fatos econômicos que se situam no passado. Trata-se aqui do problema de uma **proteção da expectativa de sujeitos econômicos privados** para o caso em que as normas da lei econômica são emitidas com efeito retroativo. A par da problemática ligada ao Estado de Direito, a problemática do efeito retroativo também tem uma dimensão jurídico-fundamental, que vem sendo nos últimos tempos mais fortemente ponderada²⁵. São controversas na doutrina e na jurisprudência a definição e a distinção com base nos diferentes tipos de efeito retroativo. No entanto, esta controvérsia não é específica da Administração econômica. Ela não deve ser aqui aprofundada também pelo fato de nos tempos mais recentes²⁶ ser constatável uma aproximação conceitual da jurisprudência dos tribunais superiores²⁷. Em vez disso, recorre-se à definição e à distinção clássicas entre um efeito retroativo próprio e impróprio. Há **efeito retroativo próprio** quando uma lei interfere *a posteriori*, modificando fatos já consumados no passado. Há **efeito retroativo impróprio** quando uma lei produz efeitos para o futuro sobre situações de fato iniciadas no presente, mas ainda não esgotadas, e simultaneamente são anuladas *a posteriori* as posições jurídicas dos atingidos²⁸. Em consequência, é decisiva a questão de saber se a situação de fato à qual se liga a norma de efeito retroativo estava completamente esgotada antes da publicação da lei ou se continua a vigorar para o futuro.

Exemplos: A taxa de imposto sobre as empresas (IRC) para o ano de 2007 é aumentada pela lei de 1.º de abril de 2008 (efeito retroativo próprio). O imposto sobre as empresas para o ano de 2007 é aumentado pela lei de 1.º de abril de 2007 (efeito retroativo impróprio).

b. Legitimidade do efeito retroativo e proteção da expectativa

Da definição e delimitação deve ser distinguida a questão da **legitimidade do efeito retroativo** e, assim, do “se” e do “âmbito” de proteção da expectativa. Esta questão não pode ser apreciada de forma uniforme. Pelo contrário, devemos partir do fato de o cidadão ser atingido e do respectivo domínio material a regular. Tratando-se de **regulações favoráveis**, um efeito retroativo não suscita problemas, porque o cidadão econômico atingido não é lesado com um agravamento posterior dos seus direitos²⁹. Tratando-se de uma regulação desfavorável (ablativa), teremos de distinguir: em primeiro lugar, a Constituição proíbe expressamente **leis penais econômicas de efeito retroativo** (art. 103.º, n. 2, da Lei Fundamental; veja-se também o art. 49.º, n. 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia). Porém, este limite também é válido, nos termos do § 3.º do OwiG, para o direito do **ilícito administrativo econômico** (direito contraordenacional) e, além disso, para todas as regulações de ingerência que se reportam a uma atuação que *a posteriori* é declarada ilegal. Por conseguinte, o princípio do Estado de Direito impõe, em geral, que o cidadão deva poder confiar em que a sua conduta que não é ilegal em face do direito vigente também no futuro não será qualificada de ilegal³⁰. Em suma, o direito administrativo econômico orienta o reconhecimento de uma proteção da expectativa pela questão de saber se na previsão legal existe efeito retroativo próprio ou impróprio.

No **efeito retroativo próprio** de normas jurídicas de ingerência vigora o princípio segundo o qual o atingido pode confiar, em geral, que o legislador não introduz qualquer efeito desfavorável que já não fosse previsível no momento da conclusão destas previsões com base no ordenamento jurídico vigente³¹. Por isso, são antes de mais nada reconhecidas as seguintes **previsões de exceção**, nas quais, respectivamente, um efeito retroativo não é inconstitucional (é suficiente que exista uma exceção!):

- O cidadão teria de contar com a regulação³².

Exemplo: O legislador, para evitar o efeito de anúncio de um ônus fiscal inibidor de investimentos, pode retroagir este, faturalmente, ao início do dia da

correspondente resolução de gabinete³³.

- O direito vigente era obscuro e confuso³⁴.
- Um preceito nulo é substituído por um preceito constitucional³⁵.
- Verificam-se fundamentos vinculativos de bem comum³⁶.
- Surgem para o atingido apenas danos reduzidos (a chamada reserva de bagatela)³⁷.

Quanto ao **efeito retroativo impróprio**, deve ser sempre ponderada a dimensão do dano de expectativa digno de proteção, sofrido pelo atingido, em face do significado do interesse do legislador pela realização do bem comum. A regulação só é ilícita quando, da (justa) ponderação de interesses, resulta que a expectativa merece primazia perante a subsistência da situação existente³⁸.

Exemplo: O cidadão não pode, em geral, confiar que irá manter no futuro, para sempre e de forma ilimitada, os benefícios da lei fiscal que até agora lhe foram assegurados, por exemplo, devido a razões políticas conjunturais.

III. Determinação das leis e dos atos de execução econômico-administrativos

1. Para o significado do princípio da determinação

O princípio do Estado de Direito impõe que todas as leis e medidas de direito administrativo econômico sejam suficientemente determinadas quanto ao seu conteúdo, objeto, fim e medida³⁹. O princípio da determinação encontrou expressão jurídica positiva, quanto às leis, no art. 103.º, n. 2, da Lei Fundamental, quanto aos regulamentos, no art. 80.º, n. 1, da Lei Fundamental e, para os atos administrativos, no § 37.º, n. 1, do VwVfG. A exigência de determinação assenta, por um lado, no **argumento orgânico-estadual**, segundo o qual o legislador tem de autorizar e limitar suficientemente a Administração em matéria de emissão de normas jurídicas e de atos administrativos, de modo a excluir o arbítrio do poder executivo. Por outro lado, está em primeiro plano a **ideia jurídico-fundamental**

segundo a qual as medidas do Estado têm de ser para os destinatários claras e passíveis de recurso jurisdicional. As medidas do Estado devem proporcionar ao cidadão uma tal medida de expectativa que seja excluída uma atuação arbitrária pelas autoridades (na implementação, na fiscalização e na execução) e pelos tribunais. Os destinatários devem saber por que razão são autorizados ou obrigados, para que possam agir em conformidade⁴⁰.

2. Determinação no direito penal econômico e no direito contraordenacional econômico

Tratando-se de previsões penais e contraordenacionais, qualquer pessoa deve poder entender qual a violação de norma de direito administrativo econômico que é punida com sanção criminal ou contra-ordenacional, a fim de poder orientar a sua conduta. A proibição deve, pois, ser claramente delimitada em face daquilo que é permitido⁴¹.

Exemplo: Assim, por exemplo, o conceito de subvenção está definido no § 264.º, n. 7, do StGB, não obstante ele ser, em geral, controverso (ver *infra* § 31 e volume II § 54).

3. Determinação das normas de direito administrativo econômico

As normas jurídicas são reportadas a uma multiplicidade de casos e de pessoas. Aqui a densidade de determinação deve ser necessariamente menor do que nas medidas concreto-individuais, porque se não fosse assim as previsões legais não poderiam ser adequadamente descritas e o legislador não estaria em condições de tomar em consideração a multiformidade da vida e da evolução econômicas⁴². Especialmente no direito administrativo econômico, o legislador não pode prescindir do recurso a **cláusulas gerais** e a **conceitos jurídicos indeterminados**, sem tipificações e generalizações (ver *infra* § 33.º II)⁴³. O legislador tem de se servir de formulações abstratas e indeterminadas, se pretender colocar as autoridades administrativas em situação de poder tomar em devida consideração as especiais circunstâncias do caso concreto, as situações

em rápida mudança e responder adequadamente às necessidades de ordenação das manifestações de massas. Neste âmbito, é suficiente que as questões duvidosas possam ser respondidas com o auxílio dos métodos reconhecidos de interpretação (ver *supra* § 2 IV 3)⁴⁴.

Exemplo: “Idoneidade”, no sentido do § 35.º da GewO.

A questão de saber que exigências de determinação no caso concreto terão de estar satisfeitas, é respondida pelo objeto da respectiva regulação, isto é, pela especificidade da situação de vida a ordenar, pela medida em que são atingidos os direitos fundamentais e pelo tipo e intensidade da conduta para a qual a Administração é autorizada⁴⁵.

Exemplo: Uma lei prevê multa a aplicar aos industriais que na sua empresa causem “ruídos excessivamente altos”⁴⁶. Esta norma deveria conter um número preciso em decibéis, nos termos do “Guia Técnico do Ruído”, para poder medir o próprio ruído.

4. Determinação dos atos de execução de direito administrativo econômico

Deverão ser feitas elevadas exigências em matéria de determinação das **medidas concreto-individuais** (atos administrativos, contratos — ver *infra* §§ 34.º e s.), porque a Administração não está sujeita ao alto nível de abstração do legislador. Neste âmbito da Administração só existe determinação quando o conteúdo da medida é formulado de maneira a, sem a ajuda de terceiro ou de meios auxiliares, ser integralmente reconhecível, de forma clara e inequívoca, e de maneira a não ser passível de uma apreciação subjetiva diferente⁴⁷.

Exemplos: Falta a necessária determinação a um ato administrativo quando, após uma enumeração exemplificativa, é colocado um “etc.”⁴⁸ ou quando, nomeadamente, são empregadas as seguintes expressões: convenientemente, razoável, devidamente, habitualmente, de maneira apropriada⁴⁹.

IV. Para a proporcionalidade das medidas económico-administrativas

1. Proporcionalidade como limite geral de toda a atividade estadual

Enquanto o princípio da determinação pretende assegurar clareza jurídica, o princípio da proporcionalidade procura dissolver a relação de tensão entre liberdade econômica jurídico-fundamental e vinculação de direito administrativo econômico dos sujeitos econômicos⁵⁰. Este princípio concretiza o princípio da “moderação” e da “contenção”. Segundo este princípio, a liberdade do particular só pode ser limitada na medida em que tal seja indispensável para o bem comum⁵¹. Este critério de controle serve, pois, à regulação de precisão, diferenciação, ponderação e, por último, limita os fins do Estado. Por isso, o princípio da proporcionalidade possui categoria constitucional e aplica-se a todas as medidas do Estado (limite geral do Estado de Direito — veja-se também o § 2.º, n. 3, do AWG⁵²; o § 35.º, n. 1, da GewO, o § 17.º, n. 2, do BimSchG, e o § 4.º do LuftSiG).

O princípio da proporcionalidade parte da relação fim-meio, sendo que o fim e o meio têm de ser, respectivamente, constitucionais e legais. Por conseguinte, deverá ser primeiramente averiguado o fim da lei (ver *supra* § 2 IV 3), isto é, o fim da medida adotada.

No controle do princípio da proporcionalidade são habitualmente distinguidos três níveis: a adequação, a exigibilidade e a proibição do excesso (ou proporcionalidade em sentido restrito). Isto significa que são proibidas as medidas que se apresentem desadequadas, que não sejam indispensáveis e que sejam excessivas⁵³.

2. Para a adequação das medidas de direito administrativo econômico

Uma medida só é adequada quando o fim por ela perseguido puder ser eficazmente alcançado, isto é, quando através da medida em causa é possível atingir o efeito desejado.

Exemplos: Impossível, dos pontos de vista material e jurídico, é a ordem dirigida ao dono de um restaurante para empregar seguranças durante a noite que ficariam encarregados de cuidar para que os visitantes, na entrada e saída de uma discoteca, não causem “ruído excessivo”, porque os seguranças, no quadro

do direito aplicável (§ 34a, n. 1, frase 5, segmento 3, e n. 5, da GewO), sempre podem influenciar os visitantes através de boas conversas⁵⁴.

3. Para a indispensabilidade das medidas de direito administrativo econômico

Uma medida só é exigível (necessária) quando não estão disponíveis outras medidas adequadas que afetem em menor escala os atingidos e a comunidade em geral nos seus direitos (sobretudo direitos de liberdade) (o problema das soluções alternativas). No entanto, o meio mais suave deve ser adequado a atingir o mesmo sucesso.

Exemplos: Advertência, antes da revogação, de uma autorização⁵⁵. Imposição de uma cláusula modal ou recusa parcial, em vez de recorrer à recusa total, nos termos do § 91.º, n. 3, do TKG e do § 35.º, n. 1, da GewO. Advertência diretamente dirigida ao empresário, de preferência relativamente à advertência da autoridade administrativa, nos termos do § 8.º, n. 4, frase 2, do GPSG.

A exigibilidade tem limites temporais e limites materiais. Assim, as limitações devem ser anuladas logo que deixem de existir as razões que justificaram a sua imposição ou quando o fim já foi alcançado (ver, por exemplo, o § 2.º, n. 4, do AWG).

4. Para a aceitabilidade das medidas de direito administrativo econômico

Uma medida viola a proibição de excesso (proporcionalidade em sentido restrito) quando, independentemente da sua adequação e exigibilidade, está fora de relação com o efeito desejado, por conseguinte, quando a medida limita de forma mais severa a liberdade que o fim justifica. É decisivo que a medida não seja inteiramente desajustada relativamente ao fim com ela prosseguido. Por isso, é indispensável uma **ponderação dos bens e dos interesses**. O Tribunal Constitucional Federal fixou os limites do excesso na **aceitabilidade** para os atingidos⁵⁶.

Exemplos: A cláusula modal de colocar seguranças em frente a um restaurante para impedir perturbações de ruído viola o princípio da aceitabilidade, porque obriga o industrial a fazer novos esforços financeiros, apesar das reduzidas possibilidades de sucesso, pelo que os novos encargos econômicos não estão

numa relação razoável com os benefícios que daí resultam para a comunidades em geral, ou seja, para os vizinhos⁵⁷. Deverá ser retirada a um farmacêutico autonomamente estabelecido a “admissão”, a par da autorização de exploração de farmácia, no caso de no futuro ter de contar com graves violações das obrigações profissionais⁵⁸.

V. Proteção jurídica contra as medidas do direito administrativo econômico

Um Estado de Direito só é merecedor deste predicado quando seja simultaneamente **Estado de proteção jurídica**. Isto pressupõe que as leis e as medidas concretas do direito administrativo econômico estão submetidas a um controle **jurisdicional**, que também leva em consideração o princípio da efetividade, no sentido de um controle jurisdicional eficaz (ver *infra* § 15 II). Na perspectiva do direito administrativo, para a salvaguarda dos direitos fundamentais, é necessário, complementarmente, um controle **interno (autocontrole) e um controle externo da Administração**, que pode ser qualificado de **proteção “antecipada” de direito administrativo econômico** (ver *infra* § 38)⁵⁹.

VI. Princípio do Estado de Direito e Comunidade Europeia

Nos termos do art. 6.º do Tratado da UE, a União assenta, nomeadamente, no princípio do Estado de Direito. Por isso, os aspectos nacionais do Estado de Direito, que já foram tratados, também são princípios do direito comunitário. Isto é válido, em primeiro lugar, para o princípio da autorização enumerativa, consagrado no art. 5.º, n. 1, do Tratado da CE (*compétence d’attribution*), como concretização da **legalidade**⁶⁰, bem como para o princípio da reserva de lei (art. 52.º, n. 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia). Por outro lado, o **princípio da proporcionalidade**⁶¹ é um princípio diretor do mercado interno, como resulta do art. 5.º, n. 3, do Tratado da CE, dos arts. 49.º, n. 3, e 52.º, n. 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Para além disso, o Tribunal das Comunidades reconheceu, entre outros, o princípio da determinação, a proteção da expectativa e a proibição de

efeito retroativo (art. 49.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)⁶².

VII. Princípio do Estado de Direito e direito da economia mundial

O princípio do Estado de Direito, desenvolvido na perspectiva do direito público nacional e do direito comunitário, com as suas múltiplas manifestações, ainda não obteve claros contornos do ponto de vista do direito econômico mundial. É certo que nas fontes de direito internacional público se faz alusão ao objetivo de uma **ordem econômica mundial justa**. Pensemos apenas no preâmbulo da Convenção sobre o Direito do Mar. No entanto, até agora este desejo não passa de uma declaração de intenções não vinculativa. Uma exceção a isto é constituída pelo **princípio da resolução pacífica dos conflitos**, que também compreende o respeito por determinadas normas de procedimento. No centro está o **sistema de resolução dos conflitos da OMC**, que é considerado como o elemento central para o estabelecimento de segurança e de previsibilidade no sistema de comércio multilateral⁶³. Por outro lado, diversos acordos-OMC regulam, como de padrão, normas de justiça, de *fair-play* e de procedimento no sentido de um “*due-process*”.

Exemplos: Os arts. 49.º e 51.º do TRIPS; o art. XX do GPA; o art. 2.º, n. 21, do Acordo de Controle de Expedição Relativamente aos Procedimentos Administrativos de Reclamação e Recurso⁶⁴.

Estes *standards* são generalizáveis, devido à sua flexibilidade, de modo que podem aplicar-se para além do círculo jurídico.

¹ BVerfGE 98, 106, 123, 130.

² BVerfG, NJW 1989, 2614; OVG Münster, NJW 1990, 466.

³ Wolff/Bachof/Stober, § 30 III e § 57 IV; Murswiek, DVBl. 1997, 1021 e s.; Bethge, VVDStRL 57 [1998], 10, 27 e s., 49 e s.; BVerfGE 105, 252, 268; BVerwG, GewArch. 1996,

465.

[4](#) BVerwGE 89, 281, 285; BVerwG, *GewArch.* 1996, 465.

[5](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *GewArch.* 1993, 136 e s. e 187 e s.

[6](#) Cf. BVerwGE 30, 191.

[7](#) BVerfGE 40, 237, 248 e s.; BVerfG, *NJW* 1989, 2877; BVerfG, *NJW* 1997, 1975, 1977; cf. também OVG Berlin, *NJW* 1975, 1938 — *Pressesubvention.*

[8](#) Cf. p. ex. BVerfGE 49, 85 e 58, 257, 268; BVerwGE 47, 194, 198.

[9](#) VGH Kassel, *NJW* 1990, 336, e ainda Sandler, *NVwZ* 1990, 231 e s.; Scholz, in: *FS für Sandler* 1991, p. 93 e s.

[10](#) BVerfG, *NJW* 1999, 3253 e s.

[11](#) Neste sentido, Bauer, *DÖV* 1983, 53 e s., com outras referências; Ehlers, *GewArch.* 1999, 305 e s.

[12](#) Stern, *JZ* 1960, 518 e s.; cf. para o alcance da chamada *Bepackungsverbot* NdsStGH, *NVwZ-RR* 1997, 201 e s.; OVG Münster, *DÖV* 2003, 511; Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, 1966, p. 281, 299; Rupp, *JuS* 1975, 615 e s.

[13](#) Stober, *GewArch.* 1993, 136 e s. e 187 e s., 192 e s.; Pitschas, in: Stober/Vogel (ed.), *Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand* 1999, p. 24; BVerfGE 80, 124, 132; OVG Münster, *DVBl.* 1990, 999; BVerwG, *DVBl.* 1992, 1038.

[14](#) Mußnug, *VVDStRL* 47 [1989], 113, 123.

[15](#) Mußnug, *VVDStRL* 47 [1989], 122 e s.

[16](#) BVerfGE 45, 1, 32; 79, 311, 328; VerfGHNW, *DÖV* 1994, 1003 e s.; VGH München, *BayVBl.* 2000, 245 e s.; OVG Weimar, *GewArch.* 2002, 325 e s.; Böhm, *NVwZ* 1998, 934 e s.

[17](#) BVerwGE 6, 282, 287; BVerwG, *NJW* 1977, 1838; BVerwGE 58, 45; OVG Münster, *NVwZ* 1982, 381; OVG Lüneburg, *NVwZ* 1985, 499; Stober, *GewArch.* 1993, 136 e s. e 187 e s.

[18](#) BayVGH, *GewArch.* 1976, 291; Stober, *DÖV* 1984, 265 e s.

[19](#) Cf. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, p. 487 e s.

[20](#) BVerfGE 33, 125, 163; BVerfG, *NJW* 1988, 191; BVerfG, *GewArch.* 2005, 72; BVerwGE 73, 75; BVerwG, *NVwZ* 1989, 1175; OVG Münster, *GewArch.* 1990, 52.

[21](#) BVerfGE 86, 28, 40.

[22](#) Ipsen, in: *Planung II*, 1966, p. 107; cf. Blanke, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2000.

[23](#) Maurer, *HdbStR III*, § 60 n.m. 55 e s.; BVerfGE 38, 61, 83; 68, 193, 221.

[24](#) BVerwG, *DVBl.* 1994, 816.

[25](#) Möller/Rührmair, *NJW* 1999, 908 e s.

[26](#) Cf., mais detalhadamente, Muckel, *JA* 1994, 13 e s.; Wolff/Bachof/Stober, § 27 I 3, com outras referências; Maurer, *HdbStR* III, § 60 n.m. 15.

[27](#) *BVerfGE* 97, 67, 78 e s. e ainda Möller/Rührmair, *NJW* 1999, 908 e s.

[28](#) *BVerfGE* 39, 157 e s.; 48, 403, 415; 72, 175, 196; 94, 241, 258 e s.; BFH, *NJW* 2004, 877, 881.

[29](#) BGH, *EuZW* 2003, 444.

[30](#) *BVerfGE* 63, 343, 357; BVerfG, *JZ* 1997, 142 e s.

[31](#) *BVerfGE* 94, 241, 258; BGH, *EuZW* 2003, 444.

[32](#) *BVerfGE* 48, 1, 20; BGH *NJW* 2001, 1671.

[33](#) BVerfG, *NJW* 1992, 2877; *BVerfGE* 97, 67, 78 e s., e ainda Brüning, *NJW* 1998, 1525 e s.; Arndt/Schumacher, *NJW* 1998, 1538 e s.; Möller/Rührmair, *NJW* 1999, 908 e s.

[34](#) *BVerfGE* 18, 439; *BVerwGE* 89, 57, 61.

[35](#) *BVerfGE* 13, 261, 272; 48, 1.

[36](#) *BVerfGE* 13, 261, 272; 18, 439; 88, 384, 403 e s.

[37](#) *BVerfGE* 72, 200, 258.

[38](#) *BVerfGE* 31, 222 e s.; 72, 175, 196; 74, 141, 155.

[39](#) *BVerfGE* 87, 234, 263.

[40](#) *BVerfGE* 56, 1, 13; *BVerfGE* 17, 306, 313; OVG Koblenz, *GewArch.* 1981, 336 e s.; OVG Lüneburg, *NVwZ* 1982, 383 e s.; BVerwG, *NVwZ-RR* 1997, 534 e s.

[41](#) BGH, *NJW* 1987, 1833; BVerwG, *NJW* 1988, 1534; BVerfG, *NJW* 1993, 1909.

[42](#) *BVerfGE* 33, 358, 366.

[43](#) *BVerfGE* 78, 214, 226.

[44](#) BVerwG, *NVwZ-RR* 1997, 534 e s.; EuGH, *EuZW* 2001, 691, 693.

[45](#) *BVerfGE* 48, 210, 222; 56, 1, 13; *BVerwGE* 105, 144, 147.

[46](#) Cf. *BVerwGE* 31, 15.

[47](#) OVG Münster, *OVGE* 13, 182, 184; BVerwG, *GewArch.* 1993, 117.

[48](#) BVerwG, *EzGewR* § 1 frase 2 da HwO, n. 8.

[49](#) Cf. OVG Münster, *DÖV* 1962, 147, e *NWVBl.* 2003, 314.

[50](#) Cf., mais detalhadamente, Drechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989.

[51](#) *BVerfGE* 19, 342, 348; 69, 135 e sobre a evolução, Kluth, *JA* 1999, 606 e s.

[52](#) Cf., mais detalhadamente, Epping, *Die Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998, p. 240 e s.

[53](#) Cf., em particular, Schnapp, *JuS* 1983, 850; *BVerfGE* 65, 1, 35.

[54](#) VGH München, *BayVBl.* 1982, 53, com outras referências.

- [55](#) BVerwG, *DÖV* 1992, 218; BVerwG, *GewArch.* 2000, 197; OVG Hamburg, *GewArch.* 1996, 425.
- [56](#) BVerfGE 30, 292, 316; BGH, *NJW* 1999, 3406 e s.
- [57](#) VGH München, *BayVBl.* 1982, 53, com outras referências.
- [58](#) BVerwG, *NJW* 2003, 913; BVerfG, *BayVBl.* 2004, 208.
- [59](#) Cf. Stober, in: Merten/Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. III, 2006, § 77.
- [60](#) Cf. BVerfGE 89, 155, 192 e s., 210; 92, 203, 240.
- [61](#) BVerfGE 89, 155, 212; EuGH, *EuZW* 1994, 95, e EuGH, *EuZW* 1998, 431, 436; Hauke, *Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2005.
- [62](#) EuGH, *EuZW* 1992, 281; EuGH, *EuZW* 1997, 693e s.; EuGH, *EuZW* 2005, 532 e s.
- [63](#) Weber/Moos, *EuZW* 1999, 229 e s.; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 44 e s.
- [64](#) Göttsche, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 7 II.

§ 8. PRINCÍPIO DO ESTADO FEDERAL E PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO AUTÔNOMA

I. Administração econômica como função da Federação, dos Estados federados e da cooperação

1. Significado e dimensões de direito administrativo econômico do Estado federal

Tal como acontece com o princípio do Estado de Direito, o **princípio do Estado federal**, previsto nos arts. 20.º, n. 1, 23.º, n. 1, e 28.º da Lei Fundamental, possui numerosas faces. É um princípio de competência e de organização que dá informação sobre as questões da prossecução de funções, de forma centralizada ou descentralizada, separada ou comunitária, prioritária e subsidiária, no direito administrativo econômico¹. Este conteúdo é partilhado com o **princípio regional** e o **princípio da Administração autónoma**, que complementam o princípio do Estado federal. Por conseguinte, podemos entender a decisão a favor do federalismo como uma aproximação ao mercado e como uma expressão da concorrência de posição e de sistema entre Estados federados, regiões e Municípios², que se reflete na decisão empresarial³.

2. O papel dominante da Federação na administração econômica

Segundo a regra fundamental do Estado federal, prevista no art. 30.º da Lei Fundamental, também a função estadual da Administração econômica deve ser repartida entre a Federação e os Estados federados. A letra do texto, a história da origem e a sistematização da Lei Fundamental confirmam, entretanto, que compete à Federação um papel condutor no domínio da Administração econômica, que se esgota completamente na prática constitucional (ver *supra* § 5 I 2 e *infra* §§ 9, 13 e 15):

- o Governo federal é, nos termos do art. 65.º da Lei Fundamental, responsável pela **política econômica**;

- a Federação possui, por força do art. 74.º da Lei Fundamental, **competências normativas centrais de direito administrativo econômico**;
- a prossecução das relações económicas com Estados estrangeiros e, assim, a fixação da **política económica externa** é, nos termos do art. 32.º da Lei Fundamental, da competência da Federação;
- a **transferência de direitos de soberania, relevantes do ponto de vista da administração económica**, para instituições interestaduais e para a União Europeia, é, por força dos arts. 23.º e 24.º da Lei Fundamental, da competência da Federação.

3. Administração económica como função dos Estados federados e da cooperação

Considerando esta enumeração, coloca-se a questão de saber se os Estados federados apenas têm uma existência simulada do ponto de vista do direito administrativo económico. Para responder a esta questão não nos auxilia o **direito constitucional económico estadual (do Estado federado)**, por vezes expressamente regulado, enquanto a Federação puder persistir na prossecução das suas funções. Independentemente de uma previsão expressa da lei, o património interno dos Estados federados não pode ser-lhes retirado⁴. Dele fazem parte a **política regional económica, a política industrial e a política das estruturas**⁵.

Exemplo: Lei para a Conservação e para o Reforço da Localização da Indústria Aeronáutica de Hamburgo⁶.

Dos arts. 72.º e seguintes da Lei Fundamental não se deduz que também a política económica tem de seguir sempre princípios uniformes. Pelo contrário, no interesse dos Estados federados, a competência legislativa é limitada pelo art. 72.º da Lei Fundamental (ver *infra* § 15)⁷. Isto é especialmente válido par o **fomento da economia**, não regulado pela lei, para a regulação normativa e para a execução das **infraestruturas** (ver *infra* § 26). Não é controverso o

fato de os Estados federados serem competentes para a **execução das leis federais** na área da administração econômica (ver *infra* § 13 IV), que frequentemente abrem **espaços discricionários** (ver *infra* § 33 II 2). Para além disso, é discutida, no quadro da **reforma do federalismo**, a transferência de outras competências de direito econômico para os Estados federados (ver *infra* § 15 I 2).

Porque o desenvolvimento de espaços econômicos ampliados não deve ser impedido através de limites estaduais ocasionais, ganha importância a **cooperação econômica intrarregional**. Para atingir este fim, a Federação e os Estados federados servem-se de diversas formas de coordenação e de cooperação. Estas múltiplas formas revelam-se na atividade de conferências ministeriais econômicas, ambientais, de assuntos agrícolas, de grupos de trabalho (por exemplo, dos conselheiros de direito industrial), de comissões etc.

Da cooperação dentro da República Federal da Alemanha deve ser distinguida a **cooperação transfronteira** em território econômico, baseada no art. 24.º, n. 1a, da Lei Fundamental. Esta cooperação já foi diversas vezes posta em prática, devido às vantagens econômicas e de infraestrutura a ela associadas⁸.

Exemplos: Euregio, Regio Basiliensis, Arge Alpe, Saar-Lor-Lux-Kammer, Euroregion Neißة⁹.

II. Administração econômica como função da Administração autônoma

1. Administração econômica como função autárquica

a. Para o significado de direito administrativo econômico das autarquias

A ideia da estrutura federativa da Lei Fundamental e a prossecução de funções da Administração econômica também dizem respeito aos entes da Administração autônoma municipal, que na prossecução de funções de direito administrativo econômico, de todo o Estado e próprias, desempenham papel de destaque. Na verdade, a vida econômica na República Federal da Alemanha e a concorrência de localização têm lugar especialmente no território dos Municípios. Por

isso, as condições econômicas gerais são de grande importância ao nível local, segundo as máximas “pensa globalmente, age localmente” (“*think global, act local*”) e “todo o negócio é local” (“*all business is local*”)¹⁰. Sob os *slogans* “glocalização” (*Glokalisierung*)¹¹ e “comprador global-local” (*Glokapreneur*) exprime-se a ideia de que, depois da nacionalização e da globalização, são procuradas soluções locais para os problemas globais. Neste contexto, a Conferência Mundial sobre Assentamentos Humanos e Agenda Habitat II (Istambul, 1996), entre outras, constatou que as cidades, na perspectiva da “*urbanisation economics*”, oferecem as melhores possibilidades para o esgotamento das potencialidades econômicas¹².

Exemplos: Os Municípios indicam as zonas industriais, fornecem terrenos industriais, operam cuidados efetivos, saneiam antigos ônus industriais, mantêm empresas de abastecimento e de saneamento, aprovam princípios de tributação industrial, atribuem subvenções e fiscalizam empresas¹³.

b. Prossecução de funções de forma desconcentrada e descentralizada

Estas múltiplas funções não são prosseguidas segundo critérios uniformes. Por vezes, os Municípios prosseguem **funções de Administração econômica do Estado**. Por conseguinte, vigora o princípio da **desconcentração**. Assim, os Municípios são obrigados a executar as respectivas leis federais de direito administrativo económico, como, por exemplo, o Código Industrial. Os Municípios estão, pois, vinculados às **diretivas das autoridades de tutela**. Desta deve ser distinguida a **Administração econômica descentralizada**, prevista no art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental (ver *infra* § 42)¹⁴, que contém uma **garantia de Administração autónoma** para a prossecução, por responsabilidade própria, de todos os assuntos da comunidade local. O direito administrativo autónomo alarga-se às **funções de prossecução livre (“funções voluntárias”)** e às **funções de prossecução vinculativa**. Enquanto o Município pode decidir nas funções de prossecução livre se prossegue uma função, nas funções de prossecução obrigatória ele apenas pode decidir sobre o “como” da prossecução.

Exemplos: O fomento da economia municipal é, na ausência de determinação da lei noutro sentido, uma função de prossecução livre. A economia dos resíduos

sólidos é, nos termos do § 13.º do KrW/AbfG, uma função municipal de prossecução obrigatória.

No entanto, as funções voluntárias e as funções obrigatórias só são legítimas, nos termos do art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental, no quadro das leis. Por conseguinte, o fomento da economia municipal é sobretudo limitado pelo direito comunitário, pelo direito federal e pelo direito estadual (do respectivo Estado federado)¹⁵. É pacífico o entendimento de que os Municípios apenas possuem um **mandato para a política de administração econômica municipal**. Por isso, eles não devem agir fora do seu âmbito de ação e não devem intervir na ordenação das competências da Federação.

Exemplos: Ilegitimidade de um contrato municipal de utilização de publicidade para impor uma proibição de publicidade de produtos do tabaco¹⁶. Ilegitimidade de um imposto de embalamento¹⁷.

Um problema especial de direito comunitário e constitucional que ainda está por clarificar consiste na atividade econômica própria dos Municípios, que em parte é apoiada no art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental (ver *infra* § 24).

2. Administração econômica como função das câmaras

A par dos Municípios, também as câmaras de indústria e de comércio, bem como as câmaras de manufaturas, se ocupam, enquanto **titulares da administração econômica autônoma**, da administração da economia local (ver, mais detalhadamente, *infra* § 43)¹⁸. No entanto, a Lei Fundamental — em contraposição com Constituição Imperial de Weimar — não se pronuncia sobre a administração autônoma da economia (ver *infra* § 43), razão por que ela não é reconhecida do ponto de vista do direito constitucional federal¹⁹. É certo que algumas Constituições Estaduais garantem o instituto da Administração autônoma da economia (ver, por exemplo, art. 154.º do BayVerf.). No entanto, a Federação possui também, nos termos do art. 74.º, n. 1, segmento 11, da Lei Fundamental, competência para regular a organização econômica²⁰, de modo que as garantias estaduais (dos *Länder*) devem ser interpretadas à luz deste preceito. Por outro lado, o

princípio da **administração autônoma da economia** não encontrou, até agora, reconhecimento de direito comunitário, nem reconhecimento de outro tipo²¹, embora, não obstante os diferentes sistemas camarários existentes na Europa, tanto no que respeita à ideia de proximidade da economia como no que respeita ao princípio da subsidiariedade, apontem no sentido de um fundamento de direito comunitário (ver *infra* § 43 I 2).

No entanto, a diferença jurídica entre administração autônoma municipal e administração autônoma da economia não se resume à garantia constitucional. Esta diferença também se manifesta no fato de os órgãos da administração autônoma da economia apenas possuírem um âmbito de funções limitado — organizado por profissões — (ver *infra* § 43), enquanto os Municípios têm de considerar os interesses econômicos de todos os habitantes e de todos os profissionais. Por isso, os titulares da administração autônoma econômica pertencem à chamada **Administração autônoma funcional** e as câmaras apenas dispõem de um **mandato de política empresarial**, que lhes permite prosseguir o interesse geral da economia empresarial e, assim, **interesses públicos especiais** (ver *infra* § 43 III)²².

Globalmente, a administração autônoma econômica realiza um pedaço da **autonomia econômica da região** no Estado federal, com o qual é considerada a diversidade e as especificidades da estrutura federal do Estado e podem ser resolvidos problemas regionais próximos da economia. Esta administração autônoma econômica permite uma prossecução descentralizada de funções, uma cooperação entre Estado, Administração e entes econômicos e corresponde, por conseguinte, a um sistema econômico livre, pensado de forma distante do Estado e próximo do mercado (**papel intermédio entre o Estado e a economia**)²³. Por isso, também podemos chamar à administração das câmaras “**terceiro setor**”²⁴.

1 Cf., mais detalhadamente, Stober, in: *Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb*, v. 158, 1994, p. 1 e s.; Schuppert, *AöR* 120 [1995], 32, 81; Seitz, *WiSt.* 1996, 339, 343; Schmidt-Jortzig, *DÖV* 1998, 746 e s.

2 Cf. Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998.

3 Cf. para o lado econômico, Oeter, in: Engel/Morlok (ed.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, p. 119 e s.; *Jahresgutachten 2002/2003 des Sachverständigenrates*, p. 234 e s., n. 395 e s.; van Suntum, *WiSt.* 1999, 533 e s.

4 *BVerfGE* 87, 181, 196.

5 Oeter, in: Engel/Morlok, op. cit., p. 119, 125.

6 Lei de 18-6-2002, *HmbGVBl.* 2002, 96 e s.

7 *BVerfGE* 106, 62, 135 e s.

8 Cf., mais detalhadamente, T. Stein, *VVDStRL* 53 [1994], p. 26, 42 e s.; Grotefels, *DVBl.* 1994, 785 e s.

9 Trata-se de exemplos concretos de projetos de cooperação transfronteira. Por exemplo, a *Regio Basiliensis* é uma parceira suíça para a cooperação no Reno Superior. (N. do T.)

10 H. J. Vogel, in: Benda, entre outros, (ed.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. ed., 1994, § 22 n.m. 130; Leitermann, *Der Städtetag*, 2002, 24 e s.

11 O termo “Glokalisierung” é um neologismo e um termo formado pela combinação dos conceitos “globalização” (*Globalisierung*) e “localização” (*Lokalisierung*), precisamente para refletir a máxima: *pensar globalmente — agir localmente*. (N. do T.)

12 Weltbank (ed.), *Globalisierung und Lokalisierung, Weltentwicklungsbericht*, 1999/2000, 2000; Krautzberger, *UPR* 1996, 321 e s.

13 Stober, *JZ* 1984, 105 e s.; Eckert, *Kommunale Aufgaben im Bereich der Wirtschaftsverwaltung*, 2004.

14 Cf. também Merten, *VVDStRL* 55 [1996], 7, 35; Stern, in: *FS für Friauf*, 1996, p. 75 e s.

15 Knemeyer, *WuV* 1989, 92 e s.; Ehlers (ed.), *Kommunale Wirtschaftsförderung*, 1991; Höfling, “Kommunale Wirtschaftsverwaltung”, in: *LdRW*; Dieckmann/König (ed.), *Kommunale Wirtschaftsförderung*, 1994; Stern, in: *FS für Friauf*, 1996, p. 75, 81; RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 326 e s.

16 VGH Mannheim, *NVwZ* 1993, 903.

17 *BVerfGE* 89, 106, 123, 130.

18 Stober, *Die IHK als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft*, 1992; Tettinger, *DÖV* 1995, 169 e s.; idem, *Kammerrecht*, 1997.

19 *BVerwGE* 106, 64, 83; *BVerwG*, *DVBl.* 2000, 1796, para a Câmara dos Agricultores; *BVerwG*, *DVBl.* 2005, 1172, 1174.

20 Cf. Rengeling, in: *Bonner Kommentar*, art. 74, n. 1, 1.1, n.m. 49.

[21](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *DÖV* 1993, 333 e s.; idem, *GewArch.* 1996, 184, 188, e ainda OVG Koblenz, *GewArch.* 1997, 196 e s.

[22](#) *BVerwGE* 112, 69 e s.

[23](#) Stober, *Die IHK als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft*, 1992; idem, *GewArch.* 2001, 393 e s., e *BVerwGE* 107, 169, 174, 176; BVerfG, *GewArch.* 2002, 111 e s.; Tettinger, *DÖV* 1995, 169 e s.

[24](#) Schmidt-Trenz, in: Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, p. 13 e s.

§ 9. PRINCÍPIO DA UNIÃO ECONÔMICA

I. A união econômica como manifestação do fim estadual de união de Estados

Enquanto o princípio do Estado federal regula primeiramente a distribuição de competências e funções internas do Estado entre a Federação e os Estados federados, o **princípio da união de Estados**, consagrado no preâmbulo e no art. 23.º da Lei Fundamental¹, integra a Alemanha na Europa unida e aponta — do ponto de vista do direito administrativo econômico —, nos termos do art. 1.º do Tratado da UE e do art. 2.º do Tratado da CE, para a criação de um **mercado comum** (mercado interno — art. 14.º, n. 2, do Tratado da CE) e para uma **união econômica**. A aceitação destes princípios comunitários como fins do Estado² na Lei Fundamental é, nomeadamente, a consequência da continuação da interdependência progressiva do direito alemão com o direito administrativo econômico comunitário, bem como a expressão da liberdade de integração do Estado global e dos seus membros (ver *supra* § 2 VII e § 5 II)³.

II. Para o fundamento jurídico do direito comunitário

O ponto de partida jurídico-constitucional para uma cooperação de direito administrativo econômico entre a República Federal da Alemanha e a originariamente **Comunidade Econômica Europeia** (ver *supra* § 5 II 2) foi o art. 24.º, n. 1, da Lei Fundamental. Esta norma leva em consideração as modernas condições e interdependências das atividades econômicas, que são necessárias para a criação de espaços e ordens econômicas que vão para além das fronteiras nacionais. Este preceito legitima a Federação a transferir, por lei, direitos de soberania para instituições interestaduais e, assim, a abdicar de competências próprias de produção normativa, de administração e jurisdicionais, com efeitos para os Estados federados e para os Municípios. Desta legitimidade fez uso a Federação com a ratificação dos Tratados de Instituição da Comunidade Econômica Europeia e dos respectivos Tratados de Revisão. No entanto, pelo menos na concepção política de uma ampla **união econômica e**

monetária europeia questionou-se se o art. 24.º, n. 1, da Lei Fundamental constitui uma base de autorização suficiente para outras transferências de poderes de soberania, de funções estaduais e de poderes de autoridade. Isto foi posto em dúvida, em especial, relativamente à transferência da soberania monetária, que tradicionalmente é vista como elemento essencial do Estado. Por outro lado, também se disse que a entrada numa **união política** ultrapassa o conceito de instituição interestadual⁴. Esta controvérsia, que também foi analisada pelo Tribunal Constitucional, constituiu motivo para a criação do chamado **Artigo-Europa** — 23.º — da Lei Fundamental⁵. Este artigo constitui — também em ligação com a previsão europeia do art. 88.º da Lei Fundamental (Banco Federal) — uma autorização especial para a cooperação e o desenvolvimento da União Europeia⁶. O art. 23.º, n. 1, da Lei Fundamental legitima, tal como o art. 24.º deste diploma, a transferência de poderes de soberania e obriga a Alemanha a respeitar a Constituição econômica comunitária e o direito administrativo econômico comunitário.

III. Para os efeitos vinculativo e de primado do direito comunitário

1. Direito administrativo econômico como direito comunitário concretizado

O efeito vinculativo do direito comunitário só pode ser entendido se procedermos à distinção entre as diferentes fontes jurídicas do direito comunitário. Os Tratados de Instituição até aqui estudados no quadro do direito constitucional econômico comunitário (ver *supra* § 5 II), incluindo os seus aditamentos, são designados de **direito comunitário primário**. A realização dos fins e atividades comunitárias tem lugar através da criação do **direito comunitário secundário**, que podemos qualificar de **direito administrativo econômico europeu**. Em geral, o direito comunitário primário tem primazia sobre o direito secundário. Simultaneamente, tanto o direito constitucional econômico comunitário como o direito administrativo econômico comunitário têm primazia sobre o direito administrativo econômico dos Estados-

membros e ostentam efeito vinculativo na forma de um **primado de aplicação**. Este primado recobre, modifica e afasta o direito nacional dos Estados-membros em sentido contrário. Isto é válido tanto para as medidas gerais e abstratas como para as medidas individuais e concretas⁷.

Aqui se revela o especial significado do direito comunitário para o direito administrativo econômico nacional. O direito administrativo econômico nacional é, cada vez mais, **direito comunitário concretizado** (ver *supra* § 2 VII 5). O primado referido é fundamentado de diferentes formas. Ele é, nomeadamente, apoiado numa interpretação conforme à Comunidade (ver *supra* § 2 IV 3), na qual estão em primeiro plano a capacidade de funcionamento da Comunidade, o *effet utile*⁸ e o fomento da integração. De resto, relativamente ao âmbito do efeito vinculativo, devemos fazer a distinção entre a aplicação direta do **direito primário** e do **direito secundário**, que, nos termos do art. 249.º do Tratado da CE, é, nomeadamente, constituído por regulamentos e diretiva.

Os **regulamentos** são vinculativos em todas as partes e aplicam-se nos Estados-membros de forma geral e direta. Eles constituem o primeiro instrumento aplicado para a **uniformização jurídica** e primam sobre o direito nacional. Os regulamentos não necessitam de qualquer transformação, incorporação ou conversão e podem ser válidos através de leis nacionais de execução.

Exemplos: Regulamentos de atribuição de subvenções e de procedimento (ver *infra* § 31 II 2); Código Aduaneiro.

As **diretivas** dirigem-se aos Estados-membros. Estas apenas vinculam quanto aos fins, os quais podem ser alcançados através de atos jurídicos dentro de um determinado período de tempo. As diretivas deixam a escolha da forma e dos meios para os Estados-membros, que então emitem **direito terciário**. Por conseguinte, as diretivas são um instrumento para a **aproximação jurídica**⁹.

Exemplo: As diretivas de concessão foram transpostas para a ordem interna alemã pelos §§ 97.º e seguintes do GWB.

No entanto, o alinhamento jurídico-objetivo das diretivas não exclui que, no caso concreto, elas tenham efeito direto (o chamado **efeito direto** ou **efeito de ingerência**) e criem **direitos subjetivos** (ver *infra* § 33 II 2)¹⁰.

2. Princípio da harmonização e princípio da coordenação

A harmonização e a coordenação do direito econômico são uma pedra angular da atividade comunitária, como resulta, nomeadamente, do art. 3.º, letra “h”, do Tratado da CE. Elas têm em vista eliminar impedimentos jurídicos que assentem em diferentes estruturas jurídicas dos regulamentos jurídicos e regulamentos internos das Administrações Públicas nacionais, bem como realizar a **Europa como espaço comunitário de direito ou comunidade jurídica** (art. 2.º do Tratado da UE). Do ponto de vista econômico, a harmonização e a coordenação visam a uniformização e uma diminuição dos custos de transação resultantes da observância de diferentes normas jurídicas, bem como uma outra abertura dos mercados.

No entanto, o passado revelou que a uniformização jurídica e a aproximação jurídica só avançam a reboque. As causas residem na exigência das maiorias qualificadas (art. 95.º, em combinação com o art. 251.º do Tratado da CE), no desejo de criação de uma regulação quanto possível detalhada ou da deliberada recusa de uniformização jurídica, como forma de salvaguardar especificidades nacionais.

Nesta base, questiona-se sobre outras concepções que evitem uma colisão jurídica entre o **país de origem** e o **país regulador** (ver, por exemplo, o art. 75.º, n. 1, do Tratado da CE). A Comunidade Europeia decidiu-se, nos últimos tempos, pela realização de uma chamada **nova concepção** (*new approach*). Segundo esta nova concepção, uma harmonização jurídica apenas deve ter lugar nos casos em que é indispensável, por exemplo, por razões de proteção da saúde ou de proteção do ambiente. Nesta chamada **nova concepção**, os quadros jurídicos limitam-se à fixação das exigências fundamentais (*essential requirements*), às quais têm de corresponder os produtos no caso de serem colocados no mercado (a chamada **harmonização nuclear**, em vez de harmonização total).

Esta **nova concepção** também é aplicável à **harmonização técnica** e à regulamentação normativa (veja o art. 155.º e o art. 163.º, n. 2, do Tratado da CE), sendo que a fixação dos detalhes foi transferida para os grêmios competentes para a regulamentação normativa da indústria (ver *infra* § 9 V 3).

3. Princípio do reconhecimento como motor do mercado interno

De resto, cada vez mais se faz apelo ao chamado **método da equivalência**¹¹, que assenta na base do reconhecimento recíproco do *standard* nacional. Este método (também chamado **princípio do país de origem** ou **princípio do reconhecimento**) recua, em última análise, à jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias no acórdão “*Cassis de Dijon*”¹². A afirmação central diz que uma mercadoria pode ser posta a circular em qualquer Estado-membro no caso de ela poder ser legalmente produzida ou vendida num Estado-membro. Esta frase orientadora é suscetível de generalização, porque abarca todas as liberdades de circulação (art. 47.º, n. 1, e art. 55.º do Tratado da CE) e porque também é válida para as decisões concretas das autoridades nacionais, como, por exemplo, para os certificados e para as licenças.

Exemplos: § 4.º do TDG; § 54.º do LFGB; § 7.º, n. 2, da HwO; Diretiva de Reconhecimento das Profissões¹³ (ver *infra* § 9 VII).

Na falta de diretivas de reconhecimento, deverão ser observadas na execução do procedimento de reconhecimento as seguintes regras¹⁴:

- é ilícita uma recusa formal devido à não satisfação de *standards* de produção, de licenciamento, ou outros, do Estado de determinação ou de admissão;
- na fiscalização da equivalência concreta, devem ser respeitadas as provas de qualidade e as experiências existentes;
- no caso de se verificarem diferenças objetivas, o Estado de determinação ou de admissão pode exigir provas adicionais.

O princípio do reconhecimento é um instrumento eficaz para o desmantelamento dos obstáculos ao comércio e de outras

discriminações e estabeleceu-se como parte integrante constitutiva do mercado interno. Este princípio vai ao encontro, por um lado, da autonomia dos Estados-membros, à medida que renuncia a ingerências no seu ordenamento jurídico e realiza a ideia da subsidiariedade¹⁵. Por outro lado, na falta de equivalência podem ser aplicados os *standards* de proteção do país importador. Por outro lado, ainda, os *standards* mais baixos podem refletir-se negativamente na concorrência de localização. Nesta medida, o espaço jurídico dos Estados-membros é aberto ao direito administrativo econômico nacional de outros Estados-membros, como âmbito de aplicação das regulações e medidas nacionais alargado a todos os Estados-membros. Deste modo, através da correia de transmissão do direito comunitário é implantado direito estrangeiro, como **direito administrativo econômico transnacional**, no direito administrativo econômico nacional¹⁶. Por conseguinte, deve ser respeitado o *slogan* “**unidade na diversidade jurídica**”. Isto reflete-se no efeito vinculativo e no sistema jurídico quando da solução dos fatos de direito administrativo econômico, devendo no futuro ser observadas as seguintes categorias jurídicas:

- **direito nacional dos Estados-membros** (direito administrativo federal, direito administrativo estadual e direito administrativo autónomo);
- **direito comunitário** (direito do mercado interno);
- **direito nacional estrangeiro como direito transnacional**;
- **normas jurídicas de direito privado** (sobretudo no domínio técnico).

Este **pluralismo do direito econômico** coloca altas exigências ao cidadão econômico, que se tem de informar amplamente, devido à ainda inexistente transparência do complexo direito administrativo econômico. Simultaneamente, a vinculação das administrações econômicas nacionais ao direito administrativo econômico de Estados terceiros constitui uma compensação pela transferência de poderes de soberania.

IV. Liberdades de circulação como liberdades de mercado e de concorrência

1. Proteção da circulação econômica para além das fronteiras

As declarações sobre o princípio da harmonização e o princípio do reconhecimento dirigem a atenção para as **liberdades de circulação do direito comunitário**. Estas liberdades são, devido ao seu significado de direito económico transnacional, a peça nuclear do mercado comum, do mercado interno e o centro da Constituição económica da CE.

As liberdades de circulação estendem-se, nos termos dos arts. 14.º, n. 2, 23.º e seguintes do Tratado da CE, à livre circulação de **mercadorias, de pessoas, de capitais e de serviços**. Simultaneamente, as liberdades de circulação compreendem o **mercado das concessões públicas**, dominado pela Administração Pública, que constitui um elemento central na realização do mercado interno (ver *infra* § 24 IV e § 37). As normas para tal emitidas de livre circulação visam garantir que os fatores de produção (trabalho, capital, solos) são aplicados dentro do mercado interno e os bens e serviços são oferecidos onde as condições económicas de partida são mais favoráveis, sem que os fornecedores e os consumidores dependam de restrições do Estado. As liberdades de circulação visam, pois, como resulta do art. 98.º do Tratado da CE, uma repartição eficaz dos recursos e a eliminação de efeitos externos. Especialmente a jurisprudência favorável à integração do Tribunal das Comunidades e a criação do mercado interno contribuíram para que as liberdades fundamentais sejam realizadas em diferentes setores.

Da interpretação do texto do direito comunitário resulta que as liberdades de circulação apenas se aplicam nas **relações económicas com o exterior**. Por conseguinte, elas apenas são aplicáveis — tal como está formulado nos arts. 23.º, n. 1, 28.º, n. 1, e 56.º do Tratado da CE — “entre os Estados-membros” e não, no caso de procedimentos meramente intraestaduais, dentro dos Estados-membros. Isto significa que a circulação interna pode ser colocada em pior posição do que a

circulação do mercado interno (a chamada **discriminação invertida: *discrimination à rebours***¹⁷).

Exemplo: Enquanto na Alemanha um cidadão de nacionalidade alemã só se pode estabelecer como cabeleireiro após a realização de um exame de especialidade ou após ter sido admitido como membro com base numa licença de exercício, não pode ser exigido qualquer controle técnico a um cabeleireiro de outro Estado-membro da UE, devido à liberdade de estabelecimento da UE¹⁸.

Uma discriminação invertida também é compatível com o direito interno, porque o art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental apenas tem efeito vinculativo para o respectivo ente de autoridade dentro do seu âmbito de poder, na medida em que se verifiquem razões de bem comum¹⁹. Nos últimos tempos, vem sendo sustentado, ao arpejo da letra e da sistematização do Tratado da CE, o entendimento de que, devido ao amplo progresso de integração e de realização do mercado interno, também será necessária uma inclusão nas liberdades de circulação de situações que não se projetam para além das fronteiras²⁰.

2. Normas de reserva e normas de exceção

As liberdades de circulação são limitadas por numerosas **normas de reserva e normas de exceção**. Estas normas servem aos interesses de regulação dos Estados-membros e afastam-se, assim, simultaneamente, do princípio do reconhecimento recíproco. Em concreto, trata-se da:

- **reserva de segurança e de ordenação** (arts. 30.º, 46.º, 55.º e 64.º do Tratado da CE)²¹;
- **reserva de saúde** (arts. 30.º, 46.º e 55.º do Tratado da CE)²²;
- **reserva ambiental** (art. 30.º do Tratado da CE);
- **reserva de bons costumes** (art. 30.º do Tratado da CE);
- **reserva de cultura** (art. 30.º do Tratado da CE).

No entanto, as proibições ou limitações para tal emitidas (ver, por exemplo, como fundamento transposto, o § 4.º, n. 5, do TDG) não podem ser constituídas nem através de meios de **discriminação** arbitrária, nem através de uma limitação encoberta do comércio entre os Estados-membros (cf. art. 30.º do Tratado da CE). Estes princípios

também se aplicam, nos termos do art. 95.º, n. 6, do Tratado da CE, às normas dos diferentes Estados que, não obstante uma harmonização, prevejam regulações nacionais mais rigorosas, no sentido do art. 95.º, n. 4, do Tratado da CE.

Exemplo: Regulações nacionais mais restritivas para aditivos aos produtos alimentares²³.

Independentemente destes limites regulados expressamente, o Tribunal das Comunidades retira das liberdades de circulação **limites iminentes** para as medidas não discriminatórias, porque as normas de reserva só de forma insuficiente tomam em consideração os interesses de bem-estar dos Estados. Segundo esta jurisprudência lacunar, são legítimas proibições e limitações quando se verificarem os seguintes pressupostos:

- a Proteção de um interesse coletivo vinculativo já não está regulada pelo direito comunitário;
- a regulação nacional vigora indistintamente para as situações nacionais e dos Estados-membros;
- existe um interesse coletivo vinculativo;
- a medida é proporcional (ver *supra* § 7 IV).

Exemplos: No acórdão *Cassis de Dijon*, o Tribunal das Comunidades concluiu²⁴: “Na falta de uma regulação comunitária sobre o fabrico e a comercialização de licor, ... compete aos Estados-membros emitir, para o território sob sua soberania, as normas sobre a produção e o comércio de licor e de bebidas alcoólicas. Os obstáculos ao comércio interno da Comunidade ... têm de ser aceites ..., para satisfazer exigências obrigatórias, especialmente as exigências de um controle fiscal eficaz, da proteção da saúde pública, da rectidão da circulação de mercadorias e da proteção do consumidor”²⁵. É permitida a proibição de publicidade de bebidas alcoólicas, desde que a proteção da saúde contra os efeitos prejudiciais do álcool não possa ser garantida através de medidas que limitem menos o comércio dentro da Comunidade²⁶.

A par destas reservas relativas, existem **reservas absolutas**. Neste caso, não vigoram as liberdades de circulação, porque elas estão totalmente fora do âmbito de aplicação:

- **reserva de polícia** (art. 33.º do Tratado da UE; art. 64.º do Tratado da CE);
- **reserva de soberania** (arts. 45.º, n. 1, e 55.º do Tratado da CE);
- **reserva de ocupação administrativa** (art. 39.º, n. 4, do Tratado da CE)²⁷.

V. Livre circulação de mercadorias

1. Proibição de onerações financeiras

A livre circulação de mercadorias funda-se normativamente nos arts. 4.º, 6.º, 14.º, n. 2, e 23.º a 31.º do Tratado da CE. Esta livre circulação visa a eliminação de encargos financeiros e de limitações quantitativas que impeçam a circulação de mercadorias. **Mercadorias** são objetos físicos que têm um valor pecuniário e que, por isso, podem ser objeto de negócios jurídicos²⁸. Excluídos do âmbito de aplicação estão os produtos agrícolas, o material de guerra, o carvão e os produtos de aço (arts. 32.º e s., 296.º e 305.º do Tratado da CE). À circulação de capitais relacionados com a **concessão de funções públicas** aplicam-se diretivas especiais (ver *infra* § 24 IV e § 37). O fim econômico da liberdade de circulação de mercadorias consiste em eliminar todas as limitações estaduais à livre concorrência das mercadorias (condições, qualidade, fixação do preço, publicidade, serviços) e em colocar os produtos à livre disposição.

Encargos financeiros são contribuições que são estabelecidas por ocasião da importação e exportação entre os Estados-membros. Pode tratar-se de imposições aduaneiras, de impostos, de taxas e de outras prestações em dinheiro, que também são designadas de impedimentos tarifários ao comércio. O Tratado da CE proíbe a imposição de tributações que falseiem uma **união aduaneira**. Esta consiste num território aduaneiro único, que foi fixado pelos arts. 2.º e 3.º do **Código Aduaneiro** (ver *infra* § 16). A união aduaneira abrange toda troca de mercadorias e abarca, nos termos do art. 23.º, n. 2, do Tratado da CE, também as mercadorias originárias de terceiros Estados que se encontram em livre circulação nos Estados-membros.

Exemplo: Um importador alemão que da Holanda importa mercadorias sul-coreanas não deve pagar qualquer imposto aduaneiro sobre essa importação.

As partes contratantes admitiram que as proibições tributárias também poderiam ser contornadas. Por isso, impuseram um limite à riqueza de imaginação dos Estados-membros. Por conseguinte, tal como acontece no art. 23.º, n. 1, do Tratado da CE, também é negada a imposição de **taxas de efeito equivalente**. O fim do Tratado exige que a livre circulação de capitais não seja limitada por imposições aduaneiras que aumentem os preços e falseiem a concorrência, aplicadas devido à passagem da fronteira.

Exemplo: É negada a qualidade de limitação de entrada no mercado quando apenas são impostas taxas ao importador nos montantes suficientes para cobrir os custos necessários. É o que acontece, na opinião do Tribunal das Comunidades, quando para o importador se trata de um benefício individual suscetível de medição e não apenas de prestações em dinheiro, por exemplo, pelos controles policiais de saúde dos Estados-membros²⁹.

2. Proibição de limitações quantitativas e de medidas de efeito equivalente

As **limitações quantitativas** caracterizam-se pelo fato de a circulação de mercadorias só poder ter lugar com base em determinados contingentes ou quotas. Trata-se aqui de um chamado entrave não tarifário ao comércio que, no entanto, na prática, já não desempenha qualquer papel. O art. 28.º do Tratado da CE proíbe, por outro lado, **medidas de efeito equivalente** entre os Estados-membros, porque elas causam custos adicionais e dificultam o acesso ao mercado. Este critério de delimitação deve ser interpretado tendo em linha de conta os objetivos do Tratado e uma visão de conjunto das respectivas normas, no sentido de que essas normas e práticas administrativas nacionais são proibições que dificultam, por vezes totalmente, a importação, a exportação e o trânsito. Estas normas e práticas são, segundo a jurisprudência original do Tribunal das Comunidades, limitações ao comércio adequadas a impedir (ou dificultar), direta ou indiretamente, real ou potencialmente, a liberdade de circulação de mercadorias entre os Estados-membros — a chamada **Fórmula Dassonville**³⁰.

Exemplos: Proibição do licor *Cassis de Dijon* devido à não satisfação das normas alemãs de comercialização³¹; alargamento da aplicação do princípio de pureza à cerveja no comércio ultrafronteiras de mercadorias³²; atribuição do selo de “qualidade de mercado dos Estados alemães” a certificados alemães de qualidade³³, porque poderia dar a impressão que as mercadorias alemãs seriam melhores que as mercadorias estrangeiras; imposição de novo procedimento de controle para equipamentos técnicos já controlados num Estado-membro³⁴.

Esta jurisprudência tem por consequência que, na prática, toda a regulação do comércio poderia ser atacada como medida de efeito equivalente. Por isso, esta interpretação extensiva foi corrigida com a chamada **Decisão Keck**, no sentido de que as normas nacionais que se limitam a determinadas **modalidades de venda** não caem nesta fórmula quando se aplicam a todos os participantes econômicos atingidos e não entram em conflito com a troca de mercadorias, nem com a integração no mercado.

Exemplos: As normas nacionais que proíbem, em geral, a revenda por preço abaixo do custo, não visam uma regulação da circulação de mercadorias entre os Estados-membros³⁵. As determinações nacionais de encerramento de estabelecimentos comerciais aos domingos não violam o art. 28.º do Tratado da CE³⁶.

Por isso, fala-se, por vezes, em “despedida de *Dassonville*”. A Fórmula Keck corresponde ao espírito do direito comunitário, que só quer abarcar situações para além das fronteiras e em última análise está subordinado ao princípio da subsidiariedade. Como linha diretora, podemos constatar que o art. 28.º do Tratado da CE se alarga sobretudo às **limitações relativas aos produtos** (peso, composição, etiquetagem, embalagem), enquanto as **limitações relativas à venda** (modalidades de venda) não caem sob a proibição. O conceito de modalidades de venda pode ser precisado no sentido de que ele diz respeito ao tipo e ao modo da venda e, assim, tem em vista regulações sobre a questão de quem, o que, quando, onde e como pode vender (pressupostos territoriais e temporais da venda). No entanto, a esta distinção podemos contra-argumentar dizendo que, por exemplo, a publicidade de um produto tanto pode ter lugar através da criação do produto como através das modalidades de venda.

Exemplos: Ao art. 28.º do Tratado da CE opõe-se uma regulação nacional que exige a utilização de uma determinada língua (neste caso, o francês) para a etiquetagem de gêneros alimentícios, sem prever a possibilidade de empregar outra língua facilmente perceptível³⁷. A exigência de uma licença para a venda ambulante é uma modalidade legítima de venda³⁸.

Os arts. 28.º e 30.º do Tratado da CE não recusam aos Estados-membros a adoção das medidas necessárias para a **Proteção das designações** que, com base num regulamento especial de direito comunitário, estão registradas para os produtos agrícolas e para os gêneros alimentícios, mas não têm qualidade para as designações genéricas.

Exemplo: Proteção de designações geográficas e designações de origem como “Gorgonzola”, mas não “Feta”³⁹.

3. Eliminação de impedimentos de caráter técnico ao comércio

A livre circulação de mercadorias é dificultada especialmente por uma diversidade de **regras técnicas**, diferenciadamente concebidas, que se ocupam, entre outras coisas, das características, da qualidade, do controle e da embalagem de produtos. Trata-se aqui de **impedimentos técnicos ao comércio**, que tanto impedem um desenvolvimento dos produtos standardizados como a imposição bem-sucedida de produtos inovadores. Estes impedimentos devem ser progressivamente eliminados pela fixação de normas comuns⁴⁰. Porque, como já foi referido (ver *supra* § 9 III 2), o plano originário de uma **harmonização total** se revela demasiado pesado e considerando que o fulminante progresso técnico é demasiado longo, favorece-se, no quadro das novas concepções, uma harmonização nuclear. Esta harmonização nuclear obriga as organizações europeias privadas de normalização — *Comité Européen de Normalização* (CEN), *Comité Européen de Normalização Electrotécnica* (CENELEC) e *Instituto Européen das Telecomunicações* (ETSI) —, com base nas diretivas comunitárias e por força da Resolução do Conselho de 7 de maio de 1985 relativa a uma **nova concepção** no domínio da harmonização técnica e normalização⁴¹, a apenas regular exigências fundamentais.

Exemplos: Diretiva da segurança dos produtos e § 2.º, n. 16, do GPSG, para a definição legal de uma norma harmonizada.

As organizações de normalização recuam às normas internacionais, que são estabelecidas, por exemplo, pela **Organização Internacional de Estandarização (ISO 9000 — International Organization for Standardization)**. Só devem ser criadas normas de direito comunitário se não existirem normas internacionais (*global approach*). Este pressuposto corresponde aos **acordos** celebrados, no quadro dos acordos AGCT/OMC, **sobre impedimentos comerciais de caráter técnico** (ver *infra* § 16 V 3), que de igual modo obrigam, em princípio, à utilização de *standards* internacionais. Esta obrigação é problemática quando o direito comunitário faz exigências mais elevadas. É o caso, por exemplo, do **Regulamento Comunitário Öko-Audit (ECO — Management and Audit Scheme — EMAS)**, que contém exigências de direito ambiental mais rigorosas do que o internacionalmente reconhecido Procedimento Audit-Ecológico, nos termos da **série de normas ISO 14001**⁴², que apenas diz respeito à estrutura orgânica interna da empresa e não dá qualquer informação sobre a prestação ambiental. Os sistemas de normalização também contêm o procedimento para a certificação, a caracterização, a garantia de qualidade e avaliação da conformidade (ver *infra* § 29 IV 2).

A aplicação das normas europeias pelo produtor é, umas vezes, imposta e, outras vezes, livre. No caso de o produtor colocar no produto uma **marca “CE”**, por exemplo, nos termos do § 6.º do GPSG⁴³, ele certifica dessa forma a conformidade com as **diretivas** e a aptidão para circular (a chamada **declaração do produtor**). Se o produtor não respeitar as exigências da diretiva, suportará o ônus da prova da observância das exigências fundamentais de segurança. No caso de produtos perigosos, é necessário um certificado de conformidade emitido por um **serviço de controle independente** (o chamado serviço **admitido ou nomeado**) (ver *infra* § 29 IV 2) que, como serviço de controle e de certificação, atribui o selo “GS” (selo de controle de qualidade de segurança a nível mundial). Não há procedimentos de admissão do Estado. Em vez disso, os privados assumem funções de fiscalização econômica, que devido aos dados

jurídicos não podem ser qualificados de autorregulação (ver *infra* § 29 IV).

O selo “CE” é, pois, em qualquer caso, no controle por terceiros, um selo de qualidade ou um selo de segurança para clientes e consumidores em sentido clássico. De resto, este selo é, antes, um **selo da Administração**. Em qualquer caso, a presunção aponta no sentido de que o produto corresponde às exigências para ele fixadas (ver também o § 8.º, n. 2, frase 3, do GPSG)⁴⁴.

O fim do sistema de normalização consiste em eliminar duplos controles dos produtos e facilitar o acesso dos produtos ao mercado pela uniformização das exigências nos setores da segurança dos produtos, do controle de qualidade e da descrição dos produtos⁴⁵. Com razão se diz que o selo “CE” será, com base no § 6.º combinado com o § 19.º do GPSG, um tipo de **passaporte técnico de viagem** para todo o espaço comunitário contra utilizações arbitrárias.

4. Limitações à circulação de mercadorias por razões de bem comum

a. Limitações dos Estados-membros

São permitidas limitações ao comércio por parte dos Estados com base em determinadas razões, previstas no art. 30.º do Tratado da CE, ligadas ao bem comum dos Estados nacionais (ver *supra* § 9 IV 2).

Exemplos: Proibição de publicidade de medicamentos não admitidos no interior do país⁴⁶; de bebidas alcoólicas⁴⁷; recusa de importação devido a perigo de BSE⁴⁸.

A questão de saber se e em que medida são permitidas limitações deve ser respondida consoante o resultado de uma ponderação de bens entre o fim do mercado interno constante do Tratado e os legítimos interesses de proteção dos Estados-membros. Os limites das limitações lícitas resultam do texto do art. 30.º do Tratado da CE. Segundo este preceito, as proibições e limitações não podem constituir nem um meio para a discriminação arbitrária, nem uma limitação disfarçada do comércio entre os Estados-membros. Independentemente de art. 30.º do Tratado da CE, o Tribunal das Comunidades também extraiu do art.

28.º do Tratado da CE **limites iminentes** que estabelecem restrições à liberdade de circulação de mercadorias (ver *supra* § 9 IV 2).

Complementarmente, o art. 95.º, n. 4, do Tratado da CE, que remete para o art. 30.º do mesmo Tratado, prevê também que a harmonização de medidas de exceção seja lícita (a chamada cláusula *opting out*).

b. Limitações de direito comunitário

Os órgãos da Comunidade Europeia têm, com base no art. 95.º, n. 3, do Tratado da CE, a possibilidade de emitir, nos domínios da saúde, da segurança, da proteção do ambiente e da proteção do consumidor, um elevado nível de limitações de proteção.

Exemplo: Proibição de publicidade ao tabaco, com base na *Segunda Diretiva sobre o Tabaco*⁴⁹.

VI. Livre circulação na prestação de serviços

1. Âmbito de aplicação e garantia da liberdade de prestação de serviços

A par da liberdade de circulação de mercadorias está a liberdade de prestação de serviços. Numa sociedade economicamente desenvolvida e organizada com divisão do trabalho e com crescente prestação de serviços, a liberdade de prestação de serviços desempenha um papel económico relevante. A liberdade de prestação de serviços está protegida nos arts. 3.º, letra c, 14.º, n. 2, 49.º e seguintes do Tratado da CE. As **prestações de serviços** são, nos termos da definição legal do art. 50.º do Tratado da CE, efetuadas contra remuneração e assentam especialmente em atividades **industriais, comerciais, artesanais e das profissões livres**. Entre estes serviços estão, nos termos do art. 51.º, n. 2, do Tratado da CE, também a prestação de serviços de bancos e seguros, bem como os **telesserviços** (*e-services*), no sentido do § 2.º do TDG, enquanto para a prestação de serviços no domínio dos **transportes** vigoram os arts. 70.º e seguintes do Tratado da CE. A prestação de serviços é delimitada relativamente às mercadorias (livre circulação de) pelo fato de eles serem incorpóreos e não serem armazenáveis. A liberdade de prestação de serviços limita-se — como se retira da formulação do art. 50.º do Tratado da CE — a uma

atividade provisória, enquanto a atividade duradoura é objeto da liberdade de estabelecimento. A questão de saber se uma atividade é provisória deve ser respondida, na falta de regulação expressa no Tratado da CE, com base na duração, na frequência, no regresso regular e na continuidade⁵⁰. Segundo a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, o caráter provisório de uma atividade não exclui a possibilidade de se equipar no Estado-membro de acolhimento com uma determinada infraestrutura (escritório, oficina, delegação), na medida em que ela seja necessária para a realização do serviço.

Exemplos: Prestação de serviços no quadro de um grande projeto plurianual de construção; consultoria remunerada por um período de tempo mais ampliado⁵¹.

O capítulo “prestação de serviços” é subsidiário, por força do art. 50.º, n. 1, do Tratado da CE, relativamente às normas sobre a **liberdade de estabelecimento**⁵².

A liberdade de prestação de serviços para além das fronteiras é garantida em três sentidos⁵³:

- o fornecedor da prestação de serviços pode efetuar a prestação no Estado-membro do destinatário da prestação de serviços (**liberdade ativa de prestação de serviços**);
- o destinatário da prestação de serviços pode acolher a prestação no Estado-membro do fornecedor da prestação de serviços (**liberdade passiva de prestação de serviços**);
- a prestação de serviços muda de um Estado-membro para outro Estado-membro (**liberdade correspondente de prestação de serviços**).

Exemplos: Um construtor italiano de máquinas muda-se para a Alemanha para proceder ao controle da montagem de uma máquina. Um cidadão alemão muda-se para a França para se sujeitar a um tratamento médico. Um cidadão holandês faz um seguro numa sociedade britânica de seguros.

2. Limitações da liberdade de prestação de serviços

Por um lado, os Estados-membros não podem, no interesse de uma prestação de serviços capaz de funcionar em concorrência para além

das fronteiras, nem criar obstáculos, nem proibir as prestações de serviços. Por outro lado, a liberdade de prestação de serviços pode atingir mais fortemente interesses nacionais que a liberdade de circulação de mercadorias. Sejam aqui lembradas apenas as limitações de viagens e de permanência e as normas de admissão e de exercício das profissões⁵⁴. Globalmente, os interesses comunitários e dos Estados-membros devem ser postos em equilíbrio. Isto ocorre sobretudo através da emissão de diretivas, que por vezes impõem o **princípio do reconhecimento** (ver *supra* § 9 III 2).

Exemplo: O § 4.º do TDG, em ligação com a Diretiva Europeia do Comércio.

Na resolução de conflitos depende de forma relevante de como deve ser interpretado o art. 49.º, n. 1, combinado com o art. 50.º, n. 3, do Tratado da CE. O Tribunal das Comunidades interpreta estas normas em termos amplos, quanto à **capacidade de funcionamento da Comunidade**. Segundo esta jurisprudência, não são lícitas medidas por razões de nacionalidade, de domicílio e por outras razões, quando elas dificultam ou impossibilitam a realização de prestações, adiam, complicam⁵⁵ ou encarecem o exercício do direito à prestação de serviços.

Exemplos: Não é lícita a exigência de criação de uma sede para um empresário da construção civil no Estado-membro em que irão ser prestados os serviços de construção⁵⁶. Não é lícita a exigência de uma inscrição no registro artesanal do Estado de acolhimento, a que estão associados custos de administração e uma obrigação de pagar cotas (art. 6.º da Diretiva de Reconhecimento de Profissões⁵⁷; ver *infra* § 43 IV 3 e volume II⁵⁸, § 48)⁵⁹. Não é lícita a exigência da nacionalidade como pressuposto da admissão da atividade de guarda num outro Estado-membro⁶⁰.

A jurisprudência do Tribunal das Comunidades estabeleceu, para além da proibição de discriminação em geral, uma proibição de limitação, na qual se podem apoiar, indistintamente, cidadãos estrangeiros e cidadãos nacionais⁶¹. Este alargamento do âmbito de proteção é satisfatório, considerando a importância da liberdade de prestação de serviços para o mercado interno. Isto não exclui medidas que sejam justificadas pela **proteção de interesses imperativos**

gerais, que estas medidas não sejam aplicadas de forma discriminatória e que sejam proporcionais.

Exemplos: As normas jurídicas nacionais que proíbem a realização de loterias no domínio de um Estado-membro são conformes ao direito comunitário quando prosseguem fins sociais ou de política criminal⁶². A limitação do direito de exploração de jogos automáticos a uma associação de direito público ou a locais determinados está justificada por razões de proteção do consumidor e da ordem social⁶³.

Os Estados-membros podem limitar a livre circulação da prestação de serviços, especialmente nos termos dos arts. 46.º e 55.º do Tratado da CE, por **razões de ordem, segurança ou saúde públicas**.

Exemplo: A liberdade de prestação de serviços pode ser limitada para assegurar a qualidade dos trabalhos artesanais a realizar e para salvaguardar os clientes contra danos⁶⁴.

3. O conceito da Comissão para a execução da prestação de serviços no mercado interno

Devido a numerosos impedimentos do mercado interno, o significativo potencial do setor da prestação de serviços para o crescimento e para os postos de trabalho não pôde ser totalmente esgotado até o presente. Por isso, a Comissão Europeia apresentou, no quadro estratégico do seu mercado interno para o setor da prestação de serviços, **proposta para uma diretiva-quadro sobre a prestação de serviços no mercado interno**⁶⁵, que, entre outras coisas, prevê as seguintes medidas:

- simplificação da Administração pela nomeação de um **único parceiro de diálogo para todas as formalidades administrativas**, bem como para a regulação eletrônica das formalidades (arts. 6.º e 8.º);
- fixação de princípios vinculativos para as **exigências relativas às licenças** aplicáveis às atividades de prestação de serviços (arts. 14.º, 15.º, 20.º e 21.º);
- proibição de exigências jurídicas restritivas nas normas jurídicas dos Estados-membros;

- progressiva **introdução do princípio do país de origem**;
- harmonização das normas jurídicas, especialmente no domínio da **proteção do consumidor**;
- **controle eficaz da atividade de prestação de serviços** pela cooperação administrativa;
- fomento da qualidade da prestação de serviços pela **certificação voluntária** e sistema de garantia de qualidade;
- apoio da elaboração, para toda a comunidade, do **Código de Conduta** (*Codes of Conduct*) pelos grupos de interesses atingidos.

Na primeira consulta, o Parlamento Europeu substituiu o princípio do país de origem pela expressão “livre circulação na prestação de serviços”⁶⁶.

VII. Liberdade de estabelecimento

1. Âmbito de aplicação

A livre circulação de mercadorias e de prestação de serviços abarca apenas os produtos da economia. Simultaneamente, é indispensável, num sistema econômico de concorrência e de mercado, garantir a **liberdade dos fatores de produção**. Os agentes econômicos devem decidir livremente exercer a sua atividade onde a situação de oferta e de procura, a situação dos custos e a situação de localização é para eles mais vantajosa. Esta liberdade é garantida através da **liberdade de estabelecimento** prevista nos arts. 3.º, letra c; 14.º, n. 2, e 43.º e seguintes do Tratado da CE.

Verifica-se um **estabelecimento** — por delimitação em face da prestação de serviços — num Estado-membro, quando um empresário, de modo estável e continuado, participa na vida econômica de outro Estado-membro como seu Estado de origem, para o que, a partir de um domicílio profissional, nomeadamente, dirige-se aos nacionais deste Estado para daí colher benefício, de modo a ser fomentada a interdependência econômica e social dentro da Comunidade no domínio das atividades independentes⁶⁷.

A liberdade de estabelecimento compreende, em primeiro lugar, a admissão e o exercício de **atividades produtivas independentes**. Entre estas estão também, especialmente, as prestações de serviços, pelas quais o prestador do serviço, contra remuneração, satisfaz uma procura do destinatário do serviço, sem produzir ou alienar bens materiais.

Exemplos: Exercício independente da prostituição⁶⁸; organização de jogos de fortuna e azar⁶⁹ em determinados locais.

À liberdade de estabelecimento aplicam-se ainda, nos termos do art. 43.º, n. 2, do Tratado da CE, as normas do Estado de acolhimento aplicáveis aos seus nacionais para a criação e a direção de **empresas** e de **sociedades** e inclusive, nos termos do art. 43.º, n. 1, frase 2, do Tratado da CE, a **criação de agências, sucursais ou empresas filiais**⁷⁰. Relativamente às **sociedades**, o art. 48.º, n. 1, do Tratado da CE determina que as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, a administração central ou o estabelecimento principal na Comunidade são equiparadas às pessoas singulares nacionais dos Estados-membros. Como sociedades são consideradas, nos termos da definição legal do art. 48.º, n. 2, do Tratado da CE, as de direito civil e de direito comercial, inclusivamente as cooperativas. Porque ainda não está prevista a uniformização do direito de estabelecimento, do direito de sede e do direito das sociedades (art. 44.º, n. 2, letra g, e art. 293.º do Tratado da CE), não é, por vezes, clara a questão de saber se e em que medida os Estados-membros podem conservar especificidades do seu direito nacional das sociedade. Sobre esta questão o Tribunal das Comunidades emitiu diversas decisões orientadoras. A afirmação central parte da ideia de que a fixação da sede não pode ser feita depender de pressupostos que segundo o direito interno do Estado estão previstos para a criação da sociedade.

Exemplo: A *Inspire Art Ltd.* é uma sociedade do direito inglês cujo único sócio vive na Holanda. A sociedade foi criada com o fim de contornar as normas do direito holandês das sociedades comerciais. Segundo a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, a segunda sede na Holanda não é obrigada a

funcionar como “sociedade formalmente estrangeira”, embora ela prossiga a sua atividade apenas na Holanda⁷¹.

O Tribunal das Comunidades parte da ampla realização da liberdade de estabelecimento e do direito do fundador da sociedade de escolher o direito societário que lhe é mais favorável (escolha *à la carte* entre as ofertas dos ordenamentos jurídicos de sociedades comerciais de todos os Estados-membros). A jurisprudência referida criou, assim, uma norma de colisão, no sentido de uma **preferência pelo princípio da origem**. Deste modo, a controvérsia entre a **teoria do lugar de fundação e a teoria do lugar da sede** foi, em geral, decidida em benefício do direito fundamental⁷². Nesta conformidade, é irrelevante que uma sociedade tenha sido constituída num Estado-membro só para se estabelecer noutro Estado-membro, no qual é exercida a atividade negocial, no essencial ou exclusivamente. Neste âmbito, o tribunal deixa claro que os motivos da criação são irrelevantes, desde que o direito não seja violado⁷³.

As normas sobre a liberdade de estabelecimento não são aplicáveis, devido à existência de normas especiais, ao setor dos **transportes** (ver *infra* § 49) e à **circulação de capitais** (ver *infra* § 9 IX). Incontroverso é o fato de o art. 43.º do Tratado da CE pretender estabelecer, de forma especial, a **proibição de discriminação** prevista no seu art. 12.º, n. 1. Esta proibição corresponde ao princípio do tratamento igualitário entre Estados, com a consequência de que a nacionalidade não deve desempenhar qualquer papel na liberdade de estabelecimento⁷⁴. A jurisprudência mais recente vai mais longe. Segundo esta jurisprudência, também se verifica uma violação quando uma medida é adequada a impedir o acesso à profissão ou a impedir a mobilidade econômica do cidadão econômico para além das medidas estritamente necessárias decorrentes das obrigações gerais a respeitar⁷⁵. Por isso parte-se, com razão, do entendimento de que o Tribunal das Comunidades transformou a liberdade de estabelecimento numa **proibição de limitação** de efeito geral.

Exemplos: As empresas de vigilância não estão obrigadas, no fornecimento de serviços noutro Estado-membro, a criar ali uma sede ou domicílio⁷⁶. São

legítimas, de igual modo, as fixações nacionais de reserva de funções para médicos (em vez de técnicos dos olhos⁷⁷)⁷⁸.

2. Limitações à liberdade de estabelecimento

A liberdade de estabelecimento não se aplica, nos termos do art. 45.º do Tratado da CE, às atividades às quais está ligado o **exercício do poder público** (notários e outros concessionários — ver *infra* § 40 I). Os **serviços privados de segurança** não exercem um poder público, mas limitam-se a prosseguir direitos jurídicos fundamentalmente protegidos dos particulares que os outorgam⁷⁹. A liberdade de estabelecimento é, nos termos do art. 46.º, n. 1, do Tratado da CE, limitada pelas normas existentes por razões de **ordem, segurança ou saúde pública**. Estes limites correspondem, em larga medida, ao art. 30.º do Tratado da CE (ver *supra* § 9 IV 2 e V). Por outro lado, segundo a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, a admissão e o exercício de uma atividade independente podem depender, pelo direito nacional e no caso de respeito pelos pressupostos tradicionais (ver *supra* § 9 IV 2), da observância de determinadas **normas justificadas pelos interesses gerais**, como, por exemplo, normas relativas à organização, à qualificação, às obrigações de classe, ao controle e à responsabilidade⁸⁰. Independentemente disto, um Estado-membro pode adotar medidas para impedir uma violação do direito nacional, porque não é permitido um apoio abusivo e fraudulento no direito comunitário⁸¹.

3. Diretivas de reconhecimento

Para facilitar a **admissão e o exercício de atividades independentes** e, assim, para garantir a liberdade de profissão, foram entretanto emitidas, com base nos arts. 47.º e 55.º do Tratado da CE, para as chamadas profissões regulamentadas, três diretivas gerais para o **reconhecimento mútuo de diplomas, de certificados de controle e de outros comprovantes de capacidade**, processo que foi desencadeado pela diretiva sobre o reconhecimento de qualificações profissionais⁸². Este reconhecimento mútuo assenta na estratégia de mercado interno da Comissão para o setor da prestação de serviços e

limita-se, como até agora, às profissões regulamentadas, em oposição à projetada diretiva para uma ampla prestação de serviços⁸³. Estas são profissões cujo reconhecimento e exercício estão vinculados, pelos ordenamentos jurídicos ou por regulamentos internos da Administração, à posse de determinadas qualificações profissionais⁸⁴. São abrangidos, a par das profissões liberais, o comércio e as manufaturas. A diretiva tem em vista tornar a concretização da prestação de serviços tão simples dentro da Comunidade como dentro de um Estado-membro. Por isso, as normas foram uniformizadas, reordenadas e sintetizadas. A diretiva assenta no **princípio do reconhecimento ou princípio do país de origem** (ver *infra* § 9 III 2) para o acesso ao mercado e, assim, no princípio da equivalência e na confiança mútua (ver *supra* § 9 III 2). Porém, a diretiva não permite normas objetivamente justificadas de registro, exigências de qualificação, **períodos de adaptação e controlos de aptidão** dos Estados de acolhimento, no caso de serem discriminatórias. Quando não existam normas de reconhecimento e de harmonização, ou as normas existentes não regulem de forma exaustiva a situação de fato, é necessário um controle no caso concreto. Devido à aplicabilidade direta dos arts. 39.º, 43.º e 49.º do Tratado da CE, os Estados-membros são obrigados a reconhecer comprovativos de capacidade, no caso de valor equivalente⁸⁵. Por outro lado, os Estados-membros estão vinculados aos certificados e às informações do Estado de origem⁸⁶.

O reconhecimento apenas diz respeito às conclusões e não às prestações efetuadas durante o curso superior. Estas prestações não devem, segundo os arts. 149.º e 150.º do Tratado da CE, ser harmonizadas, embora se exija a mobilidade profissional através de programas comunitários.

Enquanto o art. 47.º, n. 1, do Tratado da CE tem em vista o reconhecimento mútuo de comprovantes de capacidade, o art. 47.º, n. 2, do Tratado da CE obriga o Conselho a emitir normas que coordenem **a admissão e o exercício de atividades independentes** na UE.

Exemplo: Diretiva relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício⁸⁷.

VIII. Liberdade de circulação de trabalhadores

Enquanto a liberdade de estabelecimento assegura a liberdade econômica do fator de produção “solo” como “localização”, a **liberdade de circulação de trabalhadores** garante a liberdade de dispor do fator de produção “trabalho” dentro do mercado interno (arts. 3.º, letra c, 14.º, n. 2, 39.º e s. do Tratado da CE)⁸⁸. Por isso, esta liberdade abarca a supressão de todo o tratamento discriminatório assente na nacionalidade dos trabalhadores relativamente a todas as condições de trabalho e, assim, como proibição de discriminação especial, tem primazia em face do art. 12.º do Tratado da CE. Com exceção das limitações justificadas por razões de ordem, segurança e saúde pública (art. 39.º, n. 3, do Tratado da CE)⁸⁹, é reconhecido, entre outros, o direito de se manter num Estado-membro e de nele ter um emprego. Simultaneamente, esta liberdade complementa o direito garantido no art. 18.º do Tratado da CE, de se manter e de circular livremente no território de soberania da Comunidade⁹⁰. Tendo em vista a realização eficaz desta liberdade, também as **entidades patronais** podem se apoiar no art. 39.º do Tratado da CE⁹¹. **Trabalhador** é aquele que, por tempo determinado, efetua para outrem um serviço, subordinado à sua orientação, e por tal realização recebe uma contraprestação. Neste conceito também cabe o gestor de negócios.

IX. Livre circulação de capitais e liberdade de pagamentos

Parte integrante essencial das liberdades econômicas de circulação é um **mercado de capitais** unitário e sem obstáculos entre os Estados-membros, que é acompanhado, nos termos do art. 56.º, n. 2, do Tratado da CE, da **liberdade autônoma de circulação ilimitada de meios de pagamento**⁹². Estas liberdades de circulação são pressuposto essencial de um mercado interno capaz de funcionar e de uma economia monetária, porque a livre circulação de mercadorias, a livre prestação de serviços e a livre circulação de pessoas também têm de abarcar o resultado das atividades econômicas. As referidas liberdades de circulação seriam esvaziadas do seu conteúdo se fosse limitada a livre transferência de meios pagamentos e de remunerações. Desta limitação

parte também o Tratado da UE, que refere o **fator de produção capital** não apenas nos arts. 3.º, letra c, 14.º, n. 2, 56.º e seguintes do Tratado da CE, mas também em ligação com a liberdade de prestação de serviços e com a liberdade de estabelecimento (arts. 51.º, n. 2, 43.º, n. 2, e 58.º, n. 2, do Tratado da CE). De resto, o mercado interno de capitais é o fundamento da união monetária.

Nos termos dos arts. 56.º e seguintes do Tratado da CE, são proibidas quaisquer limitações à circulação de capitais e à circulação de meios de pagamento entre os Estados-membros. Isto significa que são livres tanto as **instituições de capitais** (concorrência dos locais de colocação de capitais) como também os **movimentos de capitais** (transferências de capitais provenientes de rendimentos, de receitas e de pagamentos), os quais não podem ser limitados por razões de nacionalidade. Assim, os membros da União podem, em qualquer Estado-membro, proceder a investimentos diretos, comprar participações em empresas, adquirir bens imobiliários, realizar negócios financeiros e efetuar pagamentos. De forma correspondente, as medidas de um Estado-membro constituem limitações à liberdade de circulação de capitais quando sejam adequadas a impedir os residentes na localidade a contrair ou a efetuar empréstimos noutra Estado-membro ou quando façam depender de uma licença o exercício de uma atividade de capital.

Assim, aos Estados-membros apenas restam os direitos reservados no art. 58.º do Tratado da CE, para aplicar normas de direito fiscal no caso de contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital foi investido, bem como para aplicar as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal, e para prosseguir funções de direito ordinário.

Exemplo: Medidas para o combate à fuga ao fisco⁹³.

No entanto, estas medidas e procedimentos não podem constituir, nos termos do art. 58.º do Tratado da CE, nem um meio de discriminação arbitrária, nem uma limitação encoberta da livre circulação de capitais e de meios de pagamento⁹⁴. Assim, este preceito corresponde, materialmente, ao art. 30.º do Tratado da CE.

Exemplos: Proteção de credores e de investidores; transparência da circulação de capitais.

1 *BVerfGE* 89, 155, 184 e s., 188 e s.; Epping, *JZ* 2003, 821, 825.

2 Reimpressão oficial *BR-DS*. 501/92, p. 4 e 11.

3 *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission*, *BT-DS* 12/6000, p. 20.

4 Schilling, *AöR* 116 [1991], 32 e s.; P. M. Huber, *Maastricht — ein Staatsstreich?*, 1993, p. 34 e s.

5 Cf. *BVerfGE* 89, 155 e s., e sobre a origem histórica, *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission*, *BT-DS*. 12/6000, p. 19 e s.

6 *BT-DS*. 12/3338, p. 6; cf. também *BVerfGE* 89, 155 e s.

7 EuGH, *EuZW* 1999, 405 e s.; EuGH, *NJW* 1999, 2355 e s.; *BVerwGE* 90, 147, 150 e 106, 328, 331; BGH, *EuZW* 1994, 637 e s.; Jarass/Beljin, *NVwZ* 2004, 1 e s.

8 Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 17 II.

9 EuGH, *JZ* 1998, 193 e s.; *BVerwG*, *NJW* 1988, 1534.

10 Wolff/Bachof/Stober, § 43 IV 4.

11 Cf., mais detalhadamente, von Borries, *DVBl.* 1996, 1343 e s.

12 *NJW* 1979, 1766; cf. também Odenthal, *JA* 1996, 18 e s.; Schütz, *Jura* 1998, 631 e s.

13 RL de 7-9-2005, *ABl.* n. L 255, p. 22 e s.

14 EuGH, *EuZW* 2002, 247, e *EuZW* 2004, 61, 63.

15 Cf. Michaels, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2004.

16 Neßler, *NVwZ* 1995, 863 e s.; K. Schmidt, in: *FS für K. Vogel*, 2000, p. 22, 34; Ruffert, *Die Verwaltung* 2001, 453 e s.; Becker, *DVBl.* 2001, 855 e s.

17 *EuGHE* 1979, 699, 710; EuGH, *NJW* 1994, 2013; *BVerwGE* 96, 292, 301 e s.; *BVerwG*, *GewArch.* 1996, 19, 22; *BVerwGE* 96, 292, 301 e s.; Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995; C. Hammerl, *Inländerdiskriminierung*, 1997.

18 EuGH, *GewArch.* 1995, 195, e ainda *BVerwG*, *GewArch.* 1999, 108; EuGH, *GewArch.* 2004, 62; Pechstein/Kubicki, *EuZW* 2004, 167 e s.

19 Cf. também Gebhardt, *GewArch.* 2000, 372, 376.

20 Cf., mais detalhadamente, com outras referências, Epiney, in: Calliess/Ruffert (ed.), *EUV/EGV*, 2. ed., 2002, art. 12, n.m. 24.

- [21](#) EuGH, *EuZW* 2004, 753 e s.
- [22](#) EuGH, *EuZW* 2001, 413 e s., e *EuZW* 2003, 334.
- [23](#) EuGH, *EuZW* 2003, 334 e s.
- [24](#) *EuGHE* 1979, 649; cf. também Odenthal, *JA* 1996, 18 e s.
- [25](#) Cf. ainda sobre as limitações jurídicas, EuGH, *RIW* 1994, 164, e sobre a manutenção da diversidade de *media*, EuGH, *EuZW* 1997, 470 e s.
- [26](#) EuGH, *EuZW* 2001, 251 e s.; EuGH, *NJW* 2004, 2957 e s.
- [27](#) EuGH, *DVBl.* 2004, 182.
- [28](#) *EuGHE* 1968, 633, 642; cf., mais detalhadamente, Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2005, §§ 9 e s.
- [29](#) *EuGHE* 1973, 1039, 1043; *EuGHE* 1975, 281, 290; *EuGHE* 1979, 2247; EuGH, *EuZW* 1994, 62 e s.; EuGH, *NVwZ* 1995, 573, para o controle sistemático dos limites.
- [30](#) EuGH, *NJW* 1975, 515; EuGH, *NJW* 1998, 1391 e s.; Schütz, *Jura* 1998, 631 e s. (com um esquema de controle); Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, p. 41 e s.
- [31](#) *EuGHE* 1979, 649.
- [32](#) *EuGHE* 1987, 1227, 1269 e s.; *NJW* 1987, 1133; cf., para um princípio de pureza, também BVerwG, *GewArch.* 2005, 373 e s.
- [33](#) EuGH, *NJW* 2002, 3609.
- [34](#) EuGH, *DVBl.* 2002, 459 e s.
- [35](#) EuGH, *EuZW* 1993, 770 e s. e ainda Kingreen, op. cit., p. 53 e s.
- [36](#) EuGH, *GewArch.* 1993, 216 e 237 e s.; *NJW* 1994, 2141 e s.; BVerwG, *GewArch.* 1999, 24.
- [37](#) EuGH, *EuZW* 2001, 16 e s.
- [38](#) EuGH *NJW* 2005, 2977 e s.
- [39](#) EuGH, *RIW* 1999, 530 e s., 533 e s.
- [40](#) Cf. Reihlen, *EuZW* 1990, 444 e s.
- [41](#) Parte C, n. 136, 4-6-1985, p. 12 e, mais detalhadamente, Krieger, in: Klindt, *EuZW* 2002, 133 e s.
- [42](#) Cf., mais detalhadamente, Schottelius, *NVwZ* 1998, 805 e s.; Bohne, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (ed.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, p. 262 e s.
- [43](#) Cf., mais detalhadamente, Decisão do Conselho de 22-7-1993 sobre a uniformização da matrícula CE, 93/465 EWG, Parte L, n. 220, de 30-8-1993, p. 23 e s.; Sattler, *EuZW* 1992, 764 e s.; Tünnesen-Harmes, *DVBl.* 1994, 1334 e s.; Roßnagel, *DVBl.* 1996, 1181 e s.
- [44](#) A. M. P.-T. Stoll, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, 2003, p. 221 e s.

- [45](#) Cf. também EuGH, *RIW* 1994, 77; Sattler, *EuZW* 1992, 764 e s.
- [46](#) EuGH, *EuZW* 1995, 86.
- [47](#) EuGH, *EuZW* 2001, 251 e s.; EuGH, *NJW* 2004, 2957 e s.
- [48](#) EuGH, *NVwZ* 2001, 787 e s.
- [49](#) RL 33 UE, de 26-5-2003, Parte EG, n. L 152, 16 e s.
- [50](#) EuGH, *NJW* 1996, 579, e EuGH, *EuZW* 2000, 763.
- [51](#) EuGH, *GewArch.* 2004, 62 e s.
- [52](#) EuGH, *NJW* 1996, 579.
- [53](#) EuGH, *NJW* 1999, 2355.
- [54](#) EuGH, *NJW* 2005, 1101, 1103.
- [55](#) EuGHE 1974, 1299, 1309; 1986, 1475 e s.; EuGH, *EuZW* 2000, 763.
- [56](#) EuGH, *GewArch.* 2002, 64.
- [57](#) RL de 7-9-2005, ABl. n. L 255, p. 22 e s.
- [58](#) Ver nota na p. 55.
- [59](#) EuGH, *EuZW* 2000, 763, com comentário de Früh; EuGH, *GewArch.* 2004, 62 e s.; cf. ainda Basedow, *EuZW* 2001, 97 e s.; Diefenbach, *GewArch.* 2001, 305 e s.
- [60](#) EuGH, *EuZW* 2001, 603; cf. também EuGH, *EuZW* 2000, 344.
- [61](#) EuGH, *NJW* 2005, 1101 e s.
- [62](#) EuGH, *EuZW* 1994, 311, com comentário de T. Stein; cf. ainda Becker, *NJW* 1996, 179 e s.; Voßkuhle, *VerwArch.* 87 [1996], 395, 417 e s.; Korte, *Das staatliche Glücksspielwesen*, 2004; BGH, *NJW* 2002, 2175.
- [63](#) EuGH, *GewArch.* 1999, 476, 478 und *GewArch.* 2004, 26 e s.
- [64](#) EuGH, *GewArch.* 2004, 62 e s.
- [65](#) Kom 2004 (f.) de 13-1-2004; cf. também *EuZW* 2004, 98 e s. e, mais detalhadamente, Schliesky, *DVBl.* 2005, 887 e s.; Kluth/Rieger, *GewArch.* 2006, 1 e s.
- [66](#) Resolução de 16-2-2006.
- [67](#) EuGH, *NJW* 1996, 579, e *GewArch.* 2004, 62 e s.
- [68](#) EuGH, *EuZW* 2002, 120 e s.
- [69](#) EuGH, *GewArch.* 2002, 26 e s.
- [70](#) EuGH, *EuZW* 1999, 216 e s.; EuGH, *NJW* 2003, 3331 e s.
- [71](#) EuGH, *EuZW* 1999, 216 e s. (centros); EuGH, *NJW* 2003, 3331 e s. (*Inspire Art*).
- [72](#) Schönleiter, *GewArch.* 2004, 57.
- [73](#) EuGH, *NJW* 2003, 3331 e s., n. 95 e s. e 105 e, sobre o alcance da decisão, Zimmer, *NJW* 2003, 3585 e s.; Eidenmüller, *JZ* 2004, 24 e s.; Altmepfen, *NJW* 2004, 104 e s.

[74](#) *EuGHE* 1974, 1405, 1419 e *EuZW* 1996, 5 e s.; OVG Koblenz, *DVBl.* 1996, 1205.

[75](#) *EuGHE* 1986, 1485 e s.; cf. também Behrens, *Jura* 1989, 561, 568 e s.; criticamente, Everling, *DB* 1990, 1853 e s.; EuGH, *NJW* 1996, 505 (acórdão-Bosman), e ainda Nettesheim, *NVwZ* 1996, 342 e s.; Hobe/Tietje, *JuS* 1996, 486 e s.

[76](#) EuGH, *EuZW* 2000, 344.

[77](#) A expressão “técnico dos olhos” é dada aos profissionais com formação semelhante à dos oftalmologistas, mas, diferentemente destes, não são especialistas, pois possuem apenas um curso técnico. (N. do T.)

[78](#) EuGH, *EuZW* 2001, 282.

[79](#) EuGH, *EuZW* 2000, 344; M. Lange, *Privates Sicherheitsgewerbe in Europa*, 2002; Oeter/Stober (ed.), *Sicherheitsgewerberecht in Europa*, 2003.

[80](#) EuGH, *NJW* 1996, 579; EuGH, *EuZW* 1996, 571; BGH, *NJW* 1997, 867.

[81](#) EuGH, *NJW* 2003, 3331, 3334.

[82](#) RL de 7-9-2005, ABl. Nr. L 255, p. 22 e s.

[83](#) Cf., mais detalhadamente, Kluth/Rieger, *GewArch.* 2006, 1 e s.

[84](#) EuGH, *EuZW* 1996, 279 e s.

[85](#) EuGH, *EuZW* 1996, 279 e s., e EuGH, *DVBl.* 2000, 1763; EuGH, *EuZW* 2004, 61, 63.

[86](#) EuGH, *GewArch.* 1999, 107.

[87](#) RL de 20-3-2000, ABl. EG, n. 126. Cf. 1 e s.

[88](#) *EG-Freizügigkeitsverordnung*, de 17-7-1997, *BGBI.* I, p. 1610 e s., EuGH, *NJW* 1996, 505.

[89](#) EuGH, *EuZW* 2003, 51.

[90](#) Cf. também EuGH, *EuZW* 1998, 601 e s.

[91](#) EuGH, *EuZW* 1998, 601 e s.

[92](#) Rohde, *Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft*, 1999; J. C. W. Müller, *Kapitalverkehrsfreiheit in der EU*, 2000; Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2005, §§ 22 e s.

[93](#) EuGH, *DVBl.* 2001, 112 e s.

[94](#) Cf. H.-K. Ress, *JZ* 1995, 1008.

§ 10. EQUILÍBRIO ECONÔMICO GLOBAL, UNIÃO MONETÁRIA E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

I. Equilíbrio econômico global como fim do Estado

Em oposição aos princípios constitucionais até aqui tratados, o art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental consagra o princípio do **equilíbrio econômico geral**, uma afirmação fundamental para a conformação da política econômica estadual e para a concretização do direito administrativo econômico. É certo que a consagração do equilíbrio econômico geral não representa uma decisão fundamental, no sentido das determinações estruturais do Estado referidas nos arts. 20.º, 20a, 23.º e 28.º da Lei Fundamental. Isto resulta desde logo da posição sistemática do art. 109.º da Lei Fundamental, como **parte integrante do direito constitucional financeiro**. De igual modo, o princípio do equilíbrio econômico geral é reconhecido como fim central do Estado¹, porque o significado do art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental não se esgota no direito constitucional financeiro. Antes pelo contrário, o Estado saiu da sua função econômica neutra de cobertura das necessidades e aplica o orçamento no sentido de uma **orientação política da economia**, como meio de conformação².

A adoção do equilíbrio econômico geral, que não é com mais detalhe definido na Lei Fundamental e que apenas é concretizado pelo § 1.º do StabG, assenta, nomeadamente, na ideia de que o Estado, para a evitar ou minimizar as situações de crise econômica, com os seus efeitos catastróficos econômicos, sociais e para a economia geral, deve, planejadamente, exercer influência no desenvolvimento econômico geral. Assim, a **responsabilidade conjuntural do Estado**, incluindo do Banco Federal (ver *infra* § 14), está radicada no direito constitucional. A concretização deste princípio tem lugar através de uma **política conjuntural anticíclica**, no sentido de que, em caso de pior situação econômica, são aumentadas as despesas estaduais e as admissões de crédito (programas-gaveta, *deficit spending*).

II. Equilíbrio econômico global como fim da comunidade

Enquanto o equilíbrio econômico geral apenas está previsto no capítulo da Lei Fundamental dedicado às finanças públicas, ele é, nos termos do art. 2.º do Tratado da UE e do art. 2.º do Tratado da CE, parte central integrante das funções e atividades da CE. Simultaneamente, o equilíbrio econômico geral vai, no seu conteúdo, para além da descrição alemã, na medida em que também devem ser considerados elementos ecológicos e sociais e se alarga a um desenvolvimento sustentado, bem como à criação de uma moeda única. No centro está o fim a alcançar, prioritariamente, da **estabilidade dos preços**. A CE é, por isso — como também resulta do art. 4.º, n. 2 e 3, e dos arts. 105.º e seguintes do Tratado da CE — uma **comunidade de estabilidade**³. Com base neste “**cubo mágico**”, torna-se claro que o art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental é alterado e sobreposto pela correspondência com o direito comunitário.

III. A União Europeia como união monetária

A Comunidade de estabilidade constitui o fundamento da **união monetária**, prevista no art. 2.º do Tratado da UE, no art. 2.º, no art. 4.º, n. 2, e nos arts. 105.º e seguintes do Tratado da CE⁴, a qual é concretizada pelos protocolos jurídico-monetários relevantes. A união monetária representa um desprendimento de toda a soberania monetária e financeira geral em relação à soberania dos Estados-membros e uma transferência para a Comunidade (a chamada **desnacionalização da política monetária**), na base de uma ordem monetária orientada à economia de mercado. Globalmente, a união monetária constitui, pois, uma outra etapa da integração europeia e a coroação da união econômica (ver *infra* § 14 II).

IV. Princípio da eficiência econômica

O objetivo do Estado e da Comunidade de realização de um equilíbrio econômico geral deve ser distinguido do **princípio da eficiência econômica**, o qual é igualmente reconhecido como princípio jurídico de categoria constitucional e é expressão de *good governance*⁵.

O **conceito de eficiência econômica** (ver *supra* § 2 I 7) não se encontra clarificado com mais detalhe nem na Lei Fundamental nem no Tratado da CE nem no § 6.º do HGrG. Uma concretização deste conceito resulta apenas, para a Federação, do § 7.º, n. 1, da BHO. A eficiência econômica orienta-se para uma maximização da utilização, sendo entendida como princípio que visa alcançar os maiores benefícios possíveis com os meios existentes. Aqui está em primeiro plano a maximização das receitas, no sentido de eficiência (**princípio do máximo**), porque se tem em vista a relação mais favorável entre o fim almejado e os meios empregados⁶. No caso de um determinado benefício dever ser alcançado com o menor número possível de meios, falamos de **princípio do mínimo**. Neste caso, o emprego de fatores de produção deve ser minimizado do ponto de vista da eficiência. Por isso, também falamos de **princípio da poupança**⁷.

Para a averiguação da eficiência econômica existem diferentes procedimentos. Um método consiste na realização de uma **análise custos-benefícios**, segundo critérios econômicos, e na realização dos fins previstos no § 7.º, n. 2, da BHO⁸.

¹ Bull, *NVwZ* 1989, 801 e s.; Brohm, *JZ* 1994, 213, 217; Hänsch, *Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip*, 2002, p. 138 e s.

² Stern, *NJW* 1967, 1836 e s.; Puhl, *Budgetflucht e Haushaltsverfassung*, 1996, p. 8, 15 e 436 e s.; H. Schäffer, in: *FS für G. Winkler*, 1997, p. 933 e s.; *BVerfGE* 79, 311, 329; *BerlVerfGH*, *NVwZ* 2004, 211 e s.

³ *BVerfGE* 89, 155, 204.

⁴ Selmayr, *Das Recht der Wirtschafts- und Währungsunion*, 2002.

⁵ Von Arnim, *VVDStRL* 39 [1981], 286, 316 e s.; idem, *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, 1988; cf. também Wahl, *VVDStRL* 41 [1983], 151, 157; A. Peters, *DÖV* 2001, 749 e s.; *RPVerfGH*, *DVBl.* 1997, 491, 495; *VerfGH NW*, *DÖV* 2004, 121 e s.

⁶ *VerfGH NW*, *DÖV* 2004, 121e s.; Burgi, in: Butzer (ed.), *Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht*, 2004, p. 53 e s.

[7](#) Walther, *BayVBl.* 1990, 231 e s.; Grupp, *DVBl.* 1994, 140, 146, com outras referências; Grupp, *DÖV* 1983, 661, 663; RPVerfGH, *DVBl.* 1997, 491, 495.

[8](#) Cf., mais detalhadamente, Fehling, *VerwArch.* 95 [2004], 443 e s.

§ 11. PRINCÍPIO DO ESTADO AMBIENTAL

I. Proteção ambiental na Lei Fundamental e no direito constitucional dos Estados federados

Já por diversas vezes foi sublinhada a relação material entre proteção do ambiente e Administração econômica (ver *supra* § 2 II, § 4 IV 3). Trata-se aqui da demonstração e da discussão de um **princípio jurídico-constitucional de proteção do ambiente**, que também influencia o direito administrativo econômico. A proteção do ambiente foi apenas no ano de 1994 consagrada expressamente no art. 20a da Lei Fundamental como fim do Estado, após intenso debate político sobre o fim de proteção, o posicionamento na Constituição e a sua conformação¹.

O art. 20a da Lei Fundamental protege os **fundamentos naturais da vida** (ver, por exemplo, o § 1.º do BImSchG), no interesse do ser humano. O princípio jurídico-constitucional da proteção do ambiente está previsto, devido à dignidade humana consagrada no art. 1.º, n. 1, da Lei Fundamental, como princípio constitucional supremo, medida e ponto central de todas as regulações e medidas do Estado. O texto da Constituição assenta na chamada **perspectiva antropocêntrica**, que não reconhece ao ambiente, em oposição ao ecocentrismo, um valor jurídico-constitucional próprio². Simultaneamente, o texto da Constituição acentua a **responsabilidade ambiental do Estado perante as gerações futuras**, cujos recursos têm de ser preservados (**função estadual de prevenção e de desenvolvimento sustentado** — ver *infra* § 29).

Independentemente do art. 20a da Lei Fundamental, a ideia de proteção do ambiente pode ser retirada da análise conjunta de uma diversidade de normas da Lei Fundamental. Numerosas normas de competência têm, pelo menos em parte, importância material, no sentido de que elas apontam, simultaneamente, no sentido de uma decisão de valor do legislador constituinte. Por outro lado, o **fim do estado de proteção do ambiente** está previsto na maioria das **Constituições Estaduais**, razão por que podemos falar de um princípio geral de proteção ambiental.

II. Destinatários e configuração do princípio da proteção ambiental

Os **destinatários do princípio da proteção ambiental** são sobretudo o legislador, a Administração e os tribunais. O legislador deve conformar politicamente o Estado ambiental, enquanto os outros poderes do Estado devem respeitar o princípio da proteção ambiental na interpretação das normas jurídicas, na ponderação dos interesses e **no exercício da discricionariedade**³. Este objetivo resulta da formulação do art. 20a da Lei Fundamental, que estabelece uma reserva de lei, bem como das normas correspondentes das Constituições Estaduais. Da interpretação destas normas resulta que o art. 20a da Lei Fundamental não garante um **direito fundamental ao ambiente** nem funda, de outro modo, um direito concreto e recorrível de defesa ou de prestação. No entanto, é reforçada a obrigação **de proteção objetiva** dos direitos fundamentais (ver *infra* § 17 III 2)⁴.

Desta forma, também é criado o substrato da Administração econômica. A função central do Estado consiste em pôr em equilíbrio os conflitos ou interesses econômicos e ecológicos⁵. Esta obrigação de concordância prática exclui a interpretação da proteção ambiental como fim prioritário⁶. A suprema linha de orientação tem de ser que a atuação econômica geral é tolerável pelo ambiente.

III. Proteção ambiental e Comunidade Europeia

A obrigação de proteção dos fundamentos naturais da vida tem, a par de uma dimensão nacional, uma dimensão jurídico-comunitária⁷. Esta obrigação sofreu uma revalorização, especialmente pela destacada referência como princípio da Comunidade Europeia, no art. 6.º do Tratado da CE e no art. 37.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que exigem um **desenvolvimento sustentável**. O Título XIX do Tratado da CE, com a epígrafe “Ambiente”, constitui, com o art. 2.º e com o art. 3.º, letra 1, o fundamento jurídico de uma política ambiental europeia unitária e ampla e a reconversão da Comunidade Econômica na **Comunidade do Ambiente**, que se orienta pelos **princípios da prevenção e do poluidor pagador**. A União

Europeia, qualificada de ecológica, orienta-se — como resulta do art. 174.º, n. 1, do Tratado da CE e do art. 37.º Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia —, simultaneamente, a um **elevado nível de proteção do ambiente**⁸. Os arts. 176.º e 95.º, n. 4, do Tratado da CE autorizam os Estados-membros a manter e a adotar medidas de proteção reforçadas.

IV. Proteção ambiental e direito econômico mundial

A proteção ambiental é entretanto internacionalmente reconhecida como linha diretora da política estadual, no sentido de um *sustainable development*. Sejam lembradas apenas a Carta de Paris e a Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente, do Rio de Janeiro. Exemplo-modelo desta mudança é a chamada *Greening of the GATT* pelo Preâmbulo da Convenção da OMC⁹. Em primeiro plano está a preocupação de harmonizar as exigências da proteção do ambiente com a necessidade de um comércio mundial aberto e de contribuir para o fomento de um desenvolvimento sustentável. Neste âmbito, todos os Estados são responsáveis, nos termos do Princípio 2 da Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente, no sentido de que as atividades desenvolvidas dentro do seu domínio de soberania ou sob o seu controle não devem prejudicar o ambiente de outros Estados.

Do ponto de vista material, a matéria jurídica internacional de proteção ambiental adquiriu contornos pelo fato de determinados princípios, como por exemplo os princípios da prevenção e do poluidor pagador, serem mundialmente reconhecidos e as ideias do **desenvolvimento sustentável** serem designadas de **princípio jurídico do futuro**¹⁰.

¹ Cf. no lugar de muitas comissões de peritos, *Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge*, 1983, p. 90 e s.; *Verankerung des Umweltschutzes im Grundgesetz, Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung* 2/88; Rauschnig/Hoppe,

VVDStRL 38 [1980], 167 e s., 211 e s.; *BT-Ds.* 6/2710, p. 7; Kloepfer, *DVBl.* 1994, 12 e s.; Appel, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, p. 57 e s.

2 Cf. também Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, *BT-Ds.* 12/6000, p. 65 e s.

3 Murswiek, *NVwZ* 1996, 222, 229; Caspar/Geissen, *NVwZ* 2002, 913 e s.; BayVerfGH, *BayVBl.* 1985, 683 e s.; VGH Mannheim, *VBIBW* 2004, 100.

4 *Gemeinsame Verfassungskommission*, *BT-Ds.* 12/6000, p. 67; BVerwG, *UPR* 1995, 309 e s.; Schink, *DÖV* 1997, 221, 223; *BVerfGE* 49, 89 e s.; Steinberg, *NJW* 1996, 1985 e s.; U. Becker, *DVBl.* 1995, 714 e s.; Caspar, in: Koch (ed.), *Umweltrecht*, 2002, § 2.

5 Gröschner, *ThürVBl.* 1996, 246 e s.; Uhle, *JuS* 1996, 96, 98.

6 Neste sentido, Murswiek, *NVwZ* 1996, 222, 228; BVerwG, *UPR* 1995, 309 e s.; cf. também Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001.

7 Caspar, in: Koch (ed.), *Umweltrecht*, 2002, § 2; Appel, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, § 5.

8 Rengeling (ed.), *Umweltschutz und andere Politiken der EG*, 1993; Beyer, *JuS* 1997, 294 e s.; Schmidt-Preuß, *JZ* 2000, 581 e s.

9 Cf., mais detalhadamente, Diem, *Freihandel und Umweltschutz im GATT und WTO*, 1996, p. 54; Hilf, *NVwZ* 2000, 481, 484; Kahl, in: H. Bauer, entre outros, (ed.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, p. 111, 128.

10 Theobald, *ZRP* 1997, 439 e s.; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 36 e s.; Kahl, in: H. Bauer, entre outros, (ed.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, p. 111 e s.; Epiney, *JuS* 2003, 1066 e s.; no mesmo sentido, Appel, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, p. 278 e s.

§ 12. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

I. Princípio da subsidiariedade e Lei Fundamental

1. Significado do princípio da subsidiariedade

A ampla aplicação dos princípios estruturais e dos fins do Estado até aqui abordados à conformação do direito administrativo econômico está claramente prevista nos arts. 20.º, 20a, 23.º e 28.º da Lei Fundamental. Isto não pode ser dito do **princípio da subsidiariedade**, que apenas é referido expressamente em conjunto com o “artigo-Europa”, o art. 23.º da Lei Fundamental. Por isso se questiona se a Lei Fundamental ordena a observância deste princípio como princípio que limita permanentemente todas as medidas do Estado. São controversos o conceito, as raízes e o conteúdo desta máxima de atuação¹. Neste âmbito, a subsidiariedade é entendida como **primado da autonomia da subunidade**, na medida em que ela esteja em condições de prosseguir, de forma eficaz e idônea, funções econômicas.

Se o princípio da subsidiariedade fosse aplicável, então ele atingiria, por um lado, a **relação Estado-economia privada**. A subsidiariedade significaria que estariam em primeiro plano a responsabilidade econômica própria e a cooperação da responsabilidade do Estado e que o desenvolvimento empresarial da economia privada teria primazia sobre a economia própria do Estado (Estado subsidiário — ver *supra* § 2 I 5 e *infra* § 24). A subsidiariedade atingiria, por outro lado, a distribuição das competências estaduais, bem como a **organização estadual da Administração econômica**, no sentido de uma **descentralização** interna da Administração e de um primado dos entes da Administração autônoma (ver *infra* §§ 42 e 43).

2. Situação constitucional e prática legislativa do princípio da subsidiariedade

A letra da lei, a sistematização e o intento do art. 23.º, n. 1, da Lei Fundamental apontam claramente no sentido de que estas normas apenas se limitam ao lado **jurídico-comunitário da subsidiariedade** (relação República Federal da Alemanha — UE). De resto, a

*Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*² discutiu a cláusula de subsidiariedade, mas rejeitou a sua aceitação. Para o domínio da atividade econômica vigora o suprarreferido **princípio da abertura político-econômica**, que forçosamente exclui a afirmação simultânea da ideia de subsidiariedade (ver *supra* § 5 I)³. Por outro lado, o princípio da subsidiariedade é uma “regra de inteligência” e um princípio de boa e proporcional **política de direito administrativo econômico** (ver *supra* § 3 III 2)⁴.

II. Princípio da subsidiariedade e UE

Em oposição ao direito econômico alemão, o princípio da subsidiariedade foi entretanto reconhecido, após intensa discussão⁵, como **elemento central do mercado interno e da União Europeia** e foi consagrado, em posição de destaque, no art. 2.º do Tratado da UE e no art. 5.º do Tratado da CE. Por vezes, a subsidiariedade é, inclusivamente, qualificada de princípio estrutural da UE, cuja observância deve ser fiscalizada pelo Tribunal das Comunidades. O princípio da subsidiariedade, que é jurisdicionalmente controlável e que deve merecer um tratamento estrito, significa para a relação Comunidade-Estados-membros que estes continuam a ser os “senhores” dos tratados e do seu desenvolvimento⁶. Dentro da Comunidade, este princípio acentua o princípio da **autorização individual limitada**, bem como a limitação do exercício dos poderes de outro modo atribuídos, no interesse da salvaguarda da identidade nacional dos Estados-membros e dos seus poderes, prevista no art. 6.º, n. 3, do Tratado da UE. Por conseguinte, o princípio da subsidiariedade atua como **regra de atribuição de competência**, isto é, como **regra de distribuição de competência**. Quando se verifica, nos termos do art. 5.º, n. 1, ou n. 2, do Tratado da CE, um poder de atuação contratual, o princípio da subsidiariedade determina se e como a Comunidade pode agir⁷. Por conseguinte, o art. 5.º, n. 2, do Tratado da CE deve ser interpretado como **regra de exercício da competência**⁸.

[1](#) Rohde, *BayVBl.* 1994, 488 e s.; T. Würtenberger, *Das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsprinzip, Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1993, 621 e s.; Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2. ed., 2001, p. 14 e s.; Sodan, *DÖV* 2000, 361 e s.; Blickle/Hüglin/Wyduckel (ed.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, 2002.

[2](#) Nome de um projeto apresentado por uma comissão, em 1948, no castelo *Herrenchiemsee*. (N. do T.)

[3](#) *BVerwGE* 23, 306; Häberle, *AöR* 199 [1994], 169, 184.

[4](#) Cf., em geral, Link, *VVDStRL* 48 [1990], 7, 26.

[5](#) Cf. Steinberger/E. Klein, *VVDStRL* 50 [1990], 21 e s., 56 e s., 72 e s.

[6](#) *BVerfGE* 89, 155, 189 e s.

[7](#) Cf. também T. Stein, *VVDStRL* 53 [1994], 27, 40; Steinberger, *VVDStRL* 50 [1991], 22, com. 40; cf. também *BVerfGE* 89, 155, 210 e s.

[8](#) Merten, *Die Subsidiarität Europas*, 1993, p. 78; Calliess, *EuZW* 1996, 737.

CAPÍTULO TERCEIRO

Funções e competências constitucionais no direito administrativo econômico

Os supradescritos princípios constitucionais são transformados pelos órgãos competentes em direito administrativo econômico. Num Estado estruturado de forma federal e orientado para uma Europa unida (ver *supra* §§ 8 e 9), as funções e competências constitucionais são, em geral, distribuídas pelos órgãos comunitários, federais, estaduais (dos *Länder*) e da Administração autônoma, à medida que não seja atingida a orientação autônoma da economia. Em seguida, investigaremos se e em que medida esta regra também é válida para o direito administrativo econômico.

§ 13. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS DO GOVERNO E DO CONSELHO RELEVANTES DO PONTO DE VISTA DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Competências do Governo federal e do Ministro federal relevantes do ponto de vista da administração econômica

1. O governo federal como titular da política econômica

Já na discussão do princípio do Estado federal chamou-se a atenção para o papel central e de grande relevância do **Governo federal** na determinação e realização do direito administrativo econômico (ver *supra* § 8 I).

É certo que o papel determinante do Governo não surge expressamente no texto da Constituição, devido à referida abertura político-econômica da Lei Fundamental, mas esta constitui a base de funções e poderes amplamente relevantes do ponto de vista da Administração econômica. Dentro do Governo federal, o Chanceler federal determina, nos termos do art. 65.º, n. 1, da Lei Fundamental, as **orientações da economia, das finanças, do orçamento, da conjuntura, da política monetária e da política econômica externa**. Ele determina que funções econômicas devam continuar, quais os

ministérios que se ocupam de questões de administração econômica e que ministérios e autoridades federais são para tal organizados (a chamada **reserva de governo**).

Exemplo: Com o regulamento orgânico de 22-10-2005¹, o Ministério Federal da Economia e do Trabalho recebeu a designação de Ministério da Economia e da Tecnologia.

2. Competências normativas e tutelares do governo federal

O Governo federal possui ainda, nos termos do art. 76.º, n. 1, da Lei Fundamental, **iniciativa legislativa para as leis de direito administrativo econômico** (ver *infra* § 15 I) e está, por força dos arts. 80.º e 84.º, n. 2, da Lei Fundamental, autorizado a emitir os regulamentos correspondentes, bem como os regulamentos internos da Administração (ver *infra* § 15 I 3 e 5). Além disso, o Governo federal exerce a **tutela** sobre a execução das leis de Administração econômica da Federação.

3. Função de informação e de publicidade do governo federal

Como órgão de direção do Estado, o Governo federal tem, no quadro da reserva de governo e da sua **responsabilidade informacional**, o direito de **esclarecer a opinião pública**² e de **se comunicar com empresários e consumidores**.

Exemplos: Emissão de comunicados de governo, de advertências e de recomendações³.

II. Competências dos governos dos Estados federados relevantes do ponto de vista da administração econômica

O campo principal de ação da política econômica ao nível do Estado federado é a **política econômica regional, a política estrutural regional, a política infraestrutural regional, a política tecnológica regional e a política de desenvolvimento regional**, bem como o trabalho de informação e de publicidade (ver *supra* § 8)⁴. Por outro lado, os Estados federados participam, através dos seus

representantes no **Conselho federal**, na produção legislativa na área do direito administrativo econômico.

III. Competências do conselho relevantes do ponto de vista da administração econômica

O Chanceler federal e o Ministro da tutela representam os interesses da República Federal da Alemanha no Conselho Europeu, que, nos termos do art. 203.º do Tratado da CE, é constituído por representantes de nível ministerial com poderes para vincular o Governo desse Estado-membro. O Conselho Europeu cuida, entre outras coisas, da aprovação da política econômica dos Estados-membros e possui poder de decisão, nos termos do art. 202.º do Tratado da CE. Os Estados federados alemães cooperam no plano comunitário através do **Comitê das Regiões**, previstas no art. 263.º do Tratado da CE (ver *supra* § 8 II).

IV. Competências da administração relevantes do ponto de vista da administração econômica

1. Competências administrativas da República Federal da Alemanha

a. Presunção de competência a favor dos Estados federados

É função das autoridades de administração econômica executar a política do Governo e do Conselho, bem como as leis de administração econômica, e concretizá-las em medidas concretas em face do cidadão econômico. Para tal, são competentes, nos termos dos arts. 83.º e seguintes da Lei Fundamental, primeiramente os Estados federados, os Municípios e as câmaras profissionais. No entanto, não obstante as competências administrativas de princípio dos Estados federados, estas estão vinculadas às **orientações administrativas** da Federação e sujeitas a **tutela**, sempre que se tratar da execução de direito administrativo econômico da Federação no interesse de uma execução uniforme das leis, nos termos do art. 84.º da Lei Fundamental.

A Constituição não exclui, devido à igualdade de princípios dos três Poderes do Estado e ao princípio da **responsabilidade da**

Administração, que as autoridades disponham de margens de atuação próprias no domínio material da Administração econômica. Estas margens de atuação servem à dinamização da proteção dos bens jurídicos⁵. Isto se verifica, por um lado, pela autorização do Executivo para a emissão de regulamentos (ver *infra* § 15 I 3) e, por outro lado, pela atribuição de competências próprias de **planificação, de direção e de organização, bem como de margens de apreciação, de planificação e de discricionariedade** (ver *infra* § 33 II)⁶. Aqui reside o peso principal das atividades específicas dos Estados federados em matéria de direito administrativo econômico.

Exemplos: Emissão de licenças de exceção, nos termos da lei do horário de funcionamento dos estabelecimentos⁷.

b. Execução pela Federação de Direito comunitário

O peso central na execução administrativa do direito comunitário reside nos Estados-membros, devido ao princípio da autorização concreta limitada e ao **princípio da subsidiariedade**. Neste caso, falamos de **administração dos Estados-membros** ou de **execução indireta**, para o que teremos de fazer a distinção entre execução imediata e mediata⁸.

Execução imediata significa aplicabilidade direta do direito comunitário. É o caso dos **regulamentos e das decisões**, embora o procedimento administrativo se oriente, por via de regra, pelo direito nacional.

Exemplo: O Instituto Federal de Ordenação da Economia executa regulamentos agrários.

A **execução mediata** exige, antes de mais, uma conversão em direito nacional. É o caso das **diretivas** que, deste modo, são executadas segundo as normas do direito procedimental nacional, desde que dessa forma a realização das normas comunitárias não se torne impossível na prática⁹. Por um lado, aplica-se o **princípio da autonomia institucional ou orgânica e conforme ao procedimento dos Estados-membros**¹⁰. Por outro lado, segundo jurisprudência uniforme do Tribunal das Comunidades, um Estado-membro não pode se basear em normas, práticas e fatos do seu ordenamento jurídico

interno para justificar a não observância das suas obrigações de direito comunitário. Na verdade, nos termos do art. 10.º do Tratado da CE, há um **dever de execução administrativa ordenada** e um dever de cooperação leal.

2. Administração Própria da Comunidade

O Tratado de Instituição da Comunidade Econômica Europeia e os Tratados modificativos não regulam as competências administrativas dos órgãos da Comunidade Europeia num capítulo especial. O principal órgão administrativo é, nos termos do art. 7.º, em conjunto com os arts. 211.º e seguintes do Tratado da CE, a **Comissão**, que atua segundo o **princípio da autorização concreta limitada**. Devido à estrutura do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, os órgãos da Comunidade Europeia só excepcionalmente executam o direito comunitário por si próprios. Quando tal se verifica, falamos de **Administração própria da Comunidade** ou em **execução direta**. No entanto, considerando a crescente “comunitarização” do direito administrativo econômico, constata-se certa tendência para que, no interesse de uma execução uniforme, exigir-se e estabelecer um reforço das competências administrativas da Comunidade Europeia (ver *infra* § 39 VI).

A execução comunitária diz respeito, especialmente, à fiscalização agrícola, aos transportes, à concorrência e às ajudas, à política *antidumping*, à atribuição de subvenções pela própria Comunidade, à administração de fundos e à aplicação de sanções no caso de violação.

¹ *BGBI.* I, p. 3197.

² *BVerfGE* 63, 230, 243; *BVerwG, NJW* 1989, 3269; Gröschner, *DVBl.* 1990, 619 e s.

³ *BVerwGE* 82, 76; *BVerwG, NJW* 1991, 1770; *BVerwGE* 87, 37; *BVerwG, GewArch.* 1996, 465; *NWVerfGH, DÖV* 1992, 215; *BVerfGE* 105, 252 e s.

⁴ *NWVerfGH, NVwZ* 1992, 467 e s.

[5](#) *BVerfGE* 81, 185, 191.

[6](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober 1, § 31.

[7](#) Cf., mais detalhadamente, Zmarzlik, *BB* 1993, 2009; idem, *DB* 1994, 1082 e s.; Anzinger, *BB* 1994, 1492 e s.; BVerwG, *NJW* 1994, 1975.

[8](#) Cf., mais detalhadamente, Pernice/Kadelbach, *DVBl.* 1996, 1100 e s.; Wolff/Bachof/Stober 1, § 6 II 1 e 3, § 99; Magiera, in: Sommermann (ed.), *Verwaltung in der EU*, 2001.

[9](#) Cf. Nettesheim, *Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien*, 1999; *EuGHE* 1983, 2633; 1989, 163.

[10](#) Rengeling, *VVDStRL* 53 [1994], 202, 231; *BVerwGE* 99, 315, 319 e s.

§ 14. BANCO FEDERAL E BANCO CENTRAL EUROPEU

I. Posição de direito constitucional econômico do Banco Federal

1. O Banco Federal como banco de emissão de moedas e notas

A par do Governo federal e de outras autoridades da Administração econômica, o **Banco Federal** é um elemento jurídico-constitucional central da cooperação na direção econômica e monetária. No entanto, este seu papel relevante, só de forma insuficiente ele se apresenta expresso na posição sistemática da Constituição — no capítulo (VIII) intitulado “A execução das leis federais e a administração federal” — e na caracterização do art. 88.º da Lei Fundamental como **banco de emissão de moedas e notas**. O Banco Federal é uma instância de administração econômica especial, no sentido de uma função governativa exercida separadamente, com **garantia de existência**¹, que se ocupa das funções de **orientação da economia**, de **fiscalização da economia** e das questões monetárias e financeiras transnacionais (ver *infra* §§ 29 e 30)².

2. Para a independência do Banco Federal

Da garantia de existência deve ser distinguida a questão da **independência jurídico-constitucional**. Do ponto de vista econômico, a independência é fundamental no interesse da estabilidade monetária, na ideia de que a moeda e as finanças têm de ser retiradas do acesso dos grupos de interesses e dos titulares de mandatos interessados na sua reeleição³. Do ponto de vista nacional, a independência depende da posição do Banco Federal em face do Governo federal. É certo que o Banco Federal é caracterizado, no § 12.º da Lei do Banco Federal, como gozando em princípio de **independência de orientação**. No entanto, o texto da Constituição não adota sobre esta questão qualquer afirmação inequívoca⁴. O texto da Constituição apenas se refere expressamente ao **Banco Central Europeu**⁵.

3. O art. 88.º da Lei Fundamental como fundamento jurídico da transferência de poderes de soberania

O art. 88.º da Lei Fundamental constitui, em face do art. 23.º, n. 1, da Lei Fundamental, um fundamento jurídico-constitucional especial da **transferência de funções e poderes monetários para o Banco Central Europeu**. Ele reduz as competências do Banco Federal, que perdeu a autonomia para a formulação da política monetária⁶ e, por assim dizer, funciona como uma filial do Banco Central Europeu (BCE), porque, nos termos do § 6.º do BBankG, está vinculado às suas orientações.

II. O Banco Central Europeu como guardião da moeda comunitária

O **Banco Central Europeu (BCE)** é uma das duas pedras angulares da união monetária. Enquanto o Conselho coordena a política econômica e assegura a observância dos critérios de convergência, é função do Banco Central Europeu, nos termos do art. 4.º, n. 2, e dos arts. 105.º e seguintes do Tratado da CE, cuidar da política monetária e financeira unitária, orientada prioritariamente para o fim da **estabilidade dos preços**, e apoiar a política econômica da Comunidade. Está a seu cargo, como **guardião da moeda comunitária**, a integração monetária que, de acordo com a competência, constitui um caso de aplicação da **administração própria da Comunidade** na forma de execução direta. Porém, o Banco Central Europeu (BCE) não está limitado à execução administrativa. Ele possui ainda **poderes para emitir normas, poderes para aplicar sanções e poderes de execução**.

O Banco Central Europeu (BCE) possui, nos termos do art. 106.º do Tratado da CE, o poder exclusivo de emissão de **notas de banco** dentro da Comunidade e de autorização do montante de **moeda a emitir**, enquanto a própria emissão de moeda permanece, nos termos do art. 16.º do Regulamento do Banco Central Europeu em conjunto com o § 14.º da Lei do Banco Federal, na competência dos Estados-membros. Os poderes para as diferentes políticas monetárias e financeiras (como, por exemplo, a licença de emissão de notas de

banco e a política de reserva mínima) estão detalhadamente regulados no Regulamento do Banco Central Europeu (ver *infra* § 14 III).

III. Posição jurídica e poderes do BCE

As normas visam a assegurar a **independência**, garantida nos arts. 108.º e 112.º do Tratado da CE e repetida de forma declarada no art. 7.º do Regulamento do BCE, no interesse de uma **despolitização da política do dinheiro** e da prossecução de funções não influenciada institucionalmente, funcionalmente, financeiramente e pessoalmente⁷.

Considerando a descrita posição especial do BCE e da sua estrutura relativamente às demais estruturas institucionais jurídico-comunitárias, não admira que o BCE não tenha, nos termos do art. 7.º do Tratado da CE e do Regulamento do BCE, a categoria de órgão da Comunidade. Antes pelo contrário, o seu estatuto está especialmente regulado, com mais detalhe, nos arts. 8.º e 107.º do Tratado da CE.

O texto do Tratado faz a distinção, no art. 8.º e noutras normas institucionais, entre o Banco Central Europeu (BCE) e o **Sistema Europeu dos Bancos Centrais** (SEBC), que de igual forma está obrigado ao fim prioritário da estabilidade dos preços. Apenas o BCE possui personalidade jurídica, com base no art. 107.º, n. 2, do Tratado. O SEBC é constituído, nos termos do art. 107.º, n. 1, do Tratado, pelo Banco Central Europeu (BCE) e pelos bancos centrais nacionais, que subsistem e são parte integrante do SEBC. Nos termos do art. 105.º do Tratado e dos arts. 3.º e 4.º do Regulamento do SEBC/BCE, entre o BCE e o SEBC existe uma separação de funções. O SEBC é competente para⁸:

- a determinação e execução da política monetária da Comunidade, isto é, especialmente a fixação de juros diretores e a realização de negócios com divisas;
- a administração das reservas monetárias dos Estados-membros;
- a implementação de um sistema de pagamentos capaz de funcionar sem restrições;
- a execução sem obstáculos das medidas adotadas pelas autoridades competentes no domínio da tutela sobre as

- instituições de crédito e da estabilidade do sistema financeiro;
- o aconselhamento dos órgãos comunitários.

IV. Fundo Monetário Internacional

A Comunidade de Estados reconheceu há muito que, considerando a crescente globalização da economia e a consequente abertura dos mercados de capitais, é cada vez maior a necessidade de uma cooperação internacional nos domínios monetário e financeiro. Para prosseguir este fim, foi fundado o **Fundo Monetário Internacional** que, nomeadamente, visa os seguintes objetivos²:

- facilitar o alargamento de um comércio mundial equilibrado;
- fomentar a estabilidade das moedas, manter as relações monetárias em boa ordem entre os membros e impedir desvalorizações monetárias por razões de concorrência;
- cooperar na edificação de um sistema de pagamentos multilateral para as relações negociais em curso entre os membros e eliminar as limitações à circulação de divisas.

¹ *BVerwGE* 41, 334, 350; Hahn, *BayVBl.* 1982, 71 e s.

² Geerlings, *DÖV* 2003, 322, 326 e s.

³ *BT-DS.* 2/2781, p. 24; *BVerfGE* 89, 155, 208.

⁴ Cf., mais detalhadamente, Weikart, *NVwZ* 1993, 834 e s.; Häde, *NJW* 1994, 3214 e s.; Janzen, *Der neue Artikel 88 Satz 2 des Grundgesetzes*, 1996, e ainda *BVerfGE* 97, 350 e s., 368 e s.

⁵ Neste sentido, também *BVerfGE* 89, 155, 208; cf. ainda L. B. Weber, *Die Umsetzung der Bestimmungen über die Europäische Währungsunion in das deutsche Verfassungsrecht*, 2000; *Gemeinsame Verfassungskommission*, *BT-DS.* 12/6000, p. 26; Oppermann/Classen, *NJW* 1993, 5, 11.

⁶ *BT-Ds.* 13/7728, 6; cf. Weikart, *NVwZ* 1993, 834, 839; Geerlings, *DÖV* 2003, 322 e s.

[7](#) Heun, *JZ* 1998, 866, 874 e s.; Sodan, *NJW* 1999, 1521 e s.; Gaitanides, *Das Recht der Europäischen Zentralbank*, 2005.

[8](#) Cf., mais detalhadamente, R. Stadler, *Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken*, 1996.

[9](#) Cf., mais detalhadamente, Baer, *JuS* 1977, 506 e s.

§ 15. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISDICIONAIS RELEVANTES DO PONTO DE VISTA DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Competências legislativas

1. Competências legislativas nacionais

a. Competências legislativas concorrentes no domínio da economia

As bases legais do direito administrativo econômico são emitidas pela CE, pela Federação, pelos Estados federados e pelos entes da Administração autônoma. A Lei Fundamental atribui à Federação amplas **competências legislativas** para a regulação do direito da economia, que devem ser interpretadas de forma conforme à Comunidade. Em particular, suscita-se a questão de saber que competências econômicas ainda subsistem sob o império do mercado interno comunitário.

O fundamento jurídico central é constituído pelo art. 74.º, n. 1, segmento 11, da Lei Fundamental. Esta norma de competência aplica-se quando a situação de vida econômica a regular não cai no âmbito de aplicação de uma norma especial (a chamada *norma de captura*). Nos termos da letra do art. 74.º, n. 1, segmento 11, da Lei Fundamental, não é clara a questão de saber se a enumeração é exemplificativa ou exaustiva e como deverá ser interpretada a referência, não explicitada, ao “**direito da economia**”. Entende-se, geralmente, que o art. 74.º, n. 1, segmento 11, da Lei Fundamental deve ser interpretado e tomado em termos amplos¹. No entanto, o critério “amplo” não é um critério material e não se adequa a uma delimitação de competência, devido à sua indeterminação. Por “direito da economia”, o Tribunal Constitucional Federal entende todas as normas que regulam, enquanto tais, a vida econômica e a atividade econômica, que de qualquer forma se referem à **produção, ao fabrico e à distribuição de produtos de necessidade econômica**². Contra a recondução sem reservas a esta definição aponta o fato de a Lei Fundamental, intencionalmente, não tê-la assumido e de, nos debates parlamentares realizados sobre a

Constituição, ter existido controvérsia sobre a interpretação da expressão “direito da economia”³.

O sentido desta norma de competência consiste em evitar um parcelamento jurídico no quadro dos referidos ramos da economia e abrir à Federação a possibilidade de estabelecer **princípios para a ordem econômica, para a vida econômica e para a atuação econômica**⁴. A partir deste objetivo se compreende que a competência de regulação da Federação no domínio da economia, no sentido do art. 74.º, n. 1, segmento 11, da Lei Fundamental, de modo algum se tem de esgotar na enumeração dos diferentes ramos da economia. Especialmente no caso de novos desenvolvimentos, a Federação deve estar em condições de, observando os pressupostos previstos no art. 72.º da Lei Fundamental, poder adotar normas uniformes para toda a Federação⁵.

Por outro lado, a **competência legislativa concorrente** no domínio da economia alarga-se a numerosos outros domínios materiais e ramos da economia, que de igual forma estão previstos no art. 74.º da Lei Fundamental.

Exemplos: Fomento da economia agrária e florestal, direito dos gêneros alimentícios, economia dos resíduos sólidos.

b. Outras competências legislativas economicamente relevantes

Para além da competência legislativa concorrente, a Federação possui uma **competência legislativa exclusiva**, nos termos do art. 73.º da Lei Fundamental, para os sistemas cambial e monetário, para a livre circulação de mercadorias com o estrangeiro, para a Proteção jurídica das empresas, a circulação ferroviária, os correios, as telecomunicações e a circulação por via aérea. Nos termos do art. 110.º da Lei Fundamental, o legislador federal aprova, para o seu âmbito de competência, a **lei do orçamento**, a qual é, entre outros, o principal fundamento jurídico da **atribuição de subvenções econômicas** (ver *supra* § 7 I e *infra* § 31).

A Federação também pode basear uma obra de regulação num conjunto de normas de competência diferentes (a chamada “**competência-mosaico**”).

c. Competências não escritas e competências de prestação de dinheiro

A par das competências até agora apresentadas estão as **competências não escritas, por força da natureza das coisas ou da sua relação material**.

Exemplo: No caso de normas de direito econômico estarem ligadas a normas que servem à salvaguarda da segurança ou da ordem públicas (por exemplo, no domínio do direito industrial e do direito dos restaurantes), as normas jurídicas de ordenação podem constituir-se como anexo imputável ao respectivo domínio material, com o qual elas estão numa relação necessária⁶.

A competência material do respectivo legislador competente para a regulação das condições de vida económicas alarga-se também à **imposição de obrigações e ao pagamento de prestações pecuniárias**, incluindo à regulação da aplicação das contribuições, desde que não se trate de **impostos** no sentido do § 3.º do Código Tributário⁷.

Exemplos: Cf., por exemplo, o art. 74.º, n. 1, segmento 17, da Lei Fundamental, para a contribuição da economia vinícola⁸; o art. 74.º, n. 1, segmento 22, da Lei Fundamental, para a taxa de utilização de estradas⁹ e para a taxa de segurança aérea¹⁰.

Por isso, apenas podem ser objeto das leis de direito administrativo económico **taxas**¹¹, **contribuições** e “**contribuições não fiscais**” — contribuições especiais¹². As taxas são prestações pecuniárias de direito público que podem ser impostas como contraprestações por uma prestação especial, individualmente imputável, constituída por uma conduta oficial ou de outra atividade da Administração (**taxas administrativas**), pela utilização de instituições públicas (**taxas de utilização**) ou pela atribuição de direitos subjetivos (**taxas de concessão**)¹³. As contribuições são prestações pecuniárias de direito público, que servem à compensação das despesas de produção, de criação e de ampliação de instituições públicas, inclusivamente à sua manutenção, sem que o beneficiado tenha de obter daí qualquer vantagem concreta. Relativamente à problemática regulação das “contribuições não fiscais”, ainda não se estabeleceu, devido aos seus diferentes fins, uma definição consensual. Dada a relevância para a

Federação e para os direitos fundamentais, é lícita a imposição das contribuições que, segundo a opinião geral da doutrina, apenas são legítimas quando se verificarem determinados pressupostos¹⁴.

Exemplo: Contribuições especiais com base na Lei de Constituição de Um Fundo Central para a Promoção da Venda e da Valorização dos Produtos da Economia Agrária, Florestal e dos Gêneros Alimentícios (*Absatzfondsgesetz*)¹⁵.

d. Para a limitação e a fiscalização da legislação federal no interesse dos Estados federados

No interesse dos Estados federados, a competência legislativa da Federação está limitada pelo art. 72.º da Lei Fundamental. Para o direito administrativo econômico é significativo que a Federação apenas possua poder legislativo, nos termos do art. 72.º, n. 2, da Lei Fundamental, entre outros, quando e na medida em que a **criação de idênticas condições de vida no território federal** ou a **salvaguarda da unidade jurídica ou econômica** no interesse global torna necessária uma regulação legal federal. Uma lei federal é aqui “necessária” quando as condições de vida nos Estados federados da República Federal da Alemanha se tenham, de modo significativo, desenvolvido de tal maneira que a estrutura social do Estado federal é com isso lesada ou se vislumbra o desenvolvimento concreto de uma diversidade legal no plano dos Estados federados, que constitui um parcelamento jurídico de consequências problemáticas e inaceitáveis, ou quando se trate da conservação da capacidade de funcionamento do espaço econômico da República Federal da Alemanha através de uma legislação uniforme para toda a Federação e as regulações dos Estados federados ou a sua inação trazem consigo significativas desvantagens para a economia geral.

Exemplo: O fim da fixação no direito federal do modelo profissional de assistente de idosos consiste em evitar os efeitos econômicos negativos indiretamente resultantes das diferentes regulações pelos Estados federados da até agora formação no domínio do assistência aos idosos. Por isso, segundo a opinião do Tribunal Constitucional Federal, são indispensáveis regulações, nos termos do art. 72.º, n. 2, da Lei Fundamental¹⁶. Pelo contrário, para assegurar condições de vida equivalentes não é indispensável uma regulação jurídico-federal do horário de encerramento dos estabelecimentos¹⁷.

Este preceito é complementado pela cláusula segundo a qual o direito federal que já não é necessário pode ser substituído por direito estadual¹⁸. Em consequência, o exercício da competência legislativa é, daí em diante, devido ao padrão da necessidade, medido pelo princípio jurídico-constitucional da **proporcionalidade**. Assim, o exercício de uma competência federal é reforçado pela imposição de um ônus de demonstração (controle da pertinência), que é, simultaneamente, regra de inversão do ônus de prova. A regulação material é complementada pelo art. 93.º, n. 1, segmento 2a, da Lei Fundamental, que permite um controle jurisdicional¹⁹.

2. Competências legislativas dos estados federados

Do “patrimônio” dos Estados federados²⁰ faz parte o direito de ordenação, também relevante para a fiscalização econômica, o direito de planificação, o direito financeiro e o direito de organização (por exemplo, a Lei do Investimento Bancário), o direito de procedimento administrativo, que é importante para as licenças econômicas, inclusive o direito das taxas²¹, bem como o poder de regulação da infraestrutura regional e da Administração econômica, sobretudo pela atribuição de subvenções. A par disto, os Estados federados possuem competências próprias para emitir regulações de direito administrativo econômico.

Exemplos: A lei dos arquitetos, a lei dos engenheiros, a lei dos bancos de jogo²², a lei da imprensa, a lei da radiodifusão privada, a lei do fomento do bem-estar social, a lei das caixas econômicas, a lei das subvenções, a lei das câmaras agrícolas, a lei das pescas, a lei estadual de proteção contra emissões²³, a lei das loterias e a lei dos jogos de fortuna e azar²⁴, com exceção das mediações de jogo empresariais e da atividade econômica dos Municípios²⁵.

No âmbito da **reforma do federalismo** (ver também *supra* § 8) para a redistribuição das funções e competências entre a Federação e os Estados federados²⁶, é discutida, em termos controversos, a questão de saber se e em que medida outras matérias de direito administrativo econômico devem ser transferidas para os Estados federados²⁷. Trata-se aqui, nomeadamente, de um capítulo do Código Industrial (salas de

jogos, feiras e mercados), do direito dos restaurantes e das manufaturas, do direito do encerramento dos estabelecimentos comerciais e do direito das câmaras de comércio e indústria. Considerando a liberdade de indústria como expressão da liberdade de profissão, da liberdade jurídico-comunitária de fixação de sede e da liberdade de prestação de serviços, bem como o caráter unitário do espaço econômico, só é de apoiar um abaixamento para o nível do Estado federado quando o ponto nuclear da regulação reside no setor regional ou local. Assim, a cláusula de ensaio, criada *ex novo* pelo § 13.º da GewO, deve ser entendida no sentido de abrir novas margens de apreciação ao direito estadual.

No interesse de uma aplicação jurídica uniforme ao nível dos Estados federados, estes celebram **contratos estaduais**.

Exemplos: Contrato estadual de serviço dos *media*, contrato estadual para as loterias.

Por outro lado, os Estados federados, como acontece por exemplo com as leis dos domingos e feriados e com as leis estaduais de resíduos sólidos urbanos, exercem influência sobre o direito administrativo econômico (ver *supra* § 2 VI 1)²⁸.

A par destas, as **leis fiscais dos Estados federados** apresentam uma tendência de regulação econômica (art. 105.º, n. 2 e 2a, da Lei Fundamental) relativamente aos impostos locais sobre o consumo e sobre as despesas, bem como às **leis orçamentais** como fundamento jurídico para a garantia de subvenções.

Exemplo: Os Estados federados possuem competência para criar impostos sobre as máquinas de jogo²⁹.

3. Competência para emitir regulamentos jurídicos externos e regulamentos autônomos

a. Competência para emitir regulamentos jurídicos externos

A Federação e os Estados federados emitem muitas leis dotadas de conteúdo de direito administrativo econômico e que necessitam de um **preenchimento** ou **complemento através de regulamento**. As autorizações para a emissão de regulamentos, nos termos do art. 80.º

da Lei Fundamental, facilitam e aceleram a adaptação às condições alteradas da economia e à necessidade de proteção de determinados círculos de pessoas. Por outro lado, estas autorizações descongestionam o legislador de regulações detalhadas pouco importantes e da conversão de numerosos atos jurídicos dos órgãos da CE.

A Federação, os Estados federados e outros entes da Administração Pública podem ser autorizados a emitir regulamentos jurídicos. Deste modo, poderão ser levadas em consideração as **necessidades regionais e locais**³⁰.

b. Competência para emitir regulamentos autônomos

Finalmente, a Federação e os Estados federados podem transferir a competência para a regulação de determinadas matérias de direito administrativo econômico para entes da **Administração autônoma**, que desta forma são autorizados a emitir **regulamentos autônomos**. Diferentemente do que se passa nos regulamentos jurídicos, o legislador autoriza o titular do regulamento autônomo a uma regulação em autorresponsabilidade e no seu próprio nome. No entanto, o legislador não pode se desfazer inteiramente dos seus poderes de criação normativa. Os **regulamentos autônomos das corporações de Administração autônoma da economia** (ver *infra* § 43)³¹ visam, antes de mais, descongestionar o legislador e a tomada em consideração, por exemplo, de particularidades específicas da profissão, o aproveitamento da experiência, a ativação das forças sociais para a regulação autorresponsável das suas circunstâncias e a proximidade econômica. Os regulamentos autônomos são expressão do princípio da subsidiariedade (ver *supra* § 12) e **consequência sistemática da ordem econômica estruturada segundo a economia de mercado** (ver *supra* § 4).

Independentemente disso, os **Municípios** dispõem, devido ao seu direito garantido no art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental, do poder de livre **regulação das circunstâncias locais** através da emissão de regulamentos autônomos de direito administrativo econômico (ver *supra* § 8 III e § 42).

4. Competência normativa da Comunidade Europeia

A par das competências de criação normativa da Federação, dos Estados federados e dos entes da Administração autônoma nos diferentes domínios materiais economicamente relevantes, estão as amplas **competências de produção normativa da CE**. Vigora o princípio da autorização individual (art. 5.º, n. 1, do Tratado da CE), que apenas para a integração das lacunas dos Tratados é complementado pelo princípio da competência. A manipulação, em certa medida generosa, da cláusula geral dinâmica do art. 308.º do Tratado da CE também tem sido frequentemente criticada quanto à delimitação em face de uma alteração do Tratado³². A Comunidade emite sobretudo **regulamentos, diretivas** e resoluções gerais (ver *supra* § 9 III).

5. Competência normativa e regulamentos internos da administração

Os regulamentos da Comunidade, as diretivas comunitárias, as leis e os regulamentos autônomos são fontes de direito. Este caráter é controverso no caso dos regulamentos internos da Administração, porque eles, como já resulta da sua designação, dirigem-se primeiramente aos executivos e a estes vinculam. No entanto, frequentemente os regulamentos internos da Administração não se limitam ao **efeito interno** (o chamado **direito interno**). Eles também podem produzir **efeito externo** em relação ao cidadão econômico³³, por exemplo no caso de serem emitidos para a execução de normas jurídicas. Verifica-se **efeito externo imediato** quando as normas da Administração se dirigem diretamente aos entes da economia privada. Verifica-se **efeito externo mediato** quando o efeito externo se projeta sobre direitos fundamentais. Daqui resultam numerosos problemas jurídicos que não podemos abordar neste volume³⁴.

Exemplos: Regulamentos internos da Administração sobre valores de imissões e de emissões (**diretivas de concretização de normas**³⁵). Os regulamentos internos da Administração para a Lei das Estradas determinam a atuação discricionária nas utilizações especiais industriais (**diretivas de discricionariedade**); certos regulamentos internos da Administração fixam

critérios de atribuição de subvenções³⁶; regulamentos internos da Administração sobre o emprego de conceitos jurídicos indeterminados com margem de apreciação (**diretiva de apreciação**)³⁷; regulamentos internos da Administração para a clarificação de questões duvidosas de caráter jurídico (**diretivas de interpretação de normas**)³⁸.

As indicações até aqui apresentadas comprovam que os regulamentos internos da Administração possuem uma grande importância na prática da Administração econômica. Em alguns ramos, os regulamentos internos da Administração são a mais importante fonte de direito para a orientação da atuação da Administração. Isto é válido, pelo menos, para o **direito da segurança técnica, para o direito do ambiente** (*TA-Luft, TA-Lärm, TA-Abfall*) e para o **direito das subvenções** (ver *supra* § 7 I e *infra* § 31).

6. Competência normativa no âmbito da Convenção AGCT/OMC

No âmbito dos tratados econômicos internacionais também podem ser confiadas a outras organizações econômicas internacionais competências de regulação normativa, com a consequência jurídica de que a legislação nacional a elas fica vinculada. É o caso, por exemplo, da Convenção **AGCT/OMC**, que regula numerosas matérias de forma vinculativa (ver *supra* § 2 VII 4 e *infra* § 16 V 3).

7. Legislação e desregulação através de revogação de diplomas

A enumeração das diversas competências de produção normativa permite presumir a quantidade e a densidade dos regulamentos jurídicos e dos regulamentos internos da Administração com que o cidadão econômico tem de contar e tem de trabalhar. A diversificação dos legisladores e a crescente juridificação da vida econômica refletem-se como **casos de criação normativa**, os quais também põem em perigo a aceitação e o cumprimento do direito administrativo econômico. Direitos obscuros e incompreensíveis têm custos desnecessários e causam perda de tempo. Travam a criatividade e incentivam a que a lei seja contornada³⁹. A solução para este problema

só é possível mediante uma ampla **desregulação**, uma produção jurídica cooperativa, que inclua o empresário e o consumidor, uma autorregulação (ver *infra* § 29 IV) ou uma revogação de diplomas (ver *supra* § 3 III)⁴⁰.

II. Competências jurisdicionais

Numa ordem constitucional e jurídico-comunitária de Estado de Direito, orientada à economia de mercado (ver *supra* §§ 5 e s.), deve haver a possibilidade de os sujeitos da economia privada recorrerem aos tribunais contra as medidas do legislador e da Administração. A invocação processual de direitos econômicos subjetivos é a **coroação do Estado de Direito** e a verdadeira prova da capacidade de funcionamento e de prestação do direito administrativo econômico. A imposição do direito é função da **jurisprudência**, que deve controlar as normas da administração econômica e as suas medidas concretas, nos termos dos arts. 20.º, n. 3, e 92.º e seguintes da Lei Fundamental e do art. 220.º do Tratado da CE, quanto à sua compatibilidade com o direito e tem de garantir a **proteção jurídica efetiva**⁴¹.

Exemplo: Do direito fundamental à liberdade de profissão resulta para os que solicitaram uma bancada no mercado e que viram a sua pretensão recusadas, um direito à “proteção jurídica primária de urgência”, porque se não fosse assim ficariam limitados ao recurso contencioso declarativo *a posteriori* ou ao pedido de reparação de danos⁴².

¹ Cf., por exemplo, BVerwG, *NVwZ* 1986, 754.

² *BVerfGE* 29, 409.

³ *JöR* NF 1, 518; Nörr, *Die Republik der Wirtschaft*, 1999, p. 91.

⁴ *BVerfGE* 41, 344, 352 e s.

⁵ *BVerwGE* 23, 304; OVG Koblenz, *NVwZ-RR* 1989, 133.

⁶ *BVerfGE* 28, 146; 41, 344, 355; 98, 265, 299 e s.

- [7](#) *BVerfGE* 38, 61, 79; *BVerfGE* 93, 319, 342 e s.; *BVerwGE* 112, 194, 199.
- [8](#) *BVerfGE* 37, 1, 16.
- [9](#) Cf. Lei de 30-8-1994, *BGBI.* II, p. 1765.
- [10](#) *BVerwG*, *NVwZ* 1994, 1102.
- [11](#) *BVerwGE* 48, 326; 93, 319, 342 e s.
- [12](#) *BVerfGE* 57, 139; cf., para a delimitação, Wolff/Bachof/Stober 1, § 42 V 6.
- [13](#) Sobre esta matéria, Wolff/Bachof/Stober 1, § 42 IV 5.
- [14](#) Cf. *BVerfGE* 55, 274, 304; 67, 256, 276; 78, 249, 266; 82, 159, 177; 93, 319, 342; Arndt, *WuV* 1990, 1 e s.; Heun, *DVBl.* 1990, 666 e s.; Schmidt, *NVwZ* 1991, 36; Kluth, *JA* 1996, 260 e s.; Selmer, *Sonderabfallabgaben und Verfassungsrecht*, 1996.
- [15](#) *BVerfGE* 82, 159, 182 e s.
- [16](#) *BVerfGE* 106, 62, 135, 157.
- [17](#) *BVerfG*, *NJW* 2004, 2363.
- [18](#) Rybak/Hofmann, *NVwZ* 1995, 230 e s.; G. Schmidt, *DÖV* 1996, 657 e s.; *BT-DS.* 12/6000, p. 33.
- [19](#) Kenntner, *ZRP* 1995, 361 e s.; cf., mais detalhadamente, Schmehl, *DÖV* 1996, 724; *BVerfGE* 106, 62, 135 e s.
- [20](#) Cf., sobre este conceito, *BVerfGE* 87, 181.
- [21](#) *BVerwG*, *NVwZ* 2001, 330.
- [22](#) *BVerwGE* 96, 302, 306; BGH, *NJW* 1994, 1240; Voßkuhle, *VerwArch.* 87 [1996], 395 e s.
- [23](#) VGH München, *GewArch.* 1986, 69; OLG Düsseldorf, *NVwZ* 1991, 918; *BVerwG*, *NJW* 1997, 814 e s.
- [24](#) Tettinger, *DVBl.* 2000, 868 e s.; Ennuschat, *NVwZ* 2001, 771 e s.; Stober, *GewArch.* 2003, 305, 310, e Piroth/Görisch, *NVwZ* 2005, 1255 e s.
- [25](#) SächsVerfGH, *NVwZ* 2005, 1057 e s.
- [26](#) Cf. P. M. Huber, *Gutachten D zum 65. DJT*, 2004.
- [27](#) Cf. também Deutscher Bundestag/Bundesrat (ed.), *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005*, p. 444 e s.; *BT-Ds.* 16/813, p. 6.
- [28](#) *BVerwG*, *NVwZ* 1991, 1079.
- [29](#) BFH, *NVwZ* 1990, 903; BFH, *NVwZ-RR* 1997, 312.
- [30](#) *BVerfGE* 42, 191, 203.
- [31](#) *BVerfGE* 33, 125, 156 e s. e 86, 28, 33 e s.
- [32](#) Cf., por exemplo, *EuGHE* 1989, 1425; Häde, *EuZW* 1997, 13 e s.

[33](#) BVerwGE 58, 45; BVerwG, DÖV 1997, 732; Rogmann, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften*, 1998.

[34](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 24 III, IV.

[35](#) Cf. BVerwGE 55, 250; BVerwGE 107, 338, 341.

[36](#) BVerwGE 58, 45; 104, 220, 222; BVerwG, NVwZ 2003, 1384, e BVerwG, DÖV 2004, 75 e s.

[37](#) Cf. Ossenbühl, in: *FG BVerwG* 1978, p. 433, 448; Di Fabio, *DVBl.* 1992, 1338.

[38](#) Cf. BVerwG, *VerwRspr.* v. 28, p. 400.

[39](#) Cf. *Weißbuch der EG-Kommission Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit, Beschäftigung, Teil C* 1993, p. 106 e s.; Mann, *ZG* 1989, 1 e s.; C. Münch, *NJW* 1996, 3320 e s.

[40](#) Cf., mais detalhadamente, von Münch, *NJW* 1993, 1673, 1675; Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997; Scholz/Meyer-Teschendorf, *ZRP* 1996, 404 e s.; H. P. Schneider, *ZRP* 1998, 323 e s.; *Sachverständigenrat, Jahresgutachten* 2002, 2003, p. 218 e s.

[41](#) BVerfGE 96, 27, 39; BVerfG, *NJW* 2001, 214.

[42](#) BVerfG, *DVBl.* 2003, 257 e s.

CAPÍTULO QUARTO

O âmbito de aplicação do direito administrativo econômico interno e externo

§ 16. ÂMBITO TERRITORIAL DE APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO EXTERNO

I. Zona econômica como manifestação do princípio da territorialidade

A discussão dos princípios e competências constitucionais relevantes do ponto de vista do direito administrativo econômico apenas de forma genérica deu informação sobre o **âmbito territorial** ou geográfico-econômico **de aplicação do direito administrativo econômico**. Trata-se aqui da questão da relevância do direito constitucional econômico e da igualdade de cobertura do **território econômico, comunitário e de economia mundial**, isto é, da delimitação do **direito econômico interno e externo**, segundo o critério do **princípio da territorialidade** (ver, por exemplo, o § 4.º da Lei de Economia Externa — AWG; o art. 3.º do Código Aduaneiro). Podemos reconhecer a importância desta problemática no fato de todo o direito ser entendido como decorrência do território estadual tradicionalmente referido a um local. O território legitima os órgãos da Administração econômica à atuação e subordina os entes da economia privada ao respectivo direito aplicável no território do Estado e ao poder do Estado. Os limites de direito constitucional econômico para a concretização do âmbito territorial de aplicação resultam de um jogo da **constituição econômica aberta** (ver *supra* § 5), da opção por um **Estado comercial aberto** (ver *supra* § 2 VII), da **liberdade econômica externa** (§ 1.º do AWG), bem como da necessidade de uma orientação da Economia segundo o interesse público. É evidente que o âmbito geográfico-econômico de aplicação, considerando os efeitos jurídicos a isto ligados, influencia a decisão fundamental econômica (por exemplo, a escolha da localização) do empresário (ver *supra* § 2 VII). No entanto, o trânsito econômico internacional dificulta a aplicação rigorosa do princípio territorial e a fiscalização econômica

(ver *infra* § 29 V)¹. Na verdade, as empresas que possuem dependências multinacionais e que agem internacionalmente podem libertar-se do enquadramento jurídico de um Estado determinado (ver *supra* § 2 VII), razão por que se coloca a questão de saber se e em que medida o direito administrativo econômico nacional também pode abarcar atividades econômicas e efeitos que se desenvolvem fora do território do Estado (**efeito jurídico transnacional, jurisdição extraterritorial**).

II. Território do Estado e território da economia

1. Formas de manifestação e de regulação dos territórios econômicos

Dentro do Estado, a **zona econômica** orienta-se primeiramente pelo princípio do Estado federal. Por isso, será necessário recorrer a **princípios gerais da Constituição, do direito internacional público** e a acordos entre Estados. Assim, podemos determinar o lado econômico do território do Estado pelos territórios natural e “convencionado” do Estado.

2. Delimitação do território natural da economia pela zona de soberania

O **território natural do Estado** é, no que respeita ao exercício de poderes de autoridade, tradicionalmente dividido em três zonas, que também são decisivas para o âmbito de aplicação do direito administrativo econômico. No entanto, o alcance dos poderes de autoridade é, por vezes, controverso. Por isso, as conclusões que seguem orientam-se pelos poderes de autoridade da República Federal da Alemanha, pela **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**² (*UN-Convention on the Law of the Seas*), que é vinculativa para a Alemanha, pelo direito comunitário (por exemplo, pelo Código Aduaneiro) e pela mais recente prática dos Estados.

a. O território econômico segundo a zona de soberania I

Da zona de soberania **I** faz parte o território continental, incluindo as águas interiores e a linha costeira ao longo da linha de água mais

baixa (a chamada linha de base normal), no sentido do art. 5.º da CNUSDM, do § 1.º, n. 1, segmento 1a, do WHG e do art. 3.º, n. 3, do Código Aduaneiro³. Por outro lado, **o mar costeiro** também está dentro da República Federal da Alemanha na chamada **zona das três milhas**, sendo parte integrante do território do Estado. Nesta zona, o Estado possui poderes de soberania ilimitados perante qualquer parceiro econômico. Nos termos do art. 3.º da CNUSDM, os Estados ribeirinhos podem alargar as suas águas costeiras até às **doze milhas marítimas**. Desta possibilidade fez uso a República Federal da Alemanha⁴.

b. O território econômico segundo a zona de soberania II

A zona de soberania **II** abarca, em primeiro lugar, a chamada **zona costeira (zona contígua)**, que, nos termos do art. 33.º, n. 2, da CNUSDM, pode ser alargada pelo Estado costeiro até às 24 milhas marítimas. Dentro destes limites, o Estado costeiro pode determinar exercer certos poderes de soberania, que visam sobretudo a prevenção do perigo no domínio do direito aduaneiro, do direito ambiental, do direito das pescas, do direito de passagem e do direito da saúde⁵. Esta zona é alargada pela chamada **zona econômica exclusiva** (*exclusive-economic-zone, zone économique exclusive*), que, nos termos do art. 57.º da CNUSDM, pode se estender até às 200 milhas marítimas, contadas a partir da linha de base. Nesta zona econômica o Estado costeiro tem, entre outros, poderes de soberania para o aproveitamento e a exploração dos recursos, inclusivamente do fundo marinho, bem como outros poderes de soberania especificados mais pormenorizadamente nos arts. 56.º e 60.º da CNUSDM⁶. Desta zona deve ser distinguida a chamada **plataforma continental**, constituída, nos termos dos arts. 76.º e 77.º da CNUSDM, pela continuação, sob o bar, da massa continental do Estado ribeirinho. Aqui o Estado costeiro possui, até um alcance de 350 milhas marítimas, o direito de preferência na utilização **das riquezas do solo**.

c. Atividades econômicas na zona III

Na **zona III**, caracterizada de “alto-mar”, o Estado em concreto não possui, em geral, quaisquer poderes próprios de direito administrativo

econômico. Vigora aqui, nos termos do art. 87.º da CNUSDM, o princípio da **liberdade dos mares**.

Exemplos: Liberdade de pesca, de colocação de cabos no mar, de perfuração do fundo marinho, bem como liberdade de navegação.

Esta liberdade está em conflito com as exigências jurídico-ambientais⁷ e com o princípio da utilização do “*common heritage of mankind*”, que, nos termos dos arts. 136.º e 137.º da CNUSDM, se aplica aos subsolos⁸. De forma correspondente, foi emitida a Lei sobre a Proibição de Colocação de Resíduos e Outras Substâncias e Objetos no Alto-mar⁹.

Os **barcos** que navegam sob o pavilhão da República Federal da Alemanha possuem, devido à autoridade de pavilhão obtida pelo registro, a **nacionalidade alemã**, de modo que, por força do art. 91.º da CNUSDM e do art. 27.º da Lei Fundamental, também lhes são aplicáveis as normas correspondentes do direito administrativo econômico. Isto significa que no alto-mar estes barcos estão exclusivamente, nos termos do art. 94.º da CNUSDM, sob o poder de autoridade do Estado do pavilhão que arvoram.

Exemplo: A exploração de uma sala de jogo num navio que navega sob pavilhão alemão está subordinada à obrigação de licença prevista no § 33i da GewO¹⁰.

Estes barcos marítimos são registrados, nos termos do § 3.º da Lei do Direito de Pavilhão, no **registro de barcos**, que é levado a cabo pelos tribunais de comarca¹¹. A par deste registro, existe um **registro internacional de embarcações marítimas** (o chamado **segundo registro de barcos**), que é levado a cabo pelo Ministro Federal dos Transportes. Este registro visa impedir que a “mudança de pavilhão” possa constituir um incentivo, por razões de custos, de modo a que as relações laborais dos membros da tripulação fiquem subordinadas ao direito alemão e não dependem já do fato de o barco navegar sob pavilhão federal¹².

d. Atividades econômicas no espaço aéreo

O espaço aéreo sobre o território do Estado e sobre o mar costeiro (mar territorial) é, nos termos do art. 3.º, n. 3, do Código Aduaneiro,

parte integrante do território estadual, até ao limite da possibilidade de domínio técnico, que se determina pelas alturas de voo alcançáveis pelos aviões convencionais. Por conseguinte, o Estado tem o direito, concretizado no § 1c do LuftVG, de determinar sobre a utilização infraestrutural e industrial do espaço aéreo, incluindo a autorização de sobrevoo. Fora do espaço aéreo controlado vigora o **direito de livre sobrevoo**¹³. Os aviões possuem, nos termos do § 2.º, n. 5, em ligação com o § 3.º do LuftVG, a **nacionalidade** que é adquirida pelo registro. Nos termos do § 1a, n. 1, do LuftVG, o direito alemão de navegação aérea é, em princípio, também aplicável fora do território de soberania alemã. Produz-se, pois, um efeito extraterritorial. Assim, o capitão de voo tem o direito de, nos termos do § 12.º, n. 1, do LuftSiG, adotar as medidas necessárias para a salvaguarda da segurança e da ordem (ver *infra* § 40 II).

O direito aéreo internacional vigente encontra-se regulado sobretudo na **Convenção de Chicago** sobre a Navegação Aérea Civil Internacional¹⁴. Esta Convenção regula o exercício de poderes de soberania no espaço aéreo, bem como as condições de navegação aérea internacional¹⁵. Diferentemente, a **Convenção de Montreal** ocupa-se da uniformização de determinadas normas para o fomento da circulação aérea internacional¹⁶. Esta Convenção visa o desenvolvimento ordenado da circulação aérea internacional e o transporte sem obstáculos dos passageiros e, assim, também a proteção do consumidor.

3. Zonas livres e entrepostos francos como espaço econômico acordado

Junto do território natural do Estado está o território do Estado **por força de acordos e da lei**, no qual as fronteiras políticas e econômicas são mantidas separadas por razões de oportunidade. Pensemos apenas em normas do direito aduaneiro, do direito tributário (§ 1.º, n. 2, do UmsatzsteuerG) e do direito do mar, que por razões de política comercial fixam determinadas **zonas livres e entrepostos francos** para o comércio externo. Trata-se aqui, nos termos do art. 166.º do Código Aduaneiro da CE, de partes do território aduaneiro ou de espaços

situados neste território aduaneiro (zonas francas) que são separados do restante território aduaneiro. Estes espaços têm em vista que mercadorias de Estados terceiros sejam tratadas como se elas não se encontrassem no território aduaneiro quanto à imposição de impostos de importação e à aplicação de medidas de política comercial. Assim, as zonas livres e os entrepostos francos são **território aduaneiro estrangeiro**. Esta tradição também é levada em consideração pelos arts. 3.º e 167.º do Código Aduaneiro da CE, na medida em que estas disposições limitam por vezes o âmbito territorial de aplicação e permitem aos Estados-membros a declaração de zonas livres e a autorização de entrepostos francos. O conceito de zona livre abarca todas as formas de exclusão aduaneira.

Exemplos: Zonas livres em portos (Bremen, Hamburgo), incluindo portos interiores.

Nas zonas livres e nos entrepostos francos são admitidas todas as atividades industriais e comerciais, bem como todas as prestações de serviços que se reportam à conservação, à melhoria da apresentação, à qualidade comercial ou à preparação da venda ou da revenda.

Exemplos: Engoma de têxteis, montagem final de computadores, refinação.

III. Direito constitucional econômico externo

1. As relações econômicas com territórios econômicos estrangeiros

O âmbito territorial de aplicação do direito econômico diz respeito, a par das próprias fronteiras econômicas, à questão de saber em que medida o Estado influencia as **relações econômicas com territórios econômicos estrangeiros** e estabelece um quadro de ordenação para as transações econômicas com o estrangeiro (ver *supra* § 2 VII). Trata-se aqui de um **direito constitucional econômico externo**, que é concretizado pelo **direito administrativo econômico externo**. O direito econômico externo é a peça oposta do direito econômico interno, abrangendo o conjunto das normas e medidas relativas à circulação de mercadorias para além das fronteiras, bem como a prestação de serviços e a circulação de pessoas e de capitais. Dele faz

parte, do ponto de vista temático, também o direito aduaneiro que, no entanto, devido à sua proximidade com o direito tributário, não é aqui contemplado.

A Alemanha decidiu-se, segundo as normas do direito constitucional econômico externo constantes dos arts. 23.º e 24.º da Lei Fundamental, a favor do mercado interno e do espaço econômico europeu e, por conseguinte, a sua **competência de direito econômico externo** foi, nos termos do art. 133.º, combinado com o art. 300.º, n. 7, do Tratado da CE, em larga medida, transferida para a CE. Por conseguinte, devemos fazer a distinção entre **direito econômico externo nacional e europeu**. Simultaneamente, a Alemanha entrou para numerosas organizações multilaterais de direito internacional público. Seguiu, assim, a tendência **da bilateralização para a regionalização**¹⁷ e **da inter-regionalização para a globalização** (ver *supra* § 2 VII e § 5 I e III).

2. Liberdades de circulação e seus princípios

Elemento nuclear dos acordos internacionais para a simplificação das transações econômicas é a atribuição de **liberdades de circulação** (ver *supra* § 9 IV). Do ponto de vista textual, a mais amplamente fixada e desenvolvida das liberdades é a **liberdade de circulação de mercadorias**, que, no entanto, apenas adquiriu efeito vinculativo pela Convenção Internacional do AGCT/OMC¹⁸. Relativamente à **liberdade de prestação de serviços**, existe, por um lado, unidade de entendimento no sentido de que é urgente a melhoria do mercado de prestação de serviços para se beneficiar do potencial crescimento econômico e de criação de postos de trabalho. Por outro lado, as fontes jurídicas da economia mundial são, quanto a esta questão, antes, reservadas¹⁹. Um processo de liberalização foi indicado, pela primeira vez, no Acordo Geral de Comércio e Serviços (Tratado AGCS ou Tratado GATS). Ainda menos assegurada juridicamente que a liberdade de prestação de serviços é a **livre circulação internacional de pessoas** (mão de obra, liberdade de fixação de sede). A livre circulação global é, como tradicionalmente, um calcanhar de Aquiles das relações econômicas mundiais, porque aqui a reserva de soberania

é aplicada na sua maior força. Também a **liberdade de circulação de capitais** ainda não se estabeleceu internacionalmente, apesar da relevância dos investimentos diretos para o desenvolvimento da economia e de se tratar de uma contrapartida complementar da transação de mercadorias²⁰, sendo apenas protegida a nível regional e bilateral.

Quando existam liberdades de circulação, a sua realização é sobretudo assegurada pelos seguintes princípios²¹:

- **cláusula de reciprocidade.** Segundo esta cláusula, atribuem-se às partes contratantes, mutuamente, o acesso ao mercado, no sentido de que as concessões comerciais são feitas depender da garantia de contraprestações correspondentes;
- **cláusula do tratamento mais favorável** (*most-favoured-treatment*) como proteção “para o exterior”. Esta cláusula obriga ao tratamento igualitário de todos os Estados, sendo este tratamento medido pelo Estado que tem o tratamento mais favorável. Trata-se de uma **forma específica de proibição de discriminação** que visa abrir um determinado mercado nacional aos agentes econômicos estrangeiros e aos produtos econômicos estrangeiros;
- **tratamento de residente** (*national treatment*) como proteção “para o interior”. Neste caso são aplicáveis igualmente aos agentes econômicos estrangeiros e aos produtos econômicos estrangeiros que se encontram no interior do país, em condições de igualdade, as normas de direito administrativo econômico tal como vigoram para os produtos do próprio Estado. Trata-se igualmente de uma **forma específica de proibição de discriminação**. Esta visa impedir que o tratamento igualitário atribuído “para o exterior” seja alterado no interior do Estado. Este princípio complementa o princípio do tratamento mais favorável quanto às pessoas e produtos que chegam ao interior do país;
- **cláusula de reconhecimento** (princípio da equivalência — ver, por exemplo, o § 50a da HwO e *supra* § 9 IV 2);

- **proibição geral de discriminação;**
- **cláusula de harmonização** (ver *supra* § 9 IV);
- **cláusula de aproximação jurídica** (ver *supra* § 9 IV).

3. União aduaneira e zona de livre comércio como modelo intermédio

O direito constitucional econômico e a prática constitucional conhecem, para além da ampla concentração econômica, como modelos intermédios ou fases preparatórias de uma integração econômica a união aduaneira e a zona de livre comércio.

Uma **união aduaneira** consiste numa agregação de Estados com o objetivo de liberalização do comércio pelo desmantelamento de alfândegas e de taxas de efeito equivalente, bem como a concentração num território aduaneiro único, mediante a salvaguarda de uma política aduaneira comum em face de Estados terceiros. Uma **zona de livre comércio** (*free trade area*), que não se confunde com uma zona franca, é uma concentração de Estados com o fim de liberalização do comércio através do desmantelamento de barreiras alfandegárias e de outros entraves ao comércio dentro da zona em causa para as mercadorias com origem nessa zona. Por isso, as **normas sobre a origem** são de grande relevância. Perante Estados terceiros, cada Estado permanece na sua política comercial autónoma.

IV. Território comunitário, mercado interno e espaço econômico europeu

1. O espaço sem fronteiras internas

A componente espacial do território econômico da CE tem expressão no art. 14.º, n. 2, do Tratado da CE. Nos termos deste artigo, o **mercado interno abarca um espaço sem fronteiras internas**. Este alarga-se a todos os Estados-membros que, com exceção dos Estados-membros admitidos em 1º de maio de 2004, estão especificados no art. 299.º do Tratado da CE. Do mercado interno deve ser distinguido o **território monetário único**, nos termos dos arts. 105.º e seguintes do Tratado da CE, que apenas abarca os Estados-membros da

Comunidade Europeia que aderiram à união monetária (ver *supra* § 10 III). A designação de espaço sem fronteiras internas significa, em primeiro lugar, que o mercado interno é uma **união aduaneira única**, de modo que os seus limites se desenvolvem entre os seus membros de pleno direito. O desenvolvimento da circulação de mercadorias entre a Comunidade e Estados terceiros está regulado no chamado **Código Aduaneiro**.

Por outro lado, a CE forma um único **espaço aéreo europeu**, baseado no art. 80.º, n. 2, do Tratado da CE²² e ocupa-se, devido às fronteiras externas comuns, também da utilização comum dos **mares costeiros comunitários** e do direito comunitário das pescas. Para este fim, foi instituída uma fronteira de pescas de 200 milhas marítimas²³, na qual a pesca está reservada aos pescadores da CE. Adicionalmente foi criado, no interesse de uma exploração racional e duradoura dos recursos piscícolas, com base no art. 32.º, n. 1, do Tratado da CE, um regime interno de pescas, com quotas vinculativas de pesca²⁴. Este regime fixa o montante total de capturas e determinadas quotas piscícolas, reparte-as pelos Estados-membros e regula as condições de pesca.

2. Direito econômico externo da CE

Nos termos dos arts. 133.º e 134.º, combinados com o art. 300.º, n. 7, do Tratado da CE, a CE possui uma ampla **competência normativa na área da economia externa**, com a consequência de que os Estados-membros estão, assim, excluídos da possibilidade de adotar regulações nacionais²⁵. O preceito abarca todas as medidas que regulam o comércio com Estados terceiros sempre que não se apliquem normas especiais. Entre estas medidas caem, sobretudo, aquelas cujo principal fim é o de influenciar o volume de comércio ou o fluxo comercial com Estados terceiros. Nos termos do art. 133.º, n. 5, do Tratado da CE, a política comercial abrange também as negociações internacionais e os acordos sobre a **prestação de serviços e os direitos de propriedade intelectual**²⁶. O exercício destas competências tem lugar através de uma legislação autônoma e da conclusão de acordos de comércio e de cooperação com Estados terceiros e com organizações internacionais.

Estes acordos visam fins diferentes. Em primeiro plano está a melhoria do acesso ao mercado, o fomento dos investimentos, o controle das importações e das exportações.

Exemplos: Regulamento sobre o controle da exportação de bens e tecnologias com duplo fim de utilização²⁷; regulamento para a proteção contra importações subvencionadas²⁸.

O art. 134.º do Tratado da CE contém normas especiais de competência em matéria de restrições à importação e os arts. 60.º e 301.º do Tratado da CE contém normas relativamente à aplicação de **sanções econômicas** e de **medidas de embargo**²⁹. Complementarmente, nos arts. 308.º e 310.º do Tratado da CE estão fixadas competências para a celebração de contratos. Globalmente, os Estados-membros perderam, em larga medida, a sua competência de política econômica externa. No entanto, ficaram livres para abrir os seus mercados mais do que até aqui.

Exemplo: O Conselho da CE emitiu um pacote de três medidas com, respectivamente, diversos regulamentos para a garantia da liberdade de prestação de serviços na navegação aérea. Esta legislação conduziu à ilegalidade jurídico-comunitária de acordos bilaterais *open-sky* para a regulação do acesso indiscriminado ao respectivo mercado (neste caso, Alemanha-EUA), porque são discriminadas as companhias de aviação não sediadas na Europa (neste caso, a sociedade britânica de transportes aéreos para o voo direto da Alemanha para os EUA)³⁰.

3. Espaço econômico europeu

O território comunitário não está fixado de forma definitiva. Nos termos do art. 49.º do Tratado da UE, qualquer Estado europeu pode requerer a adesão à Comunidade, desde que sejam observados os princípios jurídicos previstos no art. 6.º do Tratado da UE e seja aceite o patrimônio de integração europeia (*acquis communautaire*)³¹. Quando o processo de adesão é malsucedido por razões políticas, econômicas ou outras, existem diversos modelos jurídicos para assegurar, a curto ou a médio prazo, uma cooperação estreita do espaço geográfico respectivo com a UE. Uma saída possível é o **acordo de associação com o espaço econômico europeu**³².

Do Acordo Espaço Econômico Europeu (Acordo-EEE ou Acordo-EWR) fazem parte, para além dos Estados-membros da CE, os chamados Estados EFTA (membros da Zona Europeia de Livre Comércio — *European Free Trade Association*), que ainda não sejam membros da CE (Islândia, Liechtenstein, Noruega). A EFTA foi fundada como resposta à CE no ano de 1960, com o fim de poder conservar determinados ideais de neutralidade político-estadual. Esta concentração foi politicamente ultrapassada a partir do desmoronamento dos chamados Estados do bloco leste e do desaparecimento do conflito Leste-Oeste. As numerosas adaptações do direito administrativo econômico alemão estão contidas na **Lei de Execução da EEE (EWR)**, incluindo nas respectivas leis de adaptação, que entraram em vigor em 1.º de janeiro de 1994³³.

4. Acordos-Europa e acordos de parceria

Na discussão em torno de um espaço econômico europeu não podemos descurar a abertura política e econômica dos então Estados europeus do bloco leste, que desde 1959 se organizaram, por assim dizer, como bloco econômico terceiro, a par da CE e da EFTA, no Conselho para a Assistência Econômica Mútua (*Council for Mutual Economic Assistance*) — também chamado **COMECON**. Depois da dissolução, no ano de 1991, do COMECON, surgiu a necessidade de apoiar os Estados do Leste europeu na transição da economia planificada para a economia de mercado³⁴. Foi, entretanto, o que aconteceu para numerosos Estados, que em 1.º de maio de 2004 se tornaram membros da Comunidade Europeia (Estônia, Letônia, Lituânia, Malta, Polónia, República Checa, Eslovênia, Eslováquia, Hungria, Chipre). Para estes Estados vigoram numerosos **regimes transitórios**³⁵. Por outro lado, a CE admitiu, no ano de 2005, a Bulgária e a Romênia às negociações de adesão. **Acordos de parceria e de cooperação** da CE com outros Estados e comunidades de Estados visam reforçar as liberdades econômicas, apoiar a evolução para a economia de mercado e forçar a uma cooperação de desenvolvimento. Simultaneamente, estes acordos têm em vista um alargamento do

comércio e das relações econômicas, bem como uma integração progressiva no sistema AGCT/OMC.

Exemplos: Acordos de parceria com a Ucrânia e com a Federação russa³⁶.

V. Tendência para a regionalização da economia mundial

O mercado interno e o espaço econômico europeu são apenas duas manifestações da concentração econômica regional transnacional. A par delas existem, ou estão acordadas, as zonas de livre comércio, entre outras, para a:

- **América do Norte** (NAFTA — *North American Free Trade Agreement*): EUA, Canadá e México³⁷, com o fim de fundação da FTAA (*Free Trade Area of the Americas*);
- **Sudoeste Asiático** (ASEAN — *Association of South East Asian Nations*): Indonésia, Tailândia, Filipinas, Malásia, Cambodja, Singapura, Vietnã, Brunei, Laos e Mianmar (antiga Birmânia), com o fim de fundação de uma zona de livre comércio com a República Popular da China, o Japão, a Coreia do Sul, a Índia, a Austrália e a Nova Zelândia e de uma Comunidade Econômica ASEAN³⁸;
- **América do Sul** (MERCOSUR — *Mercado Común del Sur*): Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela; são associados a Bolívia e o Chile³⁹;
- **África do Sul** (SADC — *Southern African Development Community*): entre outros, a África do Sul, o Lesoto, o Simbabwe, a Namíbia e a Mauritânia;
- **Ásia do Sul** (SAARC — *South Asian Association for Regional Cooperation*): a Índia, o Bangladesh, o Nepal, o Butão, o Paquistão, o Sri Lanka, as Maldivas, com o fim de criação de uma zona de livre comércio (SAFTA — *South Asia Free Trade Agreement*).

Uma espécie de integração regional inteiramente nova é a conclusão de acordos gerais inter-regionais para a cooperação entre a CE e o MERCOSUR. Neste caso, pela primeira vez, não foram Estados, mas

comunidades econômicas, que fundaram uma associação inter-regional e conferiram aos membros idênticos direitos (ver *supra* § 9).

VI. Regime jurídico geral para a utilização da zona marítima

À parte estas zonas econômicas regionais não assentes em Estados, está distante a realização de uma **zona econômica mundial** com harmonização jurídica ou de um **direito econômico mundial**⁴⁰. Só para domínios parciais existem acordos internacionais com vista à melhoria da eficiência econômica. Isto verifica-se, por exemplo, no domínio da zona econômica do **espaço marítimo** e para os **oceanos**, que abarca dois terços da superfície do planeta. Está-lhe subjacente o regime jurídico vinculativo e jurisdicionalmente exequível da **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**, cujo preâmbulo revela manifestamente que ela pretende dar um contributo para a realização de uma justa e equilibrada ordem econômica internacional⁴¹. A ordem jurídica dos mares, que por vezes é designada por **Constituição dos Mares**, destina-se a tornar mais fáceis a circulação internacional, a equilibrada e eficaz utilização dos recursos, bem como a salvaguarda do ambiente marítimo. A ordem jurídica dos mares assenta no princípio consagrado no art. 136.º da Convenção sobre o Direito do Mar, segundo o qual a zona marítima e os seus recursos fazem parte da herança coletiva da humanidade (*common heritage of mankind; patrimoine commun de l'humanité*). A Convenção regula, em concreto, os poderes de autoridade dos Estados costeiros, os direitos e as liberdades de outros Estados, a situação jurídica dentro da zona econômica exclusiva, a passagem de navios comerciais e a exploração dos recursos. Tendo em consideração esta regulação positiva, podemos falar de um **princípio jurídico**, mundialmente reconhecido, **de exploração justa dos mares**.

VII. A Convenção AGTC/OMC

1. O AGCT/OMC como sistema de comércio multilateral

Enquanto a Convenção sobre o Direito do Mar se ocupa das relações jurídicas da zona marítima, o chamado **Acordo AGTC** (ou

Acordo GATT — *General Agreement on Tariffs and Trade*) está levando em consideração os resultados do chamado **Uruguay-Round**, de 15 de abril de 1994 (Acordo AGCT/OMC), orientado para o desenvolvimento de um **sistema de comércio multilateral** integrado, capaz de funcionar e que seja duradouro⁴². Esta conclusão do *Uruguay-Round* é vista como um passo importante no sentido de uma **ordem econômica mundial** liberal assente na repartição internacional do trabalho e na segurança jurídica. Simultaneamente, os Acordos OMC representam um salto quantitativo no sentido de uma **ordem geral da economia mundial ou de uma Constituição do Comércio Mundial**. Na verdade, os Acordos OMC oferecem oportunidades para a constituição de um sistema econômico mundial universalmente aceita⁴³ e, assim, para o estabelecimento de normas previsíveis e que sirvam à segurança jurídica.

2. Para o desenvolvimento político-jurídico do direito da OMC

De forma correspondente, o Tratado da OMC constitui apenas o acesso da Comunidade de Estados a um amplo direito econômico mundial que abarque todas as liberdades de circulação. No entanto, os esforços no sentido de um mais amplo desenvolvimento da OMC são, por um lado, dificultados pelo fato de numerosos Estados-membros da OMC não quererem abrir determinados mercados — como, por exemplo, os mercados agrícolas. Por outro lado, nos *rounds* de comércio mundial devem ser reforçadamente ponderados e equilibrados os **aspectos ambientais e sociais** tendo em vista os fins da liberalização e da regulação.

Exemplos: Excepcionalmente, os Estados em vias de desenvolvimento podem violar a lei relativa à proteção das patentes dos medicamentos originais mais caros (*TRIPS-Patent*), a fim de eles próprios produzirem ou comprarem medicamentos para a luta contra a Aids ou outras epidemias⁴⁴.

O “progresso por arrasto” das rondas de negociação da OMC conduzem, na prática, à multiplicação dos acordos regionais e bilaterais, que no entanto não devem ir contra os fins da OMC.

3. Os princípios-AGTC/OMC

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (AGTC — *General Agreement on Tariffs and Trade* — GATT), também designado de “Magna Carta” do comércio mundial, funciona, desde 1947, como substituto de um acordo de comércio mundial. O Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio baseia-se, nos termos do n. 3 do seu Preâmbulo, no princípio das negociações com base na **reciprocidade** e na **utilidade para ambas as partes** (a chamada **reciprocidade** — ver *supra* § 16 III 2)⁴⁵. Numa análise jurídico-sistemática e teleológica desta diretiva de direito constitucional econômico, podemos extrair do Acordo os seguintes princípios estruturais:

- **cláusula do tratamento mais favorável** (art. I do AGTC)⁴⁶;
- **tratamento nacional no tocante a tributação e a regulamentação internas, proibição de proteccionismo** (art. III do AGTC)⁴⁷;
- **aplicação não discriminatória das restrições quantitativas** (art. XIII do AGTC).
- Para a realização eficaz destes princípios estatísticos, e especialmente para a melhoria do acesso ao mercado e para o reforço da concorrência, existem normas:
 - sobre a livre circulação de mercadorias (art. V do AGTC);
 - sobre as subvenções e o *dumping* (art. VI e XVI e seg. do AGTC);
 - sobre o controle do tráfego aduaneiro (art. XV do AGTC);
 - sobre o comércio do Estado (art. XVII do AGTC);
 - sobre a redução das tarifas aduaneiras (art. II do AGTC);
 - sobre as denominações de origem (art. IX do AGTC);
 - sobre a eliminação de limitações quantitativas (arts. VIII e s. do AGTC);
 - sobre a eliminação de obstáculos não tarifários ao comércio (arts. III, VIII, e s. do AGTC)⁴⁸;
 - sobre exigências de uniões aduaneiras e de zonas de livre comércio (art. XXIV do AGTC);

- sobre a resolução de conflitos.

Tal como acontece no direito comunitário, são permitidas, nos termos dos arts. XX e seguintes do AGTC, exceções nacionais aos princípios referidos, quando estas sejam indispensáveis, nomeadamente, para a **proteção da moral pública, da vida e da saúde** e para a proteção de bens culturais nacionais, por razões ecológicas ou por **interesses de segurança**, e não se apresentem como discriminação arbitrária ou injustificada, ou como limitação encoberta ao comércio (ver *supra* § 9 IV)⁴⁹.

Esta liberalização da circulação de mercadorias é entendida como **liberdade de comércio mundial**, peça nuclear e condição essencial de uma futura ordem econômica mundial, tendo por base a economia de mercado. O Tratado OMC obriga os membros à conversão e dirige-se à fiscalização e à imposição de obrigações jurídico-procedimentais de notificação.

4. Acordos gerais e plurilaterais

Para a concretização do Acordo AGTC/OMC foram celebrados os acordos que seguem, devendo-se distinguir entre **acordos gerais e plurilaterais**. Enquanto os acordos gerais possuem a categoria de **acordos de união**, que são plenamente válidos para todos os Estados contratantes (art. II, n. 2, do Acordo OMC — *single package*), os acordos plurilaterais só são vinculativos para os Estados subscritores (art. II, n. 3, do Acordo OMC — o chamado “sistema *à la carte*”)⁵⁰. Trata-se, por conseguinte, de contratos autônomos de direito internacional público entre as respectivas partes contratantes:

- **Acordo geral sobre normas de origem**⁵¹

O acordo radica no reconhecimento de que, para facilitar os fluxos comerciais internacionais, uma economia globalizada necessita de normas mais claras, transparentes e previsíveis, que tenham em vista um tratamento igualitário das mercadorias em geral. As câmaras de comércio e indústria emitem informações sobre a

origem e certificados de origem para as remessas de exportação da CE.

- **Acordo geral sobre barreiras técnicas ao comércio**⁵²

O acordo assenta na experiência segundo a qual as diferentes normas técnicas dificultam o comércio internacional, provocam custos adicionais e se refletem favoravelmente na política comercial. O acordo leva em consideração o crescimento, a nível mundial, das regulações técnicas e obriga, em geral, à aplicação internacional das normas técnicas existentes⁵³. Na sua falta, os Estados-membros da OMC respeitam as obrigações especiais de notificação e de justificação.

- **Acordo Geral de Comércio e Serviços (AGCS)**⁵⁴

O acordo leva em consideração a crescente importância do setor da prestação de serviços. No entanto, este acordo limita-se ao aspecto comercial, com base em listas positivas de Estados e excepciona, nos termos dos arts. I, n. 3b, e XIII do AGCS, o setor do abastecimento público. Trata-se de uma regulação hierarquizada, porque em primeiro lugar só vigoram determinadas obrigações, que podem ser ampliadas através do consentimento dos Estados. Por conseguinte, apenas podemos falar de introdução de um processo de liberalização⁵⁵ que tem em vista a melhoria da segurança jurídica e a redução dos riscos económicos. O art. VII do AGCS regula, entre outras coisas, o reconhecimento de qualificações profissionais estrangeiras, as admissões a profissões, as licenças e as certificações.

- **Acordo Geral sobre Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo AGDPI ou Acordo TRIPs)**⁵⁶

Este acordo assenta na insatisfação em face das até então condições gerais internacionais de proteção da propriedade

intelectual. Ele serve ao fomento e à disponibilização para investir e inovar no comércio internacional, bem como à proteção contra o roubo intelectual e contra a pirataria de marcas. No interesse de uma efetiva imposição jurídica, os serviços do Estado são obrigados a proteger a propriedade intelectual através de medidas adequadas⁵⁷.

Exemplo: Apreensão e destruição na fronteira de mercadorias de marcas falsificadas, com base nos arts. 51.º e 52.º do Acordo AGDPI⁵⁸.

- **Acordo sobre as Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio (Acordo TRIM)**⁵⁹

Este acordo visa facilitar os investimentos diretos internacionais e a eliminação do protecionismo nacional⁶⁰. No entanto, ele limita-se, como o próprio nome já indica, às medidas relativas ao comércio e permite, como tradicionalmente, expropriações.

Exemplo: Proibição de obrigar os investidores a comprar mercadorias do próprio Estado⁶¹.

- **Acordo Geral sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (AGSMC)**⁶²

Este acordo leva em consideração o fato de os subsídios estaduais poderem falsear a concorrência e perturbar o comércio internacional⁶³. O acordo define o conceito de subsídio e faz a distinção entre proibições, subsídios impugnáveis e subsídios permitidos (o chamado *modelo-semáforo*). Este acordo foi convertido, pelo Regulamento dos Subsídios⁶⁴, em direito comunitário.

- **Acordo Geral *Antidumping***

O Acordo *Antidumping* contém normas novas e detalhadas relativamente ao tratamento de medidas de *dumping*. Em geral, o *dumping* consiste na importação de mercadorias por um preço que

se situa abaixo do valor normal. O acordo regula normativamente especialmente o cálculo do *dumping*, o procedimento de adoção e respectiva investigação, a adoção de medidas provisórias, a criação e cobrança de taxas aduaneiras *antidumping*, a duração de vigência e o controle de medidas *antidumping*. Este acordo foi transformado, pelo Regulamento *Antidumping*⁶⁵, em direito comunitário.

- **Acordo Multilateral sobre a Agricultura.**
- **Acordo Geral sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias**⁶⁶.
- **Acordo Geral sobre Produtos Têxteis e Vestuário**⁶⁷.
- **Acordo Geral sobre o Abastecimento Público (GPA)**⁶⁸.

Este Acordo visa a abertura, a nível mundial, do chamado segundo mercado, no sentido de um *go public*, e visa impedir a discriminação dos ofertantes estrangeiros no domínio do abastecimento público. Nos termos do art. 1.º, n. 2, deste Acordo, também está abrangido o setor da prestação de serviços, o qual corresponde, na sua estrutura fundamental, no essencial, ao direito comunitário⁶⁹. Também a Lei-Quadro UNCITRAL relativa a este grupo de problemas é, em larga medida, reprodução do Acordo AGTC/OMC (ver *infra* § 24 IV 2)⁷⁰.

- **Acordo Geral sobre a Resolução de Diferendos (art. III, n. 3, do Acordo OMC)**⁷¹.

VIII. Direito administrativo econômico externo

1. Significado do direito administrativo econômico externo

O direito administrativo econômico externo clássico encontra-se atualmente em profunda crise. Enquanto no passado a regulação das relações da economia externa foi objeto e expressão da regulação típica da soberania estadual, perde-se agora rapidamente a importância do direito administrativo econômico externo nacionalmente

constituído. As causas da desnacionalização do direito administrativo econômico externo são — como foi referido — a crescente globalização do direito econômico mundial, por exemplo, pelas normas do AGCT/OMC (ver *supra* § 16 V), e a integração da Alemanha na Comunidade Europeia (ver *supra* § 9 e § 16 IV). Por conseguinte, o futuro papel do direito administrativo econômico externo reduz-se, no essencial, à complementação, conversão, execução e imposição das respectivas normas, incluindo a aplicação de sanções por violação.

2. Fundamentos jurídicos do direito administrativo econômico externo

O direito administrativo econômico externo da República Federal da Alemanha encontra-se, antes de mais nada, regulado na Lei da Economia Externa (AWG). Esta lei é concretizada pelo Regulamento da Economia Externa (AWVO), bem como por numerosos regulamentos internos da Administração que para tal foram emitidos (circulares de economia externa) e ainda por princípios políticos do Governo federal relativamente à exportação de armas de guerra. Acrescem, por outro lado, regulamentos de competência, listas de importação, listas de exportação e listas dos Estados, como anexos ao § 10 da AWG e do AWVO. A lista de importação enumera todas as mercadorias segundo a sistematização do índice de estatística de mercado externo e qualifica-as consoante estejam dispensadas de licença ou necessitem de licença. A lista dos Estados regula as situações em que há limitações à importação para determinadas mercadorias. A lista de exportação limita-se às mercadorias que necessitam de licença. Trata-se aqui de armas e da lista de mercadorias comuns da CE para bens com duplo fim de aplicação. O Regulamento da Economia Externa (AWVO) tem significativa importância, porque fixa detalhadamente as mercadorias e os serviços que estão sujeitos a limitações. No entanto, as alterações permanentes das respectivas normas prejudicam a segurança jurídica e uma grande quantidade das normas a observar, publicadas por órgãos diferentes, e sobrecarrega sobretudo a economia de grau intermédio.

Por outro lado, são importantes, do ponto de vista da economia externa, a **Lei do Banco Federal**, a **Lei para o Fomento da Estabilidade e do Crescimento da Economia** (*Stabilitätsgesetz — StabG*), a **Lei Aduaneira** (o chamado *domínio tarifário*), a **Lei de Regulação do Mercado** e a **Lei de Estatística do Comércio Externo**.

3. Fins do direito administrativo econômico externo

a. Liberdade econômica externa

O direito administrativo econômico externo é direito constitucional econômico concretizado e imagem reflexa do sistema econômico que é prosseguido. De acordo com a política econômica que é atualmente adotada na Alemanha, a liberdade de circulação da economia externa (livre circulação de mercadorias, livre prestação de serviços, livre circulação de capitais, liberdade de efetuar pagamentos e outras liberdades econômicas⁷²) é, nos termos do § 1.º, n. 1, da Lei de Economia Externa (AWG), o mais alto objetivo do direito administrativo econômico externo alemão. Por um lado, o direito comunitário reforça esta afirmação nuclear, porque ele radica no mercado interno e numa abertura de mercado perante Estados terceiros. Por outro lado, salienta-se na doutrina que o âmbito da liberdade de economia externa garantida pelo direito comunitário seria reduzido, porque, devido à reserva comunitária entendida em termos amplos, impor-se-ia permanentemente o interesse comunitário⁷³. Independentemente desta discussão, a ideia de liberdade econômica externa tem importância jurídica direta na interpretação da lei e das suas normas de execução. Pelo contrário, o direito americano, por exemplo, é marcado pelo princípio da proibição de exportação e do controle de exportação⁷⁴, sendo que numerosos mercados são, em geral, livres. Com a decisão a favor da liberdade econômica externa, o legislador emitiu uma recusa de monopólio estadual de comércio externo e de regulamentação dos câmbios.

b. Responsabilidade de todo o Estado pela economia externa

O princípio da liberdade de economia externa é quebrado por diferentes razões de direito administrativo econômico e de política

econômica, sobretudo devido à responsabilidade geral do Estado neste domínio. Quanto aos motivos, é adequado falar aqui de uma situação intermédia, porque ao direito econômico externo vigente estão sobretudo subjacentes elementos de vigilância econômica, de direção econômica e de fomento da economia (ver *infra* §§ 29 e s.). O elemento da vigilância econômica consiste no interesse da salvaguarda da segurança e da prevenção de perturbação da vida coletiva em paz das populações, bem como das relações externas, através de medidas de prevenção do perigo e de assistência ao perigo. O elemento de orientação econômica consiste no interesse da garantia de um equilíbrio econômico geral e econômico externo e da prevenção de influências prejudiciais provenientes do exterior. O elemento de fomento da economia consiste no interesse de uma regulação das transações econômicas externas baseada na divisão econômica internacional, através de medidas de apoio sob a forma de seguros de crédito à exportação e de garantias à exportação (ver *infra* § 31).

4. Competências no direito administrativo econômico externo

Enquanto a competência legislativa está em larga medida na CE, os Estados-membros são, em geral, competentes para a execução do direito administrativo econômico externo. No entanto, as normas jurídico-comunitárias de procedimento com vista à imposição jurídica uniforme estreitam cada vez mais o espaço de conformação dos Estados-membros. Seja apenas lembrado o instrumento da licença de exportação, em geral, da Comunidade para determinados bens de exportação, que se aplica a toda Comunidade (ver arts. 6.º e s. do Regulamento Comunitário n. 1.334/2000).

Porque o direito administrativo econômico externo é, por força da Constituição alemã, direito federal (ver *supra* §§ 13 e s.), a sua execução está, em geral, subordinada às autoridades federais. Assim, é quebrado o princípio geral da competência dos Estados federados, que se encontra declarado expressamente no § 28.º, n. 1, da Lei do Comércio Externo. Enquanto o Governo federal e o Ministro Federal da Economia e do Trabalho emitem, nos termos dos §§ 27.º e 29.º da

Lei do Comércio Externo, os respectivos regulamentos jurídicos, regulamentos internos da Administração e orientações concretas, a emissão e a recusa de licenças, bem como a inspeção, é função de numerosos serviços referidos, entre outros, no § 28.º da Lei do Comércio Externo, especialmente dos serviços federais de economia e controle da exportação⁷⁵, do Instituto Federal da Agricultura e da Alimentação, bem como do Banco Federal Alemão. O Instituto do Crime Aduaneiro é competente, nos termos do § 39.º da Lei do Comércio Externo, para o combate aos crimes, para abrir embalagens e para fiscalizar as telecomunicações, enquanto a Repartição do Crime Aduaneiro é, por força do § 45.º, n. 2, da Lei do Comércio Externo, competente para recolher dados para fins de economia externa. Pelo contrário, a **Agência Federal de Comércio Externo** é competente para fomentar a economia externa através de informações sobre os mercados estrangeiros (publicações, bancos de dados, informações). O fomento externo da economia é ainda função das câmaras de comércio e indústria, incluindo as câmaras de comércio externo (ver *infra* § 43 V 1), dos serviços de estrangeiros, incluindo as embaixadas e as chamadas Casas da Alemanha situadas no estrangeiro.

5. Reserva de licenciamento e proibições

a. Reserva de licenciamento e procedimento de licenciamento

Não obstante o princípio da liberdade de economia externa, pode, nos termos do § 2.º, n. 1, da Lei do Comércio Externo, ser exigido que os negócios jurídicos e as atuações necessitem, em geral ou sob determinados pressupostos, de uma **licença** ou então sejam proibidos⁷⁶. Impõe-se aqui um modo de observação separado para a importação e para a exportação, porque, por vezes, o princípio da liberdade de economia externa é invertido, como acontece no § 10.º da Lei do Comércio Externo. A licença deve ser emitida sempre que seja de esperar que o fim a que serve a norma limitadora não é posto em risco, ou é posto em risco mas não de forma essencial. Noutros casos, a licença pode, nos termos do § 3.º, n. 1, da Lei do Comércio Externo, ser emitida quando numa ponderação prevalecem os interesses da economia. Enquanto o caso referido em primeiro lugar, devido a uma

interpretação teleológica da norma, consubstancia um **direito** à licença, no segundo caso trata-se de uma **previsão de discricionariedade**, na qual só existe um direito a uma decisão tomada discricionariamente sem erro (ver *infra* § 33 II)⁷⁷. Por conseguinte, a prática de licenciamento também decide sobre a liberdade e a vinculação nas transações econômicas externas. Para facilitar a exportação, as licenças também podem, nos termos do § 1.º, n. 2, da AWWO, surgir como **disposições gerais** (atos gerais). Neste caso, elas são designadas de licenças gerais e não são publicadas nos jornais oficiais da Federação.

A emissão da licença pode ser feita depender da verificação de **pressupostos materiais e pessoais**, especialmente da idoneidade do requerente, e, no caso de licenças quantitativamente limitadas (contingentes), podem ser privilegiados determinados industriais⁷⁸. O controle da idoneidade pode também ter lugar sob a forma da chamada **decisão negativa**, na qual a Repartição Federal de Exportação confirma que uma exportação não necessita de licença. Trata-se aqui, devido ao caráter regulador desta atuação administrativa, de um **ato administrativo de verificação**⁷⁹. Nos termos dos princípios aprovados pelo Governo federal no § 3.º, n. 2, da Lei do Comércio Externo, para a controle da idoneidade deve, no caso de pedidos de licença com base na Lei do Controle de Armas de Guerra ou com base na Lei do Comércio Externo, tratando-se de determinadas exportações (*dual use*), ser indicado um membro da direção do negócio que seja responsável pela realização da exportação (o chamado **responsável pela exportação**)⁸⁰. O responsável pela exportação suporta um elevado risco, porque pode ser responsabilizado no caso de violação do direito penal. Estas regras destinam-se a contribuir para impedir exportações ilegais. As licenças podem, nos termos do § 30.º da Lei do Comércio Externo, ser emitidas acompanhadas de **cláusulas acessórias** e, em geral, não são transmissíveis. A licença, a recusa de pedido de emissão de licença e a revogação de licença necessitam, nos termos do § 30.º, n. 2, da Lei do Comércio Externo, de forma escrita. Em geral, o procedimento administrativo rege-se pela Lei do Procedimento Administrativo. Diferentemente do direito industrial, um

negócio jurídico é, nos termos do § 31.º da Lei do Comércio Externo, **ineficaz** quando é celebrado sem a necessária licença.

b. Limitações gerais e especiais

A Lei do Comércio Externo faz a distinção entre possibilidades de limitação gerais e especiais para determinadas transações econômicas e ramos da economia (§§ 5.º e s. da Lei do Comércio Externo). Assim, devemos ter em consideração a ideia de que há certas razões que podem justificar limitações em todos os domínios de transações de economia externa. As duas possibilidades de limitação são autônomas entre si.

As **possibilidades gerais de limitação** previstas nos §§ 5.º e seguintes da Lei do Comércio Externo permitem a imposição de limitações com vista ao cumprimento de obrigações internacionais, à prevenção de medidas contrárias à concorrência provenientes do exterior, à Proteção da segurança, à prevenção de perturbações da vida coletiva em paz das populações ou à proteção contra a perturbação relevante das relações externas.

Exemplo: O § 7.º da Lei do Comércio Externo constitui o fundamento jurídico material das limitações alemãs à exportação para os chamados Estados de embargo. Desta possibilidade foi feito uso contra diversos Estados, nos termos do §§ 69a e seguintes da AWVO⁸¹. Complementarmente, podem ser decretados embargos com base no § 5.º da Lei do Comércio Externo (ver *supra* § 16 IV 2).

Nos últimos tempos foram restringidas, através de numerosas alterações legislativas e de novos regulamentos, as normas relativas às exportações sensíveis. Assim, deve ser impedida, a par da exportação de armas de guerra, a exportação de *software* e de tecnologia, quando estes sejam adequados à produção de armas (*dual use*). O controle de exportação de bens com duplo fim de aplicação encontra-se entretanto — como foi referido —, em larga medida, harmonizado com o correspondente controle de direito comunitário⁸². Independentemente disso, a Alemanha pode proibir mais do que aquilo que os regulamentos comunitários permitem⁸³. Além disso, a República Federal da Alemanha continua a ser competente, nos termos do art. 296.º, n. 1, letra b) do Tratado da CE, para armas de guerra e material bélico que ainda careçam de uma regulação jurídica uniforme. No

plano europeu existe até agora apenas um **código não vinculativo de conduta para a exportação de armas**. Nesta base, o Governo federal emitiu **princípios políticos para a exportação de armas de guerra e de outro material bélico**⁸⁴, com vista a contribuir para uma maior importância do respeito pelos direitos humanos no país de destino e assegurar o destino final das armas de guerra e demais material bélico.

Estão previstas **possibilidades especiais de limitação** para a circulação de mercadorias, para a prestação de serviços, para a circulação de capitais, e para a circulação de ouro, enquanto à circulação de meios de pagamento e ao trânsito apenas se aplicam as possibilidades gerais de limitação previstas nos §§ 5.º a 7.º da Lei do Comércio Externo. Digna de destaque é aqui a possibilidade de limitação, prevista no § 6a da Lei do Comércio Externo, para a prevenção de efeitos prejudiciais, para a moeda e para os capitais, provenientes de zonas econômicas estrangeiras.

6. Regras de exercício

A par das reservas de licenciamento e das normas de proibição, existem numerosas regras de exercício que regulam o procedimento de negócios jurídicos ou as atuações nas relações econômicas externas, com vista a assegurar um controle das relações econômicas externas. Trata-se aqui, especialmente, de deveres de tolerância, reconhecimento, registro, conservação, inscrição ou informação (§§ 26.º, 27.º, 44.º e 46.º da Lei do Comércio Externo), através dos quais é, entre outros, prosseguido o fim de controle da legalidade dos negócios jurídicos e das condutas.

7. Aplicação de sanções por violação

A violação de normas de economia externa é, nos termos do §§ 33.º e seguintes da Lei do Comércio Externo, punida, criminalmente ou com multa⁸⁵. No interesse de uma aplicação efetiva das sanções, podem, complementarmente, nos termos do § 36.º da Lei do Comércio Externo, ser apreendidos objetos sobre os quais assenta o ato criminal. Nos termos do § 34.º, n. 4, da Lei do Comércio Externo, é punido aquele que violar um **ato jurídico da CE emitido para execução de**

embargos das Nações Unidas, após terem sido publicados no Jornal Oficial da Federação (*BGBI.*) ou no Boletim da Federação (*Bundesanzeiger*)⁸⁶.

Para a execução das normas do AGCT/OMC, os membros são obrigados a prever, no seu direito, procedimentos com vista a tornar possível uma ação eficaz contra as violações e com vista a produzir um efeito dissuasor contra futuras condutas de violação. Neste contexto, o art. 51.º do TRIPs obriga à aprovação de normas nacionais pelas quais as autoridades aduaneiras possam suspender a liberalização de mercadorias de marca contrafeitas e postas a circular. Complementarmente, nos termos do art. 46.º do TRIPs, devem ser conferidos aos tribunais poderes para, por exemplo, ordenar a destruição de mercadorias de marca contrafeitas, sem qualquer indenização⁸⁷. A **apreensão na fronteira** é parte integrante do regulamento comunitário sobre medidas para a proibição de circulação de mercadorias de marca ou reproduções contrafeitas, sendo também um instrumento adequado para impor a proibição de exportação e reimportação deste tipo de mercadorias⁸⁸. Este regulamento é complementado pelas normas nacionais, como, por exemplo, os §§ 146.º e seguintes da Lei das Marcas⁸⁹.

¹ H.-J. Schmidt-Trenz, *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990, p. 167 e s.

² *Vertragsgesetz Seerechtsübereinkommen* de 2-9-1994, *BGBI.* II, p. 1798 e s., e Regulamento de 4-10-1994, *BGBI.* II, p. 2565; cf., mais detalhadamente, Häußler, *JA* 2002, 817 e s.

³ Cf., para a determinação da linha de base, BVerfG, *NVwZ-RR* 1992, 521; Gloria, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 5. ed., § 52 III.

⁴ Resolução de 18-11-1984, *BGBI.* I, p. 1366; Resolução de 11-11-1994, *BGBI.* I, p. 3428.

⁵ Jenisch, *NuR* 2000, 193 e s.

⁶ Czybulka, *NuR* 2001, 367e s.; Lagoni, *NuR* 2002, 121 e s.

⁷ Cf. Randelzhofer, *Jura* 1992, 1 e s.

- [8](#) Cf., mais detalhadamente, D. König, *Jura* 1995, 127 e s.
- [9](#) *Hohe-See-Einbringungsgesetz*, de 25-8-1998, *BGBI. I*, p. 2455; cf. também *BGBI. II* 1998, p. 1346 e s.
- [10](#) OVG Hamburg, *GewArch.* 1992, 424.
- [11](#) Lei de 26-10-1994, *BGBI. I*, p. 3140 e s.; *Schiffsregisterordnung*, atualizado em 26-5-1994, *BGBI. I*, p. 1133 e s.
- [12](#) BVerfG, *NJW* 1995, 233 e s., e ainda Lagoni, *JZ* 1995, 499 e s.
- [13](#) Cf., mais detalhadamente, Maleev, *Internationales Luftrecht*, 1990, p. 47 e s.; Lübben, *Das Recht auf freie Benutzung des Luftraumes*, 1993.
- [14](#) Acordo de 7-12-1944, *BGBI. II* 1956, p. 411 e s.
- [15](#) Cf., mais detalhadamente, Häußler, *JA* 2002, 817, 820 e s.
- [16](#) Cf. Lei de 6-4-2004, *BGBI. II*, p. 458 e s.
- [17](#) Vollmöller, *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2001, p. 8 e s.
- [18](#) Cf., mais detalhadamente, Wolfrum, in: Schmidt (ed.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT* Parte 2, p. 630 e s.
- [19](#) Cf. também Stoll, *ZaöRV* 54 [1994], 241, 321; Terhechte, *JuS* 2004, 1055 e s.
- [20](#) Cf. sobre a evolução Karl, *RIW* 1994, 809 e s. e, para a proteção das instituições de capitais alemães no estrangeiro, Siebelt, *NJW* 1994, 2860 e s.; Häde, *AVR* 1997, 181 e s.
- [21](#) Vollmöller, *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2001, p. 141 e s.
- [22](#) Regulamento de 10-3-2004, *ABl. EG*, n. L 96, 1 e s.; J. Scherer, in: *FS für Zuleeg*, 2005, 456 e s.; idem, *EuZW* 2005, 268 e s.
- [23](#) *BGBI.* 1976 II, p. 1999.
- [24](#) Cf. H. Schneider, *Die gemeinsame Fischereipolitik der Europäischen Gemeinschaften*, 1988, e Regulamento n. 3.074, de 22-12-1995, *ABl.*, n. L 330, de 30-12-1995; *Seefischereigesetz*, *BGBI. I* 1998, p. 1791 e s.
- [25](#) EuGH, *NVwZ* 1996, 365 e s.; Borchmann, *NJW* 2001, 480 e s.; Hobe/Müller-Sartori, *JuS* 2002, 8 e s.
- [26](#) Cf., mais detalhadamente, C. Herrmann, *EuZW* 2001, 269 e s.
- [27](#) Regulamento n. 1.334, de 22-6-2000, *ABl. EG*, n. L 159, 30-6-2000, p. 1 e s.; VGH Kassel, *NVwZ-RR* 2001, 95 e s.; Rieck, *RIW* 1999, 115 e s.; Regulamento n. 1.504, de 19-7-2004, *ABl. EG*, n. L 281, p. 1 e s.
- [28](#) Regulamento n. 2.026, *ABl. EG*, n. L 288, p. 1 e s.; Berrisch/Kamann, *EuZW* 1999, 714 e s.
- [29](#) Cf., mais detalhadamente, Lange, *JZ* 1996, 443, 445.
- [30](#) *EuGHE* 2002, 9855 n.m. 126; Montag, *NJW* 2003, 2712 e s.
- [31](#) Ott, *EuZW* 2000, 293 e s.; Speer, *DÖV* 2001, 981 e s.; Schladebach, *LKV* 2004, 10 e s.

- [32](#) Streit, *NJW* 1994, 555 e s.; Breuss, *WiSt.* 1994, 2 e s.; Friedrich, *DB* 1994, 313 e s.
- [33](#) Cf. *Bekanntmachung* de 16-12-1993, *BGBl.* I, p. 2436.
- [34](#) *BT-Ds.* 12/1618, p. 216.
- [35](#) Schladebach, *LKV* 2004, 10 e s.
- [36](#) *BGBl.* II 1997, p. 268 e s.; *BGBl.* II 1997, p. 846 e s.
- [37](#) Cf., para maiores detalhes, Meub, *EuZW* 1993, 532 e s.; Terhechte, *JuS* 2004, 959, 965 e s.
- [38](#) K. W. Chang, *Die Vergemeinschaftung des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 2005, 28 e s.
- [39](#) Wehner, *Der MERCOSUR*, 1999; Terhechte, *JuS* 2004, 959, 964; Schmidt, *EuZW* 2005, 139.
- [40](#) Vollmöller, *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2001; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001.
- [41](#) Cf., mais detalhadamente, Sack, *EuZW* 1994, 673; Berenbrok/Nussbaum, *RIW* 1994, 910 e s.; Behrens, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 6.
- [42](#) Cf. *G zu dem Übereinkommen v. 15-4-1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation*, *BGBl.* II, p. 1438, 1625; Jansen, *EuZW* 1994, 65 e 87 e s.; K. Ipsen/Halter, *RIW* 1994, 717 e s.; Gloria, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 5. ed., § 44 V; *BT-Ds.* 12/7655.
- [43](#) Oppermann, *RIW* 1995, 919 e s.; Epping, *Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998, p. 600; cético, Hilf/Oeter, in: idem (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 37.
- [44](#) *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, de 14-11-2001; Ohlhoff, *EuZW* 2002, 549, 558.
- [45](#) Cf. também Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995, p. 85 e s.; Brösskamp, *Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT*, 1990.
- [46](#) Cf., mais detalhadamente, Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht* 2003, § 11.
- [47](#) Ohlhoff, *EuZW* 2002, 549 e s.
- [48](#) Tietje, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung*, 1998.
- [49](#) Cf., para maiores detalhes, Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 12 C.
- [50](#) Oppermann, *RIW* 1995, 919, 922.
- [51](#) Streinz, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 17.
- [52](#) *Agreement on Technical Barriers to Trade*; Tietje, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 273 e s.
- [53](#) Ludl, *RIW* 1996, 193 e s.; Wiemer, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr im GATT/WTO*, 2001, p. 185 e s.

[54](#) *General Agreement on Trade in Services — GATS*, BGBl. II 1994, p. 1643 e s.; cf., mais detalhadamente, Barth, *EuZW* 1994, 455 e s.; Koehler, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen*, 1999; Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 18; Stoll/Schorkopf, *WTO*, 2002, 184 e s.; C. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 495 e s.; Michaelis e Hernekamp, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, §§ 22 e s.

[55](#) Barth, *EuZW* 1994, 455, 459; Oppermann, *RIW* 1995, 919, 923.

[56](#) *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights — TRIPS*; BGBl. II, 1994, p. 1730; cf., mais detalhadamente, Hermes, *TRIPS im Gemeinschaftsrecht*, 2002; Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 19, Stoll/Raible, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 565 e s.; Stoll/Schorkopf, *WTO*, 2002, p. 203 e s.; Michaelis/Bender, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 24.

[57](#) Cf., mais detalhadamente, Oppermann, *RIW* 1995, 919, 923; Bork, *NJW* 1997, 1665 e s.

[58](#) Ahrens, *RIW* 1996, 727; Stober, *ZRP* 2002, 298 e s.

[59](#) *Agreement on Trade Related Investment Measures*; cf., para maiores detalhes, Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 17; Stoll, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 327 e s.

[60](#) Cf. *BT-Ds.* 12/7655, p. 335, 351; Michaelis, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 14.

[61](#) *Local content requirement*; cf., mais detalhadamente, Stoll, *ZaöRV* 54 (1994), 241, 304 e s.

[62](#) *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures — ASCM*; cf., mais detalhadamente, C. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 429 e s.; Bender, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 12.

[63](#) Oppermann, *RIW* 1995, 919, 923.

[64](#) Regulamento de 22-12-1994, ABl. L, n. 349, p. 22 e s., de 31-12-1994; C. Pitschas, *RIW* 2001, 205 e s.

[65](#) Regulamento de 22-12-1994, ABl. L, n. 349, p. 1 e s., de 31-12-1994.

[66](#) Cf., mais detalhadamente, Hilf/Eggers, *EuZW* 1997, 559 e s.; Eggers, *EuZW* 1998, 147 e s.; Wiemer, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr im GATT/WTO* 2001, p. 75 e s.; Gehring/Jessen, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 21.

[67](#) Reimpressão in: ABl. EG 1994, n. L 336, p. 22 e s.

[68](#) *Government Procurement Agreement — GPA*; reimpressão in: ABl. EG, n. C 256, de 3-9-1996, p. 1 e s.; Cf., para maiores detalhes, Dörr, *EuZW* 1997, 40, e Boesen, *EuZW* 1997, 41 e s.; E. Waller, *Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens*, 1998; Kunnert, *WTO-Vergaberecht*, 1998; Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 21; Prieß, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 621 e s.; Götttsche, in: Hilf/Oeter (ed.), *WTO-Recht*, 2005, § 25.

[69](#) Dörr, *EuZW* 1997, 37, 41.

[70](#) E. Waller, *Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens*, 1998, p. 121; Adolphsen, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die Beschaffung von Gütern, Bau- und Dienstleistungen*, 1996.

[71](#) Cf., mais detalhadamente, Stoll/Schorkopf, *WTO*, 2002, p. 145 e s.; Ohlhoff, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 677 e s.

[72](#) Cf., mais detalhadamente, Epping, *Die Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998, p.10 e s.

[73](#) Epping, *Die Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998, p. 595; cf. também Oppermann, *Europarecht*, 2. ed., 1999, § 27 I 1.

[74](#) Hölscher, *Die Reform des US-Exportkontrollrechts*, 1998.

[75](#) Cf., mais detalhadamente, Brosch, in: *LdRW* e idem, in: Stober, *Gewerberecht*, p. 87 e s.

[76](#) Cf., mais detalhadamente, Krakowka, in: Bieneck (ed.), *Handbuch des Außenwirtschaftsrechts*, 1998, p. 332 e s.; Simma/Khan, “Verwaltungshandeln im Außenwirtschaftsbereich”, in: *FS für Fikentscher*, 1998, p. 1006.

[77](#) Von Fürstenwerth, *Ermessensentscheidungen im Außenwirtschaftsrecht*, 1985.

[78](#) Rummer, *NJW* 1988, 225.

[79](#) VGH Kassel, *NVwZ* 2000, 586; Monreal/Runte, *GewArch.* 2000, 142, 148.

[80](#) Hucko/Wagner, *Außenwirtschaftsrecht*, 8. ed., 2001, p. 346 e s.; Pottmeyer, *Der Ausfuhrverantwortliche*, 2. ed., 2001.

[81](#) VGH Kassel, *NVwZ* 2000, 586, e *NVwZ-RR* 2001, 95.

[82](#) Monreal/Runte, *GewArch.* 2000, 142 e s.; Regulamento n. 1.504, de 19-7-2004, ABl. EG, n. L 281, p. 1 e s.

[83](#) Arts. 4.º, n. 5, e 5.º do Regulamento n. 1.334/2000; Hucko, *DB* 1995, 513 e s.

[84](#) Europa-Report, *EuZW* 1998, 418 e 706 e s., bem como 1999, 130; Grundsätze na versão de 19-1-2000; Banz, 28-1-2000, n. 19, p. 1299; reimpresso in: Hucko/Wagner, *Außenwirtschaftsrecht*, 8. ed., 2001, p. 337 e s.

[85](#) Cf., mais detalhadamente, Bieneck, in: idem, *Handbuch des Außenwirtschaftsrechts*, 1998, p. 548 e s.

[86](#) BGH, *NJW* 1995, 2174; *NJW* 1996, 602; *NJW* 1996, 1355, e *NJW* 2002, 1357.

[87](#) *BGBL.* II 1994, p. 1742 e s.; cf., para maiores detalhes, Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 19 C 7.

[88](#) Regulamento de 22-12-1994; cf., mais detalhadamente, Ahrens, *RIW* 1996, 727 e s. e Regulamento de 22-7-2003, ABl. EG, n. L 196, 7 e s.; Regulamento de 21-10-2004, ABl. EG, n. L 328, 16 e s.

[89](#) Cf., mais detalhadamente, Ahrens, *BB* 1997, 902 e s.

CAPÍTULO QUINTO

Proteção jurídico-fundamental da atividade econômica privada

§ 17. SIGNIFICADO ECONÔMICO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I. O *status oeconomicus* como expressão da ordem jurídica orientada pela economia de mercado

Os princípios constitucionais, as competências constitucionais e os âmbitos de vigência do direito administrativo econômico esclareceram, em primeiro lugar, os pontos de vista jurídico-comunitário e jurídico-estadual. Estes princípios vinculam e legitimam os órgãos da Comunidade e os órgãos dos Estados. Eles são expressão da **responsabilidade do Estado pela economia** e da função de serviço da Administração econômica. No entanto, estas afirmações orientadas ao Estado apenas dão uma informação rudimentar sobre o *status* econômico dos **sujeitos econômicos** privados na organização do empresário e do consumidor (ver *supra* § 2 I 5). Quanto mais aberta é a Constituição econômica (ver *supra* § 5 I) e quanto mais gerais são as afirmações economicamente relevantes do direito comunitário e do direito estadual, tanto mais dependem do processamento dos **direitos fundamentais econômicos** que garantem **posições jurídicas subjetivas** ao cidadão econômico concreto na ordem econômica de economia de mercado.

Os direitos fundamentais econômicos decidem sobre a amplitude da autorresponsabilidade econômica e especialmente sobre se e em que medida a vida econômica é influenciada pelo mercado ou por normas de direito econômico. Porque o Estado não é competente para tomar todas as decisões, os direitos fundamentais econômicos são expressão marcante da responsabilidade do Estado, no sentido de uma divisão econômica do trabalho entre os participantes econômicos públicos e privados (ver *supra* § 2 I 5). Os direitos fundamentais econômicos são, como *status oeconomicus*, simultaneamente, limites à liberdade de desenvolvimento privada, porque eles permitem o estabelecimento de

limites sociais, ecológicos, de economia geral e outros limites no abuso de mercado e no mau funcionamento do mercado¹.

II. Para a relevância econômica dos direitos fundamentais

Considerando o referido significado fundamental dos direitos fundamentais econômicos para a vida econômica, para a economia em geral e para o desenvolvimento dos sujeitos econômicos em concreto, são de relevante significado especialmente os arts. 2.º, 3.º, 5.º, 9.º, 12.º, 13.º e 14.º da Lei Fundamental, aos quais se limitam a exposição que segue. No entanto, esta enumeração não pode se desviar do fato de, em princípio, todo o direito fundamental ser potencial e economicamente relevante. As práticas constitucional, jurisprudencial e econômica reforçam estas afirmações. É que existem decisões de direito administrativo econômico para quase todos os direitos fundamentais.

- **Liberdade de religião** e atividade econômica², bem como publicidade econômica religiosa³.
- **Liberdade artística** e realização de concertos musicais de caráter comercial⁴, ou realização de espetáculos de dança⁵.
- **Liberdade de reunião** e organização de “cortejos de amor” (*love parades*) de caráter comercial⁶.

Um papel importante na estrutura dos direitos fundamentais econômicos ostenta o direito fundamental da **dignidade humana**, consagrado no art. 1.º, n. 1, da Lei Fundamental, na qual assenta toda a ordem econômica concebida de forma livre. Porque a dignidade humana pressupõe a existência econômica, também o desenvolvimento econômico está previsto no art. 1.º, n. 1, da Lei Fundamental. De forma correspondente, a atividade econômica geral tem de ter em vista — como acontece no art. 151.º, n. 1, da BayLV — “especialmente a garantia de uma existência humanamente digna para todos”. Por conseguinte, a dignidade humana coloca limites claros ao desenvolvimento econômico, a fim de receber a sua substância nuclear.

Exemplos: Proibição do comércio de seres humanos, nos termos do art. 5.º, n. 3, da Carta de Direitos Fundamentais da UE; proibição de venda de órgãos

humanos, nos termos do art. 3.º, n. 2, da Carta de Direitos Fundamentais da UE; proteção contra exploração de caráter comercial⁷; proibição de constituição de patentes de corpo humano⁸; proteção contra publicidade degradante⁹. Não é clara a questão de saber se são lícitos os jogos de *Laserdrome* ou o jogo de *Paintball*¹⁰.

III. Para a relevância econômica de declarações jurídico-fundamentais gerais

1. Conteúdo jurídico-subjetivo econômico dos direitos fundamentais

No âmbito do direito constitucional econômico, os direitos fundamentais devem ser problematizados em duas direções. Por um lado, questiona-se se as afirmações gerais válidas para todos os direitos fundamentais são aplicáveis à atividade econômica. Por outro lado, devemos atender ao conteúdo econômico concreto dos diferentes direitos fundamentais (ver *infra* §§ 18 e s.). Adquirem importância econômica as seguintes manifestações jurídico-fundamentais gerais, que são primeiramente desenvolvidas do ponto de vista jurídico-subjetivo.

a. Aplicação dos direitos fundamentais econômicos às pessoas coletivas e às sociedades de pessoas

Em geral, subjaz à Lei Fundamental e ao Tratado da CE a ideia de que também é digna de proteção a atuação econômica de Comunidades. De forma especial, ela está, precisamente como as pessoas físicas, exposta a situações de perigo típicas dos direitos fundamentais, de forma que exige uma ampla proteção jurídico-fundamental.

Exemplo: Proteção da comunicação empresarial pelo art. 10.º da Lei Fundamental¹¹.

A questão de saber se e em que medida as pessoas coletivas gozam de proteção jurídico-fundamental depende da característica dos direitos fundamentais reivindicados¹². Por vezes, a Constituição reconhece os chamados **direitos fundamentais coletivos**, que só podem ser exercidos em comunidade. Por isso, também as **sociedades de pessoas**

gozam de direitos fundamentais¹³. De resto, não é possível, nas condições da economia pós-industrial, uma atividade empresarial sem a concentração de capital supraindividual¹⁴. Com razão constata o Tribunal Constitucional Federal¹⁵ que as grandes empresas e os consórcios de empresas são elementos essenciais de uma economia altamente desenvolvida e capaz de funcionar. Isto é válido, por maioria de razão, para uma economia inter-regional e de orientação global, que é marcada pelas empresas multinacionais. No entanto, o elemento pessoal não pode recuar até à ausência de significado¹⁶. Não é clara a questão de saber se e em que medida as **peças coletivas de direito público** podem ser titulares de direitos fundamentais¹⁷.

b. Direitos fundamentais econômicos como direitos de defesa contra o Estado

A posição dos direitos fundamentais econômicos como direitos de defesa contra a influência da economia é caracterizada de *status libertatis*. Este *status* assinala a distância entre o Estado, as empresas e os consumidores nos assuntos econômicos, que marca o entendimento jurídico-fundamental tradicional.

c. Vinculação aos direitos fundamentais da Administração Pública quando atua segundo o direito privado

Trata-se aqui da questão de saber se e em que medida a Administração Pública, no seu papel de **concessionária** e de **consumidora** de bens e serviços, de **empresária**, de produtora de bens e serviços, e de **ente da Administração**, tem de observar os direitos fundamentais quando prossegue as suas funções no âmbito do direito privado (ver *infra* § 24). A questão é controversa¹⁸ e não pode ser respondida de forma unitária.

A proposta de solução deve ser extraída do art. 1º, n. 3, da Lei Fundamental. Nos termos deste artigo, os direitos fundamentais vinculam, nomeadamente, o Poder Executivo como direito de aplicação direta. Este texto normativo deve ser entendido, segundo parece, em termos amplos, uma vez que o Poder Executivo tem de estar vinculado, independentemente da forma de atuação. No entanto,

se tivermos presente, pelo contrário, o fim do art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental, chegaremos a uma perspectiva diferente.

O art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental também assenta na ideia de que o Estado não pode se libertar da vinculação aos direitos fundamentais quando ele prossegue uma função pública e estadual sob formas do direito privado. Se não fosse assim, poderia ser contornado, pela aplicação do instituto de direito privado, o princípio consagrado no art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental (a chamada **fuga para o direito privado**¹⁹). Daqui se vê que as autoridades de administração econômica não podem se furtar às vinculações jurídico-fundamentais, quando na prossecução de funções de administração econômica se servem de formas e de meios de direito privado (o chamado **direito privado da Administração**), em vez das formas de direito público. Neste domínio vigoram os direitos fundamentais em toda a sua plenitude²⁰. Pelo desvio para as formas de direito privado, a Administração econômica também não se pode furtar, devido ao primado de aplicação, às obrigações de direito comunitário (ver *supra* § 9 III).

Exemplos: Prossecução de funções de atribuição de subsídios (ver *infra* § 31) através de uma sociedade de capitais da Administração Pública²¹. Fornecimento de crédito à economia local através de caixas econômicas de direito público²².

É duvidosa a questão de saber em que medida a Administração Pública está vinculada aos direitos fundamentais quando atua perante pessoas privadas no domínio da produção, criação, distribuição e investimento (negócios auxiliares privados). Por um lado, verifica-se uma reserva contra a aplicação dos direitos fundamentais, porque aqui a Administração apenas se comporta como qualquer pessoa privada que produz bens materiais e presta serviços. Por outro lado, não podemos desconhecer que a produção é de relevante importância quantitativa e que a economia pode ser em larga medida qualitativamente orientada pelo Estado e pela Administração estadual indireta. Há sempre o perigo de, por exemplo na celebração de contratos, o princípio da igualdade ser violado ou arbitrariamente tratado. Mas isto iria contra os fins do art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental, que garante uma proteção quanto possível eficaz dos

direitos fundamentais²³. No entanto, a controvérsia jurídico-constitucional é enfraquecida por normas jurídico-comunitárias da concessão, bem como por normas legais especiais, nos §§ 97.º e seguintes do GWB e do Regulamento de Concessão (ver *infra* § 24), normas que exigem a observância do **princípio da igualdade** e garantem **proteção jurídica**²⁴. No entanto, estas normas não são aplicáveis enquanto não forem alcançados determinados valores-limite (ver *infra* § 37). Por outro lado, argumenta-se que a cláusula de vinculação do art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental não faz distinção com base nas formas de atuação²⁵.

A vinculação da atividade econômica lucrativa da Administração Pública aos direitos fundamentais depende, em primeiro lugar, da questão jurídico-constitucional de saber se o Estado e os Municípios atuam em geral de forma econômico-lucrativa e, assim, se participam como qualquer pessoa no mercado e podem visar à obtenção de lucro (ver *infra* § 24). Se aceitarmos a legitimidade de princípio da atividade econômico-lucrativa da Administração Pública, então devemos começar por referir que uma opinião recusa a vinculação aos direitos fundamentais neste domínio. Pelo contrário, por um lado, devem ser aqui suscitadas reservas, considerando a posição de poder do Estado e dos Municípios. Por outro lado, a Administração Pública está subordinada, na atividade de produção econômica, a um direito especial que não limita eficazmente o alargamento sem restrições a este setor (ver *infra* § 33 I 2) e, por isso, não torna dispensável uma recondução aos direitos fundamentais. De forma correspondente, é aceite uma **vinculação, umas vezes direta e outras vezes indireta, aos direitos fundamentais**, no sentido de que não pode haver decisões arbitrárias²⁶.

d. Efeito para terceiros dos direitos fundamentais

O efeito direto dos direitos fundamentais em face dos sujeitos econômicos privados apenas se encontra estabelecido no art. 9.º, n. 3, frase 2, da Lei Fundamental e nos arts. 81.º e 82.º do Tratado da CE²⁷. Por outro lado, este efeito direto é, devido à aplicação do art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental, duvidoso, porque o direito constitucional e o

direito privado estão em planos diferentes e, por isso, o direito constitucional não pode ser, simultaneamente, o nível mais elevado do direito privado. O reconhecimento deste modo de ver iria alterar a função de Constituição do Estado para Constituição da sociedade e conduziria a uma anulação mútua da liberdade econômica. Por isso, apenas podemos discutir a eventual produção de um **efeito indireto para terceiros**, que seria conferido através das leis e de cláusulas gerais. Em primeiro plano está aqui a proteção contra a discriminação²⁸. Esta solução acentua ainda a **obrigação que recai sobre o Estado de proteger a realização das liberdades** (ver *infra* § 17 III 2)²⁹.

Exemplos: Os donos de restaurantes não podem recusar arbitrariamente a admissão de estrangeiros apenas por razões puramente raciais³⁰. Se uma empregada de vendas traz na cabeça um “lenço islâmico”, deverão ser harmonizados os direitos fundamentais atingidos da trabalhadora e do patrão³¹.

A figura jurídica do efeito indireto para terceiros recebeu, assim, uma nova dimensão pela retirada do Estado e pela privatização da Administração de prestação estadual e municipal (ver *supra* § 3 III), porque se reforçaram os **direitos de acesso** e as **garantias de proteção** contra os privados (ver *infra* § 17 III 2), sendo que o Estado mínimo não pode conduzir a um esvaziamento dos direitos fundamentais.

Exemplo: Observância do sigilo postal e das telecomunicações, no sentido dos §§ 88.º e seguintes do TKG, pelas empresas privadas de telecomunicações³².

e. Outras manifestações jurídico-fundamentais dos direitos subjetivos e dos direitos da economia

- **Os direitos fundamentais econômicos como direitos de participação em serviços do Estado.** Aqui suscita-se a questão de saber se e em que medida os direitos jurídico-constitucionais de prestação são pressuposto indispensável da realização de direitos fundamentais econômicos. No entanto, este *status* opõe-se, em princípio, ao *status* de defesa, na medida em que ele não se baseie apenas na participação na infraestrutura econômica, que deve estar à disposição de qualquer participante econômico (ver *infra* § 26).

Exemplo: A jurisprudência retira da garantia do direito à criação de escolas privadas um direito às ajudas financeiras do Estado³³.

- **Os direitos fundamentais econômicos como direitos de participação na Administração autônoma do Estado organizada economicamente.** Esta temática diz respeito à atribuição do direito ativo e passivo de eleição para membro de câmaras de direito público, com vista à legitimação dos órgãos da Administração autônoma.
- **A proteção dos direitos fundamentais econômicos através de uma conformação efetiva do procedimento.** A existência e a salvaguarda do procedimento de direito administrativo econômico é o irmão gêmeo da liberdade econômica e da igualdade jurídica. Por isso, a Proteção dos direitos fundamentais econômicos também deve ser realizada pela conformação do procedimento. Os direitos de procedimento são pressuposto da prossecução e da imposição dos direitos fundamentais econômicos.

Exemplos: Conformação do procedimento nos exames relativos às profissões³⁴; mais célere andamento do procedimento de licenciamento; direito a ser informado na fase preparatória de um procedimento administrativo³⁵; escolha adequada de um administrador de insolvência³⁶.

2. Conteúdo econômico jurídico-objetivo dos direitos fundamentais

Em oposição aos conteúdos jurídico-subjetivos, os conteúdos jurídico-objetivos orientam-se apenas ao Estado e à Administração autônoma e obrigam a uma conduta determinada. Assim, entende-se que a legislação econômica e que a Administração econômica se posicionam de forma protetora e promotora em face das garantias jurídico-fundamentais referidas na Constituição. Os deveres de proteção devem evitar perigos para os direitos fundamentais e tornar efetivos os direitos fundamentais³⁷. Por isso, elas estão vinculadas a uma medida mínima de proteção, que não pode ser ultrapassada (a chamada “**proibição de ficar aquém**”). No cumprimento, o legislador

e a Administração dispõem de um amplo espaço de estimativa, de avaliação e de conformação. Mas o fim de proteção não pode ser confundido com os deveres de proteção³⁸.

Exemplo: A liberalização, sem quaisquer limites, do trabalho noturno violaria, devido ao seu prejuízo comprovado para a saúde humana, o conteúdo objetivo do art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental³⁹.

Um subcaso das obrigações de proteção é constituído pelas **obrigações de proteção da garantia**. Estas visam assegurar, como expressão da **Administração de garantia** e da **responsabilidade de garantia** do Estado, um mínimo em matéria de disponibilização de abastecimento básico ou de infraestrutura e salvaguardar o *standard* jurídico-fundamental dos direitos de defesa. Estas obrigações ganham importância sobretudo devido à crescente **privatização da prestação de serviços públicos**, à estruturação concorrencial a esta ligada e à **cooperação com os privados**. É que estas formas de decisão esvaziam a proteção jurídico-fundamental clássica, porque são suprimidos a responsabilidade pelo cumprimento do Estado e o destinatário estadual⁴⁰. Como compensação, o instituto da **obrigação de garantia** exige regulações e controles, no sentido de um direito de efeito privatizador, que no seu resultado produz um efeito jurídico-fundamental indireto para terceiros (ver *supra* § 17 III 1)⁴¹. Nesta ordem de ideias, desempenham **um papel-chave os direitos de acesso** (*access*) e uma nova concepção da proteção de defesa dos direitos fundamentais⁴².

Exemplos: **Direito de acesso indiscriminado à rede**, nos termos dos arts. 29.º e 36.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE; §§ 20.º e 36.º do EnWG; §§ 16.º e seguintes do TKG; § 19c do LuftVG; § 14.º do AEG⁴³; **direito ao respeito pelo sigilo do correio e das telecomunicações**, bem como **direito ao respeito pela proteção de dados pessoais**, nos termos do § 39.º do PostG e dos §§ 88.º e seguintes do TKG⁴⁴.

Independentemente das obrigações de proteção, os direitos fundamentais económicos são entendidos como decisão objetiva de valor, como prova da garantia institucional e como critério de

interpretação⁴⁵. Com isto é declarada a função dos direitos fundamentais como princípios de ordenação.

Exemplos: Garantia de propriedade, liberdade sindical, liberdade de imprensa (ver *infra* §§ 19 e s.).

IV. Direitos fundamentais econômicos e direito comunitário

Devido à integração da ordem jurídica econômica no direito comunitário, os direitos fundamentais também devem ser analisados nesta perspectiva. Já foi referido, quando da análise da Constituição econômica (ver *supra* § 5 II e § 9), que o direito comunitário não contém uma lista expressa de direitos fundamentais, embora a comunidade de direitos fundamentais seja um fim importante da integração⁴⁶. É certo que o art. 18.º, n. 1, do Tratado da CE garante a qualquer cidadão da União **liberdade de deslocação** (ver *infra* § 21 V). No entanto, o conteúdo econômico deste preceito é duvidoso. De resto, os direitos fundamentais econômicos apenas são referidos indiretamente. Seja qui lembrada a **proibição de discriminação** prevista no art. 12.º do Tratado da CE⁴⁷, que é interpretada como garantia equiparada a um direito fundamental ou a obrigação de proteção de **sigilo negocial** prevista no art. 287.º do Tratado da CE⁴⁸.

A **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, publicada no ano 2000, não alterou esta situação jurídica de início. É que não é nem parte integrante dos tratados de direito comunitário, nem confere aos cidadãos da UE direitos subjetivos exequíveis. Embora a Carta contenha uma lista detalhada de direitos fundamentais, ela só se aplica, nos termos do art. 51.º, n. 1, aos órgãos e às instituições da União e, quanto aos Estados-membros, exclusivamente na execução do direito da União. Isto significa que a Carta pode ser invocada como auxiliar de argumentação. Para além disso, trata-se de uma declaração juridicamente não vinculativa⁴⁹. A mais-valia da Carta consiste no fato de, desta forma, pela primeira vez, terem sido reunidos num único texto direitos que até agora estavam dispersos em diferentes complexos de normas e que devem ser considerados como o *acquis* europeu comum no domínio dos direitos fundamentais. De resto, o

conteúdo de direito constitucional econômico da Carta corresponde às garantias tradicionais de liberdade.

É certo que é expressamente referida, no art. 16.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE, a **liberdade empresarial**. Mas ela não é mais detalhadamente desenvolvida, sendo, por conseguinte, remetida para as normas e costumes dos diferentes Estados-membros⁵⁰. Como resulta dos esclarecimentos do “*Präsidium do Konvent*”, esta liberdade deve ser dirigida ao exercício de uma atividade econômica ou negocial e deve compreender a liberdade contratual e a liberdade de concorrência. Tanto o texto como a remissão sistemática para outras fontes de direito apontam no sentido de que este direito de liberdade é menos abrangente que, por exemplo, a liberdade de profissão, prevista no art. 15.º da Carta de Direitos Humanos da UE⁵¹.

De forma idêntica se passam as coisas com as **liberdades de circulação**, reunidas no art. 14.º, n. 2, do Tratado da CE, que se dirigem diretamente aos Estados-membros e aos órgãos da Comunidade Europeia. Com efeito, o Tribunal das Comunidades reconhece a estas liberdades de circulação efeitos idênticos aos direitos fundamentais e reconhece um efeito para terceiros também em face dos privados (ver *supra* § 17 III 1d)⁵².

Exemplo: No caso *Bosman*, o Tribunal da Comunidade concluiu, relativamente ao art. 39.º do Tratado da CE, que os nacionais dos Estados-membros têm especialmente o direito, diretamente decorrente do Tratado, de deixar o seu país de origem e de se mudar para o território de outro Estado-membro, a fim de exercer de uma atividade econômica e de ali permanecer (“direito fundamental à livre circulação”)⁵³.

Por conseguinte, também os cidadãos alemães podem exigir da Administração econômica a observância destas garantias, desde que a situação de fato produza efeitos para além das fronteiras (ver *supra* § 9 IV 1).

Independentemente disso, os direitos fundamentais dos Estados-membros fazem parte, segundo jurisprudência uniforme do Tribunal da Comunidade, dos princípios jurídicos gerais que ele tem de salvaguardar⁵⁴. Por isso, o art. 6.º, n. 2, do Tratado da UE deixa claro, no quadro de uma afirmação geral, que a União respeita os direitos

fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CESDHLF — CEDH) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário⁵⁵.

V. Direitos fundamentais econômicos e direito internacional econômico

A proteção jurídico-fundamental da atividade econômica não se limita às garantias constitucionais e jurídico-comunitárias. Considerando as interdependências da economia internacional, verifica-se, além disso, uma crescente necessidade de **proteção internacional das liberdades econômicas**. Em todo caso, a concepção tradicional do direito internacional público não entende o cidadão econômico em concreto como sujeito de direito internacional público, mas garante-lhe, se necessário, proteção internacional indireta⁵⁶. Assim, diz-se, por exemplo nos arts. 1.º e seguintes do TRIPs, que os Estados contratantes têm de atribuir direitos subjetivos⁵⁷. Independentemente disso, estabeleceram-se entretanto determinadas posições jurídico-fundamentais — como a Proteção da propriedade intelectual ou a proibição de discriminação — como valores jurídicos geralmente aceites⁵⁸, como preveem, por exemplo, o art. III do GATT e o art. I do GATS. Por outro lado, não se pode pôr em causa que o Acordo OMC queira, no seu núcleo, proteger interesses individuais⁵⁹. Constitui uma função central do futuro direito administrativo econômico que as garantias econômicas internacionais possam ser individualmente conformadas e impostas pelo direito comunitário e pelos Estados-membros.

¹ BVerfG, *NJW* 1994, 2749.

[2](#) BVerwGE 90, 112, para a prossecução do fim econômico do chamado *BhagwanSekte*; BVerwGE 99, 1 e s. e 112, 227 e s., bem como BVerfGE 104, 337 e s. para a proibição da degolação segundo o rito judaico; BVerwG, NVwZ 1995, 473 para a *Scientology Church* e ainda Müller-Volbehr, *JuS* 1997, 223 e s.; BVerwG, NJW 1998, 1166; BAG, NJW 2003, 1685, e BVerfG, NJW 2003, 2815, para a vendedora com lenço na cabeça; VGH Kassel, NVwZ 2004, 893, para a venda de carne ao domingo a muçulmanos; Brauser-Jung, “Religionsfreiheit im Gewerberecht”, in: Stober (ed.), *Lexikon des Rechts, Gewerberecht*, 1999, p. 387 e s.; idem, *Religionsgewerbe und Religionsunternehmerfreiheit*, 2002.

[3](#) BVerwG, NJW 1999, 805, e BVerfG, NJW 2000, 1326.

[4](#) BVerwG, NJW 1994, 1975.

[5](#) VGH Mannheim, *GewArch.* 2001, 46.

[6](#) BVerfG, NJW 2001, 2459 e s.; OVG Berlin, NJW 2001, 1740; Wiefelspütz, NJW 2002, 274 e s.; Tschentscher, NVwZ 2001, 1243 e s.

[7](#) Cf. VG Neustadt, NVwZ 1993, 98.

[8](#) EuGH, *EuZW* 2001, 691, 695; cf. também Lei de 21-1-2005, BGBl. I, p. 146.

[9](#) BVerfGE 107, 275 e s. (Publicidade Benetton II).

[10](#) BVerwG, *GewArch.* 2002, 154 e s.; VGH Mannheim, *GewArch.* 2004, 327; Gröpl/Brandt, *VerwArch.* 95 [2004], 223, 234.

[11](#) BVerfG, *DVBl.* 2003, 131, 134.

[12](#) BVerfG, NJW 1997, 386.

[13](#) BVerfGE 10, 89, e BVerfG, *DVBl.* 2003, 130, para a Sociedade-BGB.

[14](#) Cf. também BVerfGE 21, 266; BVerwGE 75, 109, 114.

[15](#) BVerfGE 50, 290, 364; HessStGH, *DVBl.* 2001, 802, para a GmbH.

[16](#) BVerfGE 50, 290.

[17](#) Cf. BVerwGE 90, 88 e s.; BVerfG, NJW 1995, 582; para o art. 5.º, n. 1, GG, BVerwG *GewArch.* 1996, 465 e s.

[18](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober 1, § 23 V, com outras referências; Höfling, in: Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. ed., art. 1, n.m. 94 e s.

[19](#) Cf. Fleiner, *Institutionen des Verwaltungsrechts*, 8. ed., 1928, p. 326.

[20](#) BGH, NJW 1992, 171, 173; OGV Münster, NVwZ 2003, 1520, 1522; H. Dreier, in: idem (ed.), *GG-Kommentar* 2, 2. ed., 2004, Art. 1 III, n.m. 68.

[21](#) BGH, *EuZW* 2003, 444, 446, e BGH, NJW 2003, 2451.

[22](#) BGH, *DVBl.* 2003, 942.

[23](#) P. M. Huber, *JZ* 2000, 877; Pünder, *VerwArch.* 95 [2004], 38 e s.; BGH, NJW 2004, 1031.

- [24](#) H. H. Klein, in: Merten/Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, v. I, 2004, § 6 n.m. 48; O. Dörr, *DÖV* 2001, 1014 e s.
- [25](#) *BVerwGE* 113, 208, 211; Puhl, *VVDStRL* 60 [2001], 456, 477; H. Dreier, in: idem (ed.), *GG-Kommentar*, 2. ed., 2004, Art. 1 III, n.m. 65.
- [26](#) BGH, *NJW* 2004, 1031, com outras referências. Cf. também VerfGH Berlin, *DÖV* 2005, 515.
- [27](#) Cf., mais detalhadamente, Steindorff, in: *FS für Lerche* 1993, p. 575 e s.
- [28](#) M. Jestaedt und Britz, *VVDStRL* 64 [2005], 298 e s. e 355 e s.
- [29](#) *BVerfGE* 99, 185, 194 e s.; BGH, *NJW* 1999, 1326.
- [30](#) Cf., mais detalhadamente, Lohse, *NJW* 1985, 1677 e s.; Moltekin, *GewArch.* 1989, 86.
- [31](#) BAG, *NJW* 2003, 1685; BVerfG, *NJW* 2003, 2815.
- [32](#) BVerfG, *DVBl.* 2003, 131 e s.; Lücke, *JZ* 1999, 377e s.; Schnapp/Kaltenborn, *JuS* 2000, 937, 940; Hadamek, *Art. 10 GG und die Privatisierung der Deutschen Bundespost*, 2002.
- [33](#) *BVerwGE* 27, 360; 52, 344.
- [34](#) *BVerfGE* 84, 34, 45.
- [35](#) BVerwG, *GewArch.* 2003, 373.
- [36](#) BVerfG, *NJW* 2004, 2725 e s.
- [37](#) Cf. Wolff/Bachof/Stober 1, § 33 V, com outras referências; H. H. Klein, *DVBl.* 1994, 489 e s.; Kopp, *NJW* 1994, 1753 e s.; *BVerfGE* 88, 203, 251 e s.
- [38](#) *BVerfGE* 89, 276, 286; BVerfG, *NJW* 1998, 2961; e *NJW* 1998, 3264.
- [39](#) *BVerfGE* 85, 191, 213.
- [40](#) Groß, *JZ* 1999, 326 e s.; Hadamek, *Art. 10 GG und die Privatisierung der Deutschen Bundespost*, 2002.
- [41](#) Hoffmann/Riem, *DVBl.* 1999, 657, 663; Kämmerer, *Privatisierung*, 2001, p. 449 e s.
- [42](#) Rifkin, *The Age of Access*, 2000; Kube, *JZ* 2001, 944 e s.; U. Jürgens, *Marktzutrittsregelung elektronischer Informations- und Kommunikationsdienste*, 2005.
- [43](#) Cf., mais detalhadamente, Bechtold/Uhlig, *NJW* 1999, 3526, 3531.
- [44](#) Groß, *JZ* 1999, 326 e s.; Möstl, *Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit*, 1999, p. 186 e s.; BVerfG, *DÖV* 2003, 131 e s.
- [45](#) Cf., mais detalhadamente, Stern, *Staatsrecht* III/1, §§ 68 e s.
- [46](#) Von Bogdandy, *JZ* 2001, 157 e s.
- [47](#) BGH, *EuZW* 1994, 637 e s.
- [48](#) EuGH, *EuZW* 1994, 631, 633; cf., para uma visão geral, Kingreen, *JuS* 2000, 857 e s., Ehlers, *Jura* 2001, 266 e s. e 482 e s.

[49](#) Cf., mais detalhadamente, *BT-DS*. 14/4246, de 10-10-2000; A. Weber, *NJW* 2000, 537 e s.; Tettinger, *NJW* 2001, 1010 e s.; Pernice, *DVBl.* 2000, 847 e s.; *idem*, *EuZW* 2001, 673 e s.

[50](#) Cf., mais detalhadamente, Jarass, *EU-Grundrechte*, 2005, § 21.

[51](#) No mesmo sentido, Schwarze, in: *idem* (ed.), *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, 2001, p. 111; *idem*, *EuZW* 2001, 517 e s.; cf. ainda Bruha/Novak/Petzold, (ed.), *Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, 2004.

[52](#) *EuGHE* 1963, 1, 24 e s.; Ganten, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 2000.

[53](#) *EuGH*, *NJW* 1996, 505 n.m. 95; cf., mais detalhadamente, Gramlich, *DÖV* 1996, 801 e s., e *EuGH*, *EuZW* 2000, 468; cf. ainda Streinz, *EuZW* 2000, 459 e s.; criticamente, J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, 2004.

[54](#) Cf. *EuGH*, *NJW* 1975, 518 e *NJW* 1980, 505; cf. ainda Odenthal, *JA* 1999, 460 e s.; *EuGH*, *EuZW* 1992, 155.

[55](#) Cf., mais detalhadamente, Gersdorf, *AöR* 119 [1994], 400 e s.; Ehlers, in: *idem* (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 13 I 3 e §§ 15 e s.; Grabenwerter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, § 25; *EuGH*, *EuZW* 2004, 753.

[56](#) *BVerfGE* 94, 315, 329; Seidl-Hohenveldern/Stein, *Völkerrecht*, 10. ed., §§ 73 e s.; Wolfrum, in: R. Schmidt (ed.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, *BT* 2, p. 574; Stoll/Schorkopf, *WTO*, 2002, p. 35; *EuGH*, *NJW* 1974, 438; *EuGH*, *EuZW* 1994, 688.

[57](#) Cf. *EuGH*, *EuZW* 2001, 529 e s.

[58](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 54 e s.

[59](#) Tietje, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 30 e s.

§ 18. LIBERDADE DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE

I. Liberdade de desenvolvimento econômico (art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental)

1. O art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental entre direito de liberdade econômica e direito fundamental de recepção

Nos termos do art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental todo cidadão tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Este direito fundamental corresponde ao art. 6.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e é reconhecido como direito de **liberdade “principal”**. Ele garante a **autonomia privada**, como autodeterminação do particular na vida jurídica e econômica. No entanto, ele só se aplica quando uma atividade econômica não é abrangida por um direito de liberdade especial, como por exemplo a liberdade de profissão¹ (o chamado **direito fundamental de recepção**). Esta é a questão do respectivo âmbito de proteção da norma jurídico-fundamental, em que, sob o *slogan* **liberdade de empresa**, podem surgir problemas de delimitação no caso concreto². Da interpretação sistemática e teleológica resulta que os direitos fundamentais econômicos especiais também pretendem garantir as condutas empresariais a eles associadas.

Exemplos: Segundo a opinião do Tribunal Constitucional Federal³, a publicidade profissional é abrangida pelo âmbito de proteção da liberdade de profissão. A conformação do contrato relativo ao exercício da profissão cai no âmbito de aplicação do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental⁴. A conduta do empresário em concorrência é objeto do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental⁵.

2. Formas gerais de manifestação da liberdade de desenvolvimento econômico

A enumeração que segue das liberdades econômicas, que não é exaustiva, está sob esta reserva de especialidade:

- A **liberdade contratual**⁶: por ela entendemos o direito de celebrar contratos sobre bens econômicos e sobre a prestação de serviços, de os conformar no seu conteúdo e de os anular⁷. A liberdade contratual é a chave para o exercício dos poderes privados de disposição dos objetos de troca⁸ e a parte mais importante da **autonomia privada**. Isto esclarece a razão por que a *freedom of contract* faz parte dos princípios básicos do direito internacional econômico e é o elemento funcional central da *lex mercatoria* fixada pelo direito privado (ver *supra* § 2 VII 3 e 16 V) e das condições gerais de negócio desenvolvidas autonomamente. Especialmente a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Comércio Internacional contribuiu para o reconhecimento internacional de um aspecto parcial da liberdade contratual⁹.
- A **liberdade de fixação do preço e a liberdade de financiamento**¹⁰: por estas liberdades entendemos o direito de negociar um preço justo e a liberdade de decisão na procura do dinheiro.
- A **liberdade de concorrência**¹¹: por esta liberdade entendemos o direito de se impor no mercado pela concorrência de prestação livre perante outros empresários¹².
- A **liberdade de publicidade**¹³: por esta liberdade entendemos o direito de chamar a atenção para os serviços econômicos que são prestados.
- A **liberdade de consumo**: por esta liberdade entendemos o direito de, por livre critério, adquirir, usar e consumir bens econômicos e serviços oferecidos, independentemente de necessidade objetiva.
- A **liberdade de produção**: por esta liberdade entendemos o direito de fabricar e produzir bens econômicos.
- A **liberdade de autodeterminação informacional do empresário e do consumidor relativamente a dados econômicos**¹⁴, também referida no art. 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: por esta liberdade

entendemos o direito que assiste ao particular de, em princípio, decidir por si próprio, se e em que medida são tornados públicos aspectos e dados econômicos sobre a sua vida.

- **A liberdade do consumidor de não ser afetado na sua esfera privada**, referida no art. 7.º Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁵, especialmente como liberdade contra a comunicação sob coação, no quadro da concorrência, de clientes e como a liberdade contra o embargo do meio de comunicação (*right of privacy*)¹⁶. A proteção da esfera privada radica no direito geral de personalidade, que também compreende o direito à própria imagem e à palavra dada¹⁷.
- **A liberdade de emigrar** para fins profissionais¹⁸.
- **A liberdade de venda.**
- **A liberdade de autocontrole econômico.**
- **A liberdade de recorrer à arbitragem e à mediação**, como opção alternativa de resolução de conflitos e no âmbito da autonomia privada perante os tribunais do Estado¹⁹.

3. Para a problemática do direito à liberdade de se tornar membro

a. Obrigatoriedade de se tornar membro e alargamento do círculo jurídico

Em oposição às até agora chamadas “formas de manifestação da liberdade de desenvolvimento econômico” está a questão da obrigatoriedade de se tornar membro em agremiações econômicas de direito público, que é controversa em três aspectos. A solução desta questão pressupõe, em primeiro lugar, uma precisão do direito de liberdade em concreto. A liberdade em face da obrigatoriedade de se tornar membro consiste no direito de poder decidir por si mesmo se pretende aderir a uma agremiação (como direito a manter-se fora dela), isto é, da proteção contra a “utilização” de agremiações desnecessárias²⁰.

Por vezes, diz-se que não é a obrigatoriedade de se tornar membro enquanto tal que abre aos membros possibilidades de cooperação e que

permite a utilização de serviços das “câmaras” (profissionais), mas apenas a imposição do dever de contribuir, como consequência da qualidade de membro, que deveria ser considerado ingerência²¹. Esta opinião desconhece que já a imposição legal de obrigatoriedade de se tornar membro funda a previsão de ingerência, que vai para além da “subordinação ao poder” geral e, apesar de possíveis efeitos jurídicos positivos, já não pode ser dissimulado devido ao dever de contribuir²².

b. Obrigatoriedade de se tornar membro e direito fundamental aplicável

Uma vez que aqui se trata de uma concentração de diversas pessoas e da liberdade econômica em face de uma associação de pessoas, não é claro se a questão da qualidade de membro não deverá ser apreciada nos termos do art. 9.º, n. 1, da Lei Fundamental. Na medida em que a associação assenta em critérios de caráter profissional, também pode ser pertinente o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental²³. No sentido da aplicabilidade do art. 9.º da Lei Fundamental aponta a origem histórica. Nos conselhos parlamentares, a qualidade de membro foi discutida, para as associações profissionais de direito público, em ligação com a discussão do art. 9.º da Lei Fundamental²⁴. Contra a aplicabilidade deste direito fundamental aponta o fato de o art. 9.º, n. 1, da Lei Fundamental apenas servir à defesa contra a realização da liberdade privada, no sentido de uma associação de direito privado, não compreendendo, assim, concentrações de direito público. Neste contexto, devemos lembrar que o elemento “vontade” é constitutivo do conceito de “associação” empregue no art. 9.º, n. 1, da Lei Fundamental²⁵.

c. Obrigatoriedade de se tornar membro e prossecução de funções públicas

Independentemente da opinião a que aderimos, devemos controlar se a obrigatoriedade de se tornar membro serve à **prossecução de funções públicas legítimas** e se é respeitado o **princípio da proporcionalidade** (ver *supra* § 7 IV)²⁶. Assim, o Tribunal Constitucional Federal exige do legislador o controle permanente de se ainda se verificam os pressupostos²⁷. Isto é posto em dúvida nos afastamentos regulares, especialmente para a atividade das câmaras de

indústria e comércio²⁸. Por vezes, diz-se que, quando sejam juridicamente relevantes, as alterações de fato e de direito tornam obsoleta uma obrigatoriedade de se tornar membro²⁹. Esta afirmação é incorreta, desde logo pelo fato de, nos últimos tempos, se terem desenvolvido positivamente condições legais gerais para as câmaras de comércio e indústria. É que, em muitos domínios, passaram a ser transferidos para estas, para fins de realização, novos tipos de funções administrativas, o que aponta no sentido da sua garantia jurídico-constitucional (ver *infra* § 43)³⁰. Por outro lado, a base da controvérsia está na **obrigação de contribuir**³¹, que é vista como não sendo adequada aos serviços prestados pelas câmaras. A jurisprudência não seguiu, corretamente, esta crítica, porque não se trata de uma vantagem suscetível de ser medida na prática³².

Antes pelo contrário, devemos ter presente que a dignidade de proteção, a experiência e a objetividade das câmaras assentam na obrigatoriedade de se tornar membro, porque os membros voluntários podem ser coagidos a tomar em consideração os seus interesses especiais pelo manter-se afastados ou pela saída³³, sofrendo assim a **representação neutral e ponderada dos interesses gerais**. O Tribunal Administrativo Federal constatou, com razão, que as câmaras profissionais, devido aos distintos interesses dos seus membros e à atividade de “compactação” e de “compensação” dos diferentes ramos da economia, desempenham uma espécie de **intermediárias entre o Estado e a economia**³⁴. Por estas razões, a obrigatoriedade de se tornar membro também é indispensável, porque uma corporação na base da livre vontade não é um meio adequado equivalente, por falta de vinculação à comunidade, para prosseguir os referidos interesses gerais da economia empresarial³⁵. A obrigatoriedade de se tornar membro para os residentes no país também está em harmonia com o Tratado da CE e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁶. Relativamente aos exploradores empresariais dos Estados-membros da CE devemos ter em consideração que a liberdade de prestação de serviços vai contra uma obrigatoriedade de se tornar membro³⁷ se os exploradores comerciais quiserem exercer a sua

atividade na Alemanha. Pelo contrário, no caso de estabelecimento de sede na Alemanha eles devem cumprir o direito alemão das câmaras profissionais (ver *infra* § 43 IV 3)³⁸.

A exigência de legítima prossecução de funções é válida não só para a fase de constituição, mas também para a fase de funcionamento, porque estas associações não possuem um **mandato de política geral**. Na verdade, as câmaras da Administração econômica autônoma não prosseguem — como o Estado e os Municípios — interesses públicos gerais. Antes pelo contrário, elas receberam o mandato de ponderar e pôr em equilíbrio **interesses públicos especiais**, que resulta do **mandato de direito industrial e de política especial**, regional e profissionalmente limitado³⁹.

Exemplos: Uma câmara profissional não é competente para publicar, numa revista da associação, artigos de conteúdo de política geral⁴⁰. Uma câmara não pode garantir a constituição de uma fundação-museu pela concessão de um crédito como prestação antecipada da fundação⁴¹, porque os museus servem ao bem comum e não os interesses da economia industrial.

Segundo jurisprudência uniforme, do art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental, para os membros de uma associação resulta um direito à omissão, caso se verifique uma violação por excesso das legítimas competências ou do legítimo âmbito de funções, porque ocorre uma afetação jurídico-fundamental não legitimada na lei⁴². A necessária ligação à política industrial não se perde pelo fato de os órgãos da câmara também terem em vista as demais inter-relações societárias. Por conseguinte, também é permitido estabelecer uma ponte com as questões de política geral, desde que a **relação de política industrial** seja claramente reconhecível⁴³.

4. Os limites da liberdade de ação econômica

Os referidos espaços de liberdade econômica estão sob uma tripla reserva de limites, formulada no art. 2, n. 1⁴⁴, que dão corpo, especialmente, às componentes de Estado social, ecológica e de economia geral.

Os limites da ordem constitucional (= conjunto das normas que formal e materialmente são conformes à Constituição⁴⁵) restringem da forma mais intensa a liberdade de ação econômica. O legislador não está impedido de, no interesse do bem comum, dirigir o exercício da atividade econômica, especialmente através de proibições e de imposições⁴⁶.

Exemplo: Limitação da liberdade de fixação do preço pela Lei das Condições de Fixação dos Preços⁴⁷.

É controverso o significado autônomo da **lei dos bons costumes** como limite ao desenvolvimento, sobretudo devido à simultaneamente referida ordem constitucional, que abarca a lei dos bons costumes por força da sua concretização como fonte de direito, por exemplo, no direito comunitário (art. 30.º do Tratado da CE), no direito das casas de restauração (§ 4.º, n. 1, segmento 1, do GastG), no direito industrial (ver o volume II, § 45 V e § 46 III 4) ou no direito administrativo de procedimento (§ 44, n. 2, segmento 6, do VwVfG). Nesta interpretação sistemática, a lei dos bons costumes não pode ser, no sentido do art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental, em princípio, um limite suplementar para a delimitação da liberdade de desenvolvimento econômico. Por isso, é dispensável, em geral, uma recondução à lei dos bons costumes e é em larga medida correta uma caracterização como “sem função”⁴⁸.

Esta apreciação também é válida para a locução “**direitos de outrem**”. Ela não recebe, tal como a ordem constitucional, qualquer significado autônomo, porque os direitos resultam de forma exaustiva da lei.

II. Liberdade de profissão para os estrangeiros

1. Liberdade de profissão para os cidadãos oriundos dos Estados-membros da CE e do Espaço Económico Europeu

Numa comparação de textos entre o art. 2.º, n. 1, e o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, resulta que a **liberdade de profissão para estrangeiros** só está garantida pelo art. 2.º, n. 1⁴⁹.

Exemplo: Um cidadão turco solicita, como açougueiro de credo muçulmano, autorização para abater animais pela degolação segundo o rito muçulmano⁵⁰.

Por isso, no quadro da ordem constitucional, também podem ser emitidas limitações ao direito dos estrangeiros em matéria de liberdade de admissão e de exercício da profissão. Uma exceção vigora, com base nos arts. 18.º, 39.º e seguintes, 43.º e seguintes do Tratado da CE e no art. 15.º Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, para os estrangeiros dos Estados-membros da Comunidade Europeia e para os nacionais que caem no âmbito de aplicação do Tratado do Espaço Económico Europeu (EEE — EWR). Estes estrangeiros gozam de **liberdade de circulação no setor profissional** (ver *supra* § 9). Esta posição jurídica também pode ser atribuída a cidadãos oriundos de outros Estados, quando existam tratados correspondentes que, por exemplo, prevejam **contingentes de contratos de trabalho** correspondentes⁵¹.

2. Limitações profissionais do direito dos estrangeiros

A atividade produtiva de estrangeiros no território da Federação rege-se pela **Lei de Residência**. Esta lei serve à orientação da chegada de estrangeiros e estrutura a imigração tomando em consideração os interesses económicos e de política do mercado de trabalho. A lei referida abarca, nos termos do § 2.º, n. 2, sob o lema **atividade produtiva**, a atividade independente como empresário e a ocupação numa relação laboral. A Lei de Residência não é aplicável, devido ao carácter migratório, à prestação provisória de serviços.

A **autorização de estabelecimento** consiste, nos termos do § 9.º da Lei de Residência, num título de residência por tempo indeterminado, para o exercício de uma atividade produtiva sem limitação quanto ao espaço e quanto ao tempo. Tratando-se de um trabalho, é necessário, suplementarmente, para o cumprimento dos pressupostos legais gerais, um consentimento da Agência Federal para o Trabalho (§ 18.º, n. 2, da Lei de Residência). Pode ser emitida uma **autorização de residência** para o exercício de uma atividade independente, nos termos do § 21.º da Lei de Residência, quando se verifique um interesse económico superior ou uma necessidade regional especial que deixe esperar da

atividade efeitos positivos para a economia e quando o financiamento esteja assegurado⁵².

III. A proteção da vida e da saúde no direito administrativo econômico (art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental)

O art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental protege, a par da liberdade de atuação econômica, o direito à vida e à inviolabilidade do corpo humano. A orientação da proteção deste bem jurídico como direito de defesa contra o Estado não é problemática do ponto de vista do direito administrativo econômico. No entanto, uma **consciência ambiental e de consumidor** reforçada conduziu a que cada vez mais a ideia, introduzida no art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental, da inviolabilidade do corpo humano seja dirigida contra o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas privadas. Nesta perspectiva, a interpretação do conceito controverso de inviolabilidade do corpo humano desempenha um papel decisivo. O Estado não pode garantir, nem jurídica nem materialmente, uma situação de pleno bem-estar. Por isso, a inviolabilidade do corpo humano deve ser entendida como **saúde** em sentido biológico-fisiológico, ou seja, como ausência de dor e de enfermidade⁵³. Afetações de menor dimensão devem ser admitidas se o Estado cumprir, em geral, as suas **obrigações de proteção jurídico-fundamental** (ver *supra* § 17 III 2).

Exemplo: Revista no corpo humano por ocasião de controles de segurança de voo, no interesse da prevenção do perigo⁵⁴.

Trata-se aqui da responsabilidade do Estado⁵⁵ de se colocar de forma protetora e promotora em face dos bens jurídicos referidos no art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental e de os defender, especialmente contra ingerências que ponham em perigo a vida e a saúde provenientes da economia privada. Por isso, a **obrigação de proteção do Estado** pode ter por efeito a limitação da atividade econômica. No entanto, devemos levar em consideração que a Lei Fundamental não conhece uma proteção absoluta contra os perigos para a vida e para a saúde. O art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental não pode, nem tem em vista, eliminar pura e simplesmente todo o risco de perigo para a saúde

da vida em sociedade. Não há nem um direito fundamental a uma vida sem risco, nem uma proteção contra perigos hipotéticos⁵⁶, mas apenas um **direito à minimização do risco**⁵⁷. Porque o estágio atual da ciência e da técnica está sujeito a alterações, do dever jurídico-constitucional resulta, no caso concreto, que, com a proteção jurídico-fundamental ótima, deve ser garantida uma **obrigação de melhoria progressiva**⁵⁸.

Exemplo: A proteção da saúde dos transportadores de dinheiro pode impor que eles também possam circular com os veículos de transporte de dinheiro nas zonas de peões⁵⁹.

O direito da Comunidade Europeia também parte, por força dos arts. 30.º, 46.º, n. 1, 55.º, 95.º, n. 3, e 152.º e 153.º do Tratado da CE, bem como dos arts. 3.º, 35.º, 37.º e 38.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nos domínios da saúde, da proteção do consumidor e da proteção do ambiente, de um elevado nível de proteção e, de forma correspondente, permite a limitação das atividades económicas.

¹ *BVerfGE* 21, 227; 68, 193, 223; 80, 137, 152 e s.

² *BVerfGE* 50, 290, 366; *BVerfGE* 93, 352, 361.

³ *BVerfGE* 85, 97, 104; 85, 248, 256; 94, 372, 389; *BVerfG*, *DVBl.* 1997, 548, com comentário de Di Fabio, *NJW* 1997, 3863 e s.; *BGHZ* 124, 343.

⁴ Höfling, *Vertragsfreiheit*, 1991, p. 17.

⁵ *BVerwGE* 87, 37, 39; 89, 281, 283; *BVerwG*, *GewArch.* 1996, 465; Kluth, *WuV* 2000, 184, 197; *BVerfG*, *DVBl.* 2005, 106 e s.

⁶ *BVerfGE* 12, 347; *BVerwGE* 1, 321; *BVerfGE* 81, 242; *BVerfG*, *NJW* 1997, 1975 e s.; *BFH*, *NJW* 2004, 877, 880; P. Kirchhof, in: *FS für P. Ulmer*, 2003, p. 1211 e s.

⁷ Cf., mais detalhadamente, Höfling, *Vertragsfreiheit*, 1991; Cornils, *NJW* 2001, 3758 e s.; Bäuerle, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, 2001.

⁸ Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, p. 17; cf. ainda Canaris, in: *FS für Lerche* 1993, p. 873 e s.

- [9](#) Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 59 e s.
- [10](#) *BVerfGE* 70, 1, 25; Nordemann, *NJW* 2001, 2505 e s.; Dittmer, *BB* 2001, 1961 e s.
- [11](#) *BVerfGE* 32, 311; *BVerwG*, *DVBl.* 1982, 692; *BGHZ* 23, 36, 371.
- [12](#) E. R. Huber, *DÖV* 1956, 137; Michalski/Dierkes, in: *LdRW*; Tsiliotis, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit*, 2000.
- [13](#) Lerche, *Werbung und Verfassung*, 1967, p. 72 e s.; *BVerfGE* 11, 234, 238; *BVerwG*, *DVBl.* 1955, 61.
- [14](#) *BVerfGE* 67, 100, 142; *BVerfG*, *NJW* 1995, 2839; *BVerfG*, *NJW* 2005, 1917; EuGH, *JZ* 2004, 242; Breuer, *NVwZ* 1986, 171; Knemeyer, *DB* 1993, 721, 724; numa perspectiva crítica, Berg, *GewArch.* 1996, 177 e s.; Weichert, *NJW* 2001, 1463 e s.
- [15](#) *BVerfG*, *NJW* 1991, 910; *BVerfGE* 101, 361, 382; BGH, *NJW* 1994, 1071 e s.; BGH, *AfP* 1996, 135; BGH, *NJW* 2004, 1655 e s.; cf. também § 7 UWG e Fikentscher/Möllers, *NJW* 1998, 1337 e s.; Hoeren, *NJW* 2001, 2525 e s.
- [16](#) Kupfer, *Jura* 2001, 169 e s.; Rothley, *Persönlichkeitsverletzung durch unverlangte kommerzielle Kommunikation*, 2003; Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.
- [17](#) *BVerfG*, *DVBl.* 2003, 131, 133.
- [18](#) *BVerfGE* 2, 266; 6, 32; *BVerwGE* 3, 130.
- [19](#) Stober, *NJW* 1979, 2001 e s.
- [20](#) *BVerfGE* 10, 89, 102; 78, 320, 329; *BVerwGE* 112, 169.
- [21](#) Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, p. 275 e s., 306, 309 e 407.
- [22](#) Neste sentido, *BVerwGE* 107, 169, 172 e 108, 169; Schöbener, *VerwArch.* 91 [2000], 375, 379 e s.; Meyer/Diefenbach, *Handwerkskammern, andere Wirtschaftskammern und Berufskammern*, 2005, p. 40.
- [23](#) OVG Bremen, *NJW* 1994, 1606; *BVerwG*, *NJW* 1997, 814 e s.; Gornig, *WuV* 1998, 157 e s.; Löwer, *GewArch.* 2000, 89 e s.
- [24](#) *JÖR* NF 1, 123 e s.; Löwer, *GewArch.* 2000, 89 e s.; Schöbener, *VerwArch.* 91 [2001], 374 e s.; *BVerfG*, *GewArch.* 2002, 111 e s.
- [25](#) *BVerfG*, *GewArch.* 2002, 111 e s.
- [26](#) *BVerwG*, *NJW* 1997, 814; *BVerwGE* 107, 169, 173; *BVerfG*, *GewArch.* 2002, 111 e s.
- [27](#) *BVerfG*, *GewArch.* 2002, 111 e s.
- [28](#) Cf. *BT-Ds.* 13/6063, que tem em vista a privatização das câmaras.
- [29](#) Kaltenhäuser, *Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Organisation der Wirtschaftsverwaltung*, 1998.
- [30](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.
- [31](#) Cf. ainda Jahn, *GewArch.* 1997, 177 e s.; idem, *GewArch.* 1999, 449 e s.
- [32](#) *BVerwGE* 107, 169, 176; Wolff/Bachof/Stober 1, § 42 V 4.

[33](#) Cf., mais detalhadamente, para a discussão Tettinger, *DÖV* 1995, 169 e s.; Stober, *GewArch.* 1996, 184 e s.; E.T. Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung*, 1991, p. 282 e s.; Schmidt-Trenz, *Die Logik kollektiven Handelns bei Delegation*, 1996, p. 167 e s.; Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.

[34](#) *BVerwGE* 107, 169, 174, 176; cf. ainda Stober, *Die Industrie- und Handelskammer als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft*, 1992.

[35](#) Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.; Löwer, *GewArch.* 2000, 89 e s.; Schöbener, *VerwArch.* 99 [2000], 375, 387; *BVerwGE* 107, 169 e s.; *BVerwG*, *GewArch.* 1999, 193 e s.; *BVerfG*, *GewArch.* 2002, 111 e s.; *BVerwGE* 122, 345, 349.

[36](#) *BVerwG*, *GewArch.* 1997, 22; EuGH, *GewArch.* 1996, 472; OVG Koblenz, *GewArch.* 1997, 196 e s.; VGH Mannheim, *GewArch.* 1998, 164 e s., e *NVwZ* 2000, 1313; Gornig, *WuV* 1998, 157, 175 e s.; cf. também EGMR, *NJW* 1999, 3695, 3698 e s.; Burgi, *VVDStRL* 62 [2003], 404, 445 e s.; Meyer, *Diefenbach, Handwerkskammern, andere Wirtschaftskammern und Berufskammern* 2005, p. 104 e s.

[37](#) EuGH, *EuZW* 2000, 763.

[38](#) VG Darmstadt, *NVwZ* 2002, 1398; Jahn, *GewArch.* 2002, 98, 102.

[39](#) *BVerwGE* 112, 69, e ainda *BVerfG*, *GewArch.* 2004, 64.

[40](#) *BVerwGE* 64, 298, 301 e s.

[41](#) OVG Münster, *GewArch.* 2003, 418.

[42](#) *BVerwGE* 59, 231; 64, 198; *BVerwGE* 107, 169, 175; *BVerwG*, *GewArch.* 1999, 193 e s.; *BVerwGE* 112, 69; *BVerfG*, *GewArch.* 2002, 111, 113, e *GewArch.* 2004, 64; OVG Münster, *GewArch.* 2003, 418.

[43](#) Cf., sobre este ponto, OVG Berlin, *NVwZ-RR* 2004, 348 e s., para o mandato político em escolas superiores.

[44](#) *BVerfGE* 25, 407; 50, 290, 366; Paulus, *JuS* 2001, 1 e s.

[45](#) *BVerfGE* 6, 32; *BVerfG*, *NJW* 1997, 1975 e s.; *BVerfGE* 103, 197, 215.

[46](#) *BVerfGE* 20, 150, 155.

[47](#) Lei de 2-9-2002, *BGBl.* I, p. 3448.

[48](#) Kunig, in: von Münch/Kunig (ed.), *GG*, 5. ed., art. 2, n.m. 26 e s.

[49](#) *BVerfGE* 78, 179, 196; H. Bauer, *NVwZ* 1990, 1152.

[50](#) *BVerfG*, *NJW* 2002, 663.

[51](#) Cf. Lange, *GewArch.* 1996, 359, 365; Braun, *Niederlassungsrecht in Deutschland*, 1999, p. 147 e s.

[52](#) Cf., mais detalhadamente, Hailbronner, *Asyl- und Ausländerrecht*, 2006, § 7.

[53](#) *BVerfGE* 56, 54, 73.

[54](#) *BVerwGE* 95, 188, 196.

[55](#) Cf., mais detalhadamente, Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985.

[56](#) BVerfG, *NJW* 2002, 1638.

[57](#) D. Lorenz, *HdbStR* VI, § 128; *BVerfGE* 49, 89, 143; *BVerwGE* 72, 300, 321 e s.; *BVerwGE* 106, 115, 120 e s.

[58](#) *BVerfGE* 56, 54, 79.

[59](#) VGH Kassel, *GewArch.* 1992, 398; OVG Münster, *NWVBl.* 2001, 140.

§ 19. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO ECONÔMICA E LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO ECONÔMICA (ART. 5.º, N. 1, DA LEI FUNDAMENTAL)

I. Proteção jurídico-fundamental nacional da informação econômica e da comunicação econômica

Na era da prestação de serviços e de informações econômicas, bem como de numerosas manifestações da economia de internet, os direitos fundamentais de comunicação são indispensáveis para as informações econômicas e para as comunicações. Na verdade, os direitos fundamentais de comunicação realizam, para o empresário e para o consumidor, liberdades de circulação e direitos fundamentais econômicos e permitem usar informações e comunicações no quadro do **direito econômico dos meios de comunicação** como novo **fator de produção**¹. O quadro jurídico para isso necessário está regulado sobretudo no art. 5.º, n. 1, da Lei Fundamental, que contém, estruturados de forma diferente, diversos direitos fundamentais relevantes do ponto de vista da economia dos meios de comunicação. As liberdades em concreto também são caracterizadas, resumidamente, como **direitos fundamentais de comunicação**. Elas são acompanhadas por direitos fundamentais econômicos, os quais, complementarmente, reforçam as liberdades de informação e de comunicação.

Exemplos: Proteção da propriedade intelectual; proteção dos gabinetes da imprensa.

Base de todas as informações e comunicações são as liberdades de expressão de opinião individual e de informação, garantidas no art. 5.º, n. 1, frase 1, da Lei Fundamental, a que teremos de nos reportar em primeiro lugar.

1. Para o significado de direito administrativo econômico da liberdade de manifestação da opinião

A **liberdade de manifestação da opinião** protege a liberdade do particular de fazer afirmações de valor por palavra, escrito e imagem. O sentido e o fim do direito fundamental é a garantia da expressão e da

divulgação de opiniões, no interesse de um processo comunicativo livre e aberto², independentemente do conteúdo valorativo ou da conformação da expressão³. Neste sentido, o art. 5.º, n. 1, da Lei Fundamental também protege as expressões de opinião para fins comerciais, tal como elas são típicas da **publicidade econômica**, da **crítica empresarial** e da concorrência profissional através de **listas de ranking**⁴.

A proteção especial da publicidade econômica comercial, como caso especial da liberdade geral de publicidade prevista no art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental⁵, também é indispensável por razões de sistemática da Constituição. O art. 5.º, n. 1, da Lei Fundamental tem, como direito fundamental de comunicação, uma **função complementar em relação aos direitos fundamentais econômicos**, que só podem ser efetivamente protegidos se a proteção do desenvolvimento econômico estiver amplamente assegurada⁶. É certo que a **publicidade econômica também é uma parte do exercício da profissão**, nos termos do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, na medida em que se trata da própria proteção da economia da publicidade, mas também na medida em que a publicidade deve apoiar a venda de produtos de um produtor ou chefe de serviço⁷. De igual modo, no quadro do direito à exploração industrial instalada e exercida há referências relativamente ao art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental, uma vez que se trate da questão de saber se e em que medida os equipamentos publicitários (informe publicitário) de empresas industriais caem na utilização especial de vizinhança protegida pelos direitos fundamentais⁸. Mas esta circunstância não exclui a integração da publicidade econômica na liberdade de expressão da opinião. A necessidade disto resulta especialmente da frequente mistura de fins econômicos com outros fins⁹ e do fato de os referidos outros direitos fundamentais não abarcarem de forma exaustiva a comunicação econômica. A liberdade da publicidade econômica, no sentido do art. 5.º, n. 1, da Lei Fundamental, abarca, assim, o direito de chamar a atenção através de anúncios por palavras, escritos, imagem e som, para os produtos e para os serviços econômicos.

A **crítica à indústria** e o **apelo ao boicote** também são apreciações. Tais apreciações são protegidas pela liberdade de opinião, uma vez que toda empresa se expõe à crítica pelos serviços que presta. Não é relevante saber se a crítica mantém uma ligação com a luta concorrencial ou se é desinteressada, uma vez que são admitidas ambas as formas de opinião dos consumidores sobre os produtos¹⁰. Da Lei Contra as Limitações de Concorrência (GWB) e da Lei Contra a Concorrência Desleal (UWG) resultam limites, sendo inadequados o uso da força ou a coação econômica, uma vez que retiram aos destinatários do apelo a possibilidade de livre formação de opinião. Além disso, é necessário um conflito com o concorrente do produto e não com aquela pessoa contra a qual é feita a crítica insultuosa e ilícita¹¹.

2. Para o significado de direito administrativo econômico da liberdade de informação

A liberdade de expressão individual de opinião é complementada com a **liberdade de informação**¹², prevista no art. 5.º, n. 1, frase 1, 2.ª oração, da Lei Fundamental. Este direito fundamental protege a informação sem impedimentos proveniente das fontes de acesso geral. O conceito de **fonte de informação** deve ser entendido em termos amplos, na sua letra e na sua finalidade econômica. Este conceito abarca todo o possível agente de informação, sendo certo que é suficiente uma aptidão material para ser informação. São abarcadas tanto expressões de opinião como afirmações de fato.

O **caráter geral da acessibilidade** depende apenas da aptidão material para criar informações para um círculo indeterminado de pessoas, sem que limitações estaduais ao acesso tenham influência na acessibilidade geral¹³. De acesso geral são, em primeiro lugar, independentemente dos limites territoriais, os meios clássicos de comunicação de massas da imprensa, da radiodifusão¹⁴ e dos filmes, bem como as suas manifestações concretas (panfletos lançados no ar, comunicados entregues em mãos, televisão). Fazem igualmente parte das fontes de informação as fontes que, no quadro dos serviços multimídia, estão abertas ao público em geral¹⁵ em ligação com a

economia de internet. De acesso geral são ainda as informações que possam ser aplicadas segundo as **leis de liberdade de informação** da Federação e dos Estados federados ou outras leis especiais (**Lei de Informação Ambiental**).

3. Liberdade dos meios de comunicação

a. Direito fundamental unitário dos meios de comunicação de massa

Como já foi salientado, o direito fundamental consagrado no art. 5.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental constitui a garantia dos meios tradicionais de comunicação de massas — imprensa, radiodifusão e filme — e das profissões publicitárias a eles associadas. Estas caracterizam-se sobretudo pelo fato de o seu conteúdo comunicacional, de todo o gênero, ser dirigido ao público em geral e adequado à formação de opinião pública:

- A **imprensa** divulga as informações, habitualmente em impressos ou no quadro de serviços *online*, como publicações eletrônicas, quadros de texto e de imagem que podem ser acessíveis, sendo que a garantia do art. 5.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental não depende de uma periodicidade destes trabalhos.
- A **radiodifusão** divulga informações por telecomunicação (“organização de programas de todo tipo através de palavra, som e imagem, mediante utilização de ondas eletromagnéticas sem cabos de ligação ou extensões e/ou por meio de um fio¹⁶”).
- O **filme** divulga informações através de material projetável com luz.

Devido aos aspectos comuns existentes destes meios de comunicação, mas especialmente também devido à clara violação, com base no § 2.º do TDG, dos limites tradicionais dos meios de comunicação no quadro dos chamados “novos *media*”, dos multimídia e dos mercados únicos de informação, o art. 5.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental deve ser entendido como direito fundamental unitário da

“liberdade de comunicação para além dos *media*”¹⁷ e/ou da liberdade de comunicação.

b. Conduta protegida

O fim de proteção do art. 5, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental sugere um amplo entendimento entre as atividades protegidas e os seus atores (**editor, redatores, produtores** etc.). Por isso, são abarcadas todas as atividades da produção de mídia, indo da produção até à difusão¹⁸, por conseguinte, também abarcando as reutilizações, uma vez que aqui o produto *media* chega, pela primeira vez, pelo menos a uma parte do público. Numa estreita base orgânica, são protegidos trabalhos de apoio ao produto dos meios de comunicação. Entre eles caem, por exemplo, os atacadistas da imprensa, sem os quais o produto não poderia alcançar a sociedade¹⁹, e os **direitos às utilizações especiais do direito das estradas** para a distribuição de produtos de imprensa²⁰.

É questionável a questão de saber se também está garantido o acesso de anunciantes privados ao mercado de rádio e televisão. Nesta medida, sustenta-se que uma abertura do mercado só deveria estar à disposição dos Estados federados. Para fundamentar este entendimento, remete-se para a escassez de frequências existente e para os elevados custos de exploração das respectivas empresas. No entanto, esta escassez de frequências deixou de existir devido ao desenvolvimento da técnica de banda larga e da técnica do satélite. Além disso, as construções jurídico-privadas da sociedade de responsabilidade limitada ou da sociedade anônima ajudam no caso de dificuldades de financiamento. Por isso, também o mercado da rádio e da televisão está aberto aos anunciantes privados, no sentido de uma liberdade de empresa de radiodifusão²¹.

c. Liberdade de informação e atribuição de subsídios

Na falta de regulação expressa e devido à configuração da liberdade de mídia como direito de defesa, segue-se que o art. 5.º, n. 1, da Lei Fundamental não confere direito à atribuição de subsídios para os meios de comunicação. Além disso, a **atribuição de subsídios** a produtos de imprensa, especialmente aos jornais²², pode conduzir a uma ingerência influenciadora na liberdade de imprensa da editora ou

produtora subsidiada e/ou na concorrência publicitária²³ e, assim, falsear a igualdade de oportunidades comunicativas, no caso de a entidade que atribui os subsídios ligar os critérios de atribuição ao conteúdo ou à tendência dos produtos de imprensa, uma vez que nisto se verifica uma violação do princípio do afastamento em relação ao Estado do setor dos meios de comunicação, consagrado no art. 5.º, n. 1, da Lei Fundamental²⁴. Tais programas de subsídios utilizam, segundo a teoria da essencialidade do Tribunal Constitucional Federal, um fundamento próprio de lei parlamentar, a fim de estabelecer um equilíbrio adequado na situação jurídico-fundamental global das empresas de imprensa subsidiadas e concorrentes, através de um **procedimento de atribuição diferenciado**. A regulação de programas de subsídio de imprensa no quadro do orçamento não deverá ser suficiente para a reposição desta concordância prática²⁵.

II. Proteção jurídico-comunitária e jurídico-fundamental da informação econômica e da comunicação econômica

Na perspectiva do direito comunitário, o fim de estabelecer concorrência no sentido de um mercado interno único também é perseguido no mercado das informações e comunicações.

Contra as medidas dos órgãos de direito comunitário limitadoras da livre prestação de serviços, oferece proteção, entre outros, o art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, nos termos do art. 6.º, n. 2, do Tratado da UE, garante um **direito subjetivo à liberdade do organizador de radiodifusão** e, assim, também contém o direito a uma **licença de emissão**²⁶. A proteção jurídico-fundamental aplica-se tanto às ingerências discriminatórias, com base nos arts. 55.º e 46.º, n. 1, do Tratado da CE, como também às ingerências não discriminatórias²⁷, que devem ser justificadas, nos termos do art. 10.º, n. 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O art. 10.º, n. 1, frase 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, permite aos membros desta Convenção a criação de um **procedimento de licenciamento específico para a radiodifusão**. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (*EGMR*) interpretou este preceito no sentido de que relativamente ao aspecto da transmissão

técnica são permitidas medidas orgânicas, mas, no entanto, estas têm de ser necessárias, especialmente numa sociedade democrática. Por isso, em princípio, são possíveis limitações à livre prestação de serviços através de medidas dos Estados-membros com vista à garantia de pluralidade e com base nas normas da Diretiva Comunitária de Televisão²⁸. Como fim de proteção são de considerar sobretudo a proteção da juventude, a proteção do consumidor e a proteção da saúde.

De resto, a liberdade de expressão da opinião e a liberdade de informação são expressamente referidas no art. 10.º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como no art. 11.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que, além disso, também garantem a liberdade de mídia e a pluralidade de mídia²⁹. Resumindo, podemos dizer, por isso, que a **liberdade de comunicação é declarada como direito fundamental da União Europeia**³⁰.

III. Proteção econômica mundial pelos direitos fundamentais de informação econômica e de comunicação econômica

A economia dos meios de comunicação é, em especial medida, um típico *global player*, porque, devido às suas características técnicas e à sua missão, ignora as fronteiras dos Estados e, assim, também se pode furtar ao *standard* do direito dos meios de comunicação jurídico-estadual ou jurídico-comunitário. Por isso, esta especificidade exige desde logo um quadro jurídico internacionalmente aceite, porque também no futuro será necessária uma adequada fiscalização dos meios de comunicação e porque têm de ser impedidas violações do direito (proteção da juventude, proteção do consumidor, proteção jurídico-penal³¹). No quadro da operada liberalização da prestação de serviços de base e de telecomunicações, os Estados-membros comprometeram-se a abrir multilateralmente os seus mercados aos serviços de telecomunicações e aos anunciantes estrangeiros que maiores vantagens proporcionam³². Também o Acordo Geral de

Comércio e Serviços (AGCS — GATS) se apoia na prestação de serviços por telecomunicação e por audiovisual.

- [1](#) Cf., mais detalhadamente, Karpen, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht* I, 2. ed., 2000, § 15, n.m. 37 e s.; Fechner, *Medienrecht*, 2. ed., n.m. 38 e s.
- [2](#) Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *GGK*, Art. 5 I, II n.m. 58.
- [3](#) Jarass, in: Jarass/Pieroth, *GGK*, 5. ed., 2000, Art. 5 n.m. 3.
- [4](#) Cf. Wendt, in: von Münch/Kunig (ed.), *GGK*, v. 1, 5. ed., 2000, Art. 5, n.m. 11; BGH, *JZ* 2002, 663; BVerfG, *NJW* 2003, 277, e BVerfG, *DVBl.* 2005, 106 e s.
- [5](#) BVerfG, *NJW* 1997, 2871; BVerfGE 71, 162, 175; Lerche, *Werbung und Verfassung*, 1967, p. 76 e s.; Di Fabio, *NJW* 1997, 2863.
- [6](#) Degenhart, *JZ* 1987, 438 e s.
- [7](#) BVerfG, *NJW* 2000, 1636 e BVerfG, *NJW* 2000, 1326.
- [8](#) Dagegen BGH, *NJW* 1978, 2201; OVG Koblenz, *NJW* 1982, 1828.
- [9](#) Wendt, in: von Münch/Kunig (ed.), *GGK*, Art. 5, n.m. 11; *BVerfGE*, 71, 162, 175 und 85, 1, 14 e s.
- [10](#) Wendt, in: von Münch/Kunig (ed.), *GGK*; Art. 5, n.m. 2, 11; noutro sentido, OVG Münster, *AfP* 1985, p. 249, 250.
- [11](#) Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *GGK*, Art. 5 I, II, n.m. 279; *BVerfGE* 25, 256, 264 e s.; BGH, *JZ* 2002, 663 e s.; BVerfG, *DVBl.* 2005, 106, 108.
- [12](#) Kugelmann, *DÖV* 2005, 851 e s.
- [13](#) *BVerfGE* 27, 71, 84.
- [14](#) Cf. *BVerfGE* 90, 27.
- [15](#) Cf. Bethge, in: Sachs (ed.), *GGK*, Art. 5, n.m. 54.
- [16](#) Cf. a definição legal no § 2, n. 1, frase 1, *RdfStV*.
- [17](#) Bullinger, *HdbStR* VI, § 142, n.m. 180; Stober, in: *FS für Roellecke*, 1997, p. 345, 373.
- [18](#) Cf. também BGH, *NJW* 2002, 2317.
- [19](#) Bethge, in: Sachs (ed.), *GGK*, Art. 5, n.m. 70, 86.
- [20](#) BayVGH, *BayVBl.* 2000, 408 e *DÖV* 2002, 956; cf. também OLG Köln, *GewArch.* 2001, 36; OVG Magdeburg, *LKV* 2002, 335.

- [21](#) Wendt, in: von Münch/Kunig (ed.), *GGK*, Art. 5, n.m. 50; Bethge, *DÖV*, 2002, 673 e s.
- [22](#) Para o conceito de jornal, cf. Stober, in: *FS für Gerd Roellecke*, 1997, p. 345 e s.
- [23](#) *BVerfGE* 80, 124, 133 e s.
- [24](#) *BVerfGE* 80, 124, 134; OVG Berlin, *DVBl.* 1975, 9055 e s.; cf. também Hoffmann-Riem, “Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien”, in: R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht BT 1*, 1995, § 6, n.m. 172 e s.
- [25](#) OVG Berlin, *DVBl.* 1975, 905, 907 e s.; mais detalhadamente, Stober, *GewArch.* 1993, 163 e s.
- [26](#) Cf. EGMR, *NJW* 1991, 6155, 616 e s.; cf. ainda Dörr, in: *FS für Martin Kriele*, 1997, p. 1417, 1423; Ebsen, *DVBl.* 1997, 1039, 1046; Dörr/Zorn, *NJW* 2003, 3021, 3023.
- [27](#) Cf. *EuGHE* 1991, I-2925, 2964.
- [28](#) Neste sentido, Dörr, in: *FS für Martin Kriele*, 1997, p. 1431, 1424 e s.
- [29](#) Marauhn, in: Ehlers (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 4 II; EGMR, *NJW* 2003, 497.
- [30](#) Cf. Kühling, *Die Kommunikationsfreiheit als europ. Gemeinschaftsgrundrecht*, 1999.
- [31](#) Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.
- [32](#) Schoch, *VVDStRL* 57 [1998], 158, 181 e s.

§ 20. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO ECONÔMICA (ART. 9.º, N. 1, DA LEI FUNDAMENTAL)

I. Conceito de sociedade e de associação

O art. 9.º da Lei Fundamental garante, tal como o art. 12.º da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, dois direitos de liberdade, com diferentes âmbitos de aplicação pessoal: o **direito à formação de associações e de sociedades** (n. 1) e o **direito**, que aqui não será aprofundado, **à formação de associações para a salvaguarda e o fomento das condições laborais e econômicas** (n. 3). Enquanto a liberdade de associação apenas é assegurada a todos os “**alemães**”, no sentido do art. 116.º da Lei Fundamental, a liberdade de associação prevista no art. 9.º, n. 3, da Lei Fundamental compreende também os **estrangeiros**.

A Constituição pressupõe como sendo conhecidos os conceitos materiais de associação e sociedade. Dos pareceres parlamentares para a Lei Fundamental resulta que se verifica uma ligação ao **conceito** tradicional **de associação**¹, que pressupõe concentração voluntária (ver *supra* § 18 I 3). Este conceito corresponde, no seu conteúdo, à definição de associação prevista no § 2 do VereinsG. Também as sociedades são associações. Elas só são referidas por razões de clarificação, sendo que estão protegidas todas as respectivas formas de manifestação.

II. Âmbito de proteção

O art. 9.º, n. 1, da Lei Fundamental é uma pedra angular da Constituição econômica e social da Lei Fundamental. Este artigo protege o **princípio da livre formação de grupos sociais**² e garante, como direito coletivo, a **liberdade de associação**. Se a Constituição protege a liberdade de desenvolvimento econômico do particular, então também existe uma necessidade de assegurar a liberdade econômica dos grupos. O art. 19.º, n. 3, da Lei Fundamental reforça esta interpretação. Assim, a liberdade de associação é, por um lado, a base do desenvolvimento empresarial autônomo; por outro lado, este direito

fundamental complementa a liberdade de profissão e a garantia de propriedade.

Em geral, este direito fundamental garante a liberdade de criação de **associações de direito privado**, a liberdade de entrar para elas ou de se manter afastado delas (a chamada **liberdade de associação positiva e negativa**). O âmbito de proteção alarga-se à autodeterminação da organização, ao procedimento de formação da vontade e à direção do negócio³. Por outro lado, é garantido o **direito à existência**, o qual também compreende a possibilidade de uma eficaz angariação de membros⁴.

III. Dever legal de proteção

A liberdade de associação econômica não está, é certo, sob uma reserva de lei expressa. No entanto, isto não significa que esteja excluída toda a regulação estadual da organização e da formação da vontade das associações. O poder legislativo resulta já do **dever de proteção no interesse das relações jurídicas e econômicas**, bem como dos atingidos pelas regulações das associações. Entre outros, devem ser tomados em consideração o direito dos membros, o direito de terceiros necessitados de proteção e os interesses públicos⁵. No interesse da diversidade da vida econômica, o legislador deve colocar à disposição, especialmente, uma ampla rima de normas jurídicas que levem adequadamente em consideração as diferentes necessidades econômicas e profissionais⁶.

¹ JÖR NF v. 1, 117.

² BVerfGE 38, 281, 302 e s.; 50, 290, 353.

³ BVerfGE 50, 290, 354.

⁴ BVerfGE 84, 372, 378.

⁵ BVerfG, NJW 2001, 2617.

[6](#) Cf. também *BVerfGE* 50, 290, 355.

§ 21. LIBERDADE DE PROFISSÃO E PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS COMERCIAIS (ART. 12.º, N. 1, E ART. 13.º DA LEI FUNDAMENTAL)

I. Âmbito de proteção pessoal da liberdade de profissão na Alemanha e na União Europeia

O art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental é o principal direito fundamental da atividade econômica e uma pedra angular de qualquer ordem econômica estruturada de forma livre. Este artigo protege a liberdade do particular num domínio especialmente importante para a sociedade que pratica a divisão do trabalho. O art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental garante o direito de escolher livremente **a profissão, o local de trabalho e o lugar de formação profissional** e, deste modo, a liberdade de escolher por si mesmo a base do seu modo de vida¹. É garantida a possibilidade de decidir abraçar, manter e desistir de uma ocupação profissional concreta escolhida². Este conteúdo corresponde também ao art. 15.º, n. 1, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³. Devido ao significado das profissões enquanto **função de vida e fundamento de existência**⁴, e devido ao seu contributo para a prestação global da sociedade, um elevado nível de ocupação constitui um objetivo primordial da política econômica consagrada no art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental, combinado com o § 1.º do StabG, no art. 2.º, no art. 3.º, n. 1i, bem como nos arts. 125.º e seguintes do Tratado da CE.

A determinação tem caráter de proteção. Ela é válida apenas para os “**alemães**”, no sentido do art. 116.º da Lei Fundamental, enquanto para os estrangeiros é aplicável o art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental (ver *supra* § 18 II). No plano comunitário, a liberdade de profissão para além das fronteiras⁵ é protegida pelo direito à liberdade de circulação dos trabalhadores, à liberdade de prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento, pelas quais é medido o efeito equivalente ao direito fundamental (ver *supra* § 17 IV), bem como pelo art. 15.º, n. 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (ver *supra* § 9 IV a VII). Por outro lado, o direito fundamental é aplicável, nos termos do art. 19.º, n. 3, da Lei Fundamental e do art. 48.º Tratado da CE, às

peças coletivas de direito privado nacionais e com sede na União Europeia⁶ (ver *supra* § 9 VII).

II. Âmbito material de proteção da liberdade de profissão

1. Profissão como conceito da Constituição

A Constituição não define o **conceito de profissão**. A clarificação deste conceito deve orientar-se tanto pelo significado elementar descrito das profissões para as pessoas em concreto, como também por determinadas exigências fundamentais da comunidade jurídica. Esta caracterização esclarece que o termo profissão deve ser tomado em sentido amplo. Se assim não fosse, determinadas atividades do âmbito de proteção do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental iriam cair fora do conceito de profissão, com a consequência de que o seu âmbito de aplicação iria restringir consideravelmente este direito de liberdade. Por conseguinte, o conceito de profissão aplica-se a todas as atividades profissionais imagináveis, desde que a atividade empresarial não caia no âmbito de aplicação das normas especiais. Assim, a Lei Fundamental protege, no art. 5.º, n. 1, a liberdade de profissão específica do editor, do organizador de radiodifusão e do organizador de programas televisivos (ver *supra* § 19), protege a liberdade de profissão do empresário de escola privada no art. 7.º, n. 4, a liberdade de profissão do cientista e do artista no art. 5.º, n. 3, a liberdade de profissão do empresário religioso no art. 4.º, n. 1 e 2 (ver *supra* § 17 II).

O art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental permite a **autoqualificação de uma atividade como profissão**, a especialização num domínio específico, bem como a descoberta de novas profissões⁷. Por isso, da proteção da liberdade de profissão goza toda a atividade escolhida com base em um “exercício profissional” pessoal⁸. O poder de definição relativamente à descrição da profissão cai, por conseguinte, em primeiro lugar, na competência do titular do direito fundamental⁹. Mas ela não impede o legislador de estabelecer **padrões de profissão**, como acontece, por exemplo, nos §§ 45.º e seguintes da HwO¹⁰.

Por vezes, no entanto, tenta-se na jurisprudência e na doutrina delimitar o âmbito de proteção das atividades profissionais através da necessidade de autorização e da sua utilidade social¹¹. Há reservas contra esta interpretação constitucional, desde logo porque uma tal limitação é estranha à letra do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental e porque os conceitos da Constituição devem ser medidos pela própria Constituição¹².

Exemplo: A organização, nos termos do § 284.º do StGB, de jogos de fortuna e azar proibidos cai no âmbito de proteção do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, que todavia pode prever limitações¹³.

Profissão é, por isso, toda atividade de carácter duradouro que visa a criação e a conservação da base de vida¹⁴. Não é indispensável a existência de uma **intenção de obtenção de lucro**. São fundamentos económicos suficientes o **carácter negocial** e uma atividade com cobertura dos custos¹⁵. O aspecto do “carácter duradouro” tem a função de delimitação em face de atos produtivos únicos e a atividades económicas que caem no âmbito de aplicação do art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental¹⁶.

2. Formas de manifestação da atividade profissional

Ao conceito de profissão é inerente uma componente dinâmica, considerando as múltiplas modificações técnicas e económicas subjacentes à moderna sociedade industrial, de prestação de serviços e de informações. Este direito fundamental é, em elevada medida, “orientado ao futuro”¹⁷ e conformado em termos amplos. A Lei Fundamental não faz distinção entre a profissão exercida de forma **independente** e a de forma **não independente**. A Lei Fundamental abarca **o empregador e o trabalhador**¹⁸. Por isso, o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental também garante as chamadas **profissões liberais**¹⁹, a **liberdade de indústria**²⁰, a **liberdade de empresa**²¹ e a **prossecução de várias profissões e indústrias**²². Por outro lado, da liberdade de profissão faz parte a norma de autorresponsabilidade sobre o **âmbito da atividade profissional** (por exemplo, alargamento do negócio,

criação de serviços de ramo de atividade), bem como a decisão sobre a **atividade profissional principal ou acessória**.

3. Inexistência de um direito ao trabalho

O esgotamento das referidas possibilidades de escolha de profissão, e especialmente da liberdade de atividade lucrativa individual²³, pressupõe, no entanto, que estejam disponíveis em número suficiente os correspondentes postos de trabalho e de formação. O art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental seria vazio de conteúdo se na realidade não fosse possível abraçar uma profissão e exercê-la. O **direito ao trabalho**, previsto, por exemplo, no art. 15.º, n. 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não ajuda nem como fim do Estado, nem como direito fundamental, porque, num ordenamento jurídico radicado na liberdade econômica, o poder de disposição do fator de produção trabalho encontra-se nas mãos do empresário organizado de forma privada, o qual dispõe dos postos de trabalho de sua responsabilidade própria. De forma correspondente, o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental protege o interesse da entidade patronal de apenas ocupar na sua empresa colaboradores que correspondam aos seus ideais e limitar o seu número à dimensão por ele determinada²⁴. Só indiretamente o Estado pode exercer influência no mercado de trabalho²⁵.

4. Proteção das empresas pelo Estado e obrigações de prestar informação

Esta “queda” da liberdade de profissão só pode ser evitada se o Estado cumprir a sua **obrigação de proteção e de assistência**²⁶ e a sua **responsabilidade profissional e de mercado de trabalho**, previstas nos arts. 12.º, n. 1, e 109.º, n. 2, da Lei Fundamental e nos arts. 2.º, 125.º e seguintes, 149.º e 150.º do Tratado da CE, e encorajar e apoiar aqueles a realizar a produtividade, a criar e a assegurar postos de trabalho e, assim, a garantir a liberdade de escolha de profissão. Estes são os empresários e especialmente os **fundadores das empresas**²⁷. Se o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental protege a livre atividade empresarial²⁸ e os arts. 137.º, n. 2, e 157.º do Tratado da CE exigem o

fomento de um ambiente favorável às **pequenas e médias empresas** (ver *supra* § 2 I 5c), então o Estado e a Comunidade devem conformar as condições profissionais gerais e o domínio econômico de modo a que nenhum potencial empresário seja demovido de abraçar uma atividade independente. A muitas vezes referida **falta de empresários** é consequência de uma política unilateral de mercado de trabalho e de mercado profissional, que se concentra na proteção do trabalhador e relega para segundo plano o fundamento da sua atividade, o empresário responsável pelos postos de trabalho.

5. Liberdade de profissão e concorrência

O art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental é, do ponto de vista da sua origem histórica, um **direito de liberdade liberal** e um **direito de defesa** em face do Estado. Esta orientação de proteção exclui, em princípio, que o Estado seja obrigado a garantir **subsídios** (ver *supra* § 17 III)²⁹ e possibilidades de trabalho, não obstante o contido no art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental garantir as possibilidades futuras de aquisição ou de obtenção de lucro. De modo particular, o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental **não confere qualquer proteção contra a concorrência profissional de privados**³⁰. O exercício em concorrência da liberdade de profissão por titulares de direitos fundamentais mutuamente independentes entre si funda uma relação de concorrência, a qual resulta do art. 12.º da Lei Fundamental, como efeito natural de uma exigência de concorrência do direito de liberdade.

Porém, a concorrência ameaça a economia privada não apenas através de outros participantes econômicos privados, mas através da **Administração Pública**. Esta pode, tal como os privados, participar na vida econômica pela constituição e pela exploração de **empresas públicas** orientadas à obtenção do lucro (ver *infra* § 24). Também aqui é sustentada a opinião de que o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental não protegeria, em princípio, contra a **concorrência pública**³¹. Mas porque a resposta a esta questão não atinge apenas a liberdade de profissão, remetemos a solução do problema para as conclusões no âmbito do § 24 V.

III. Limitações à liberdade de profissão

1. Reserva de lei

Porque o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental constitui o fundamento da aceitação e do exercício de uma profissão e de uma indústria, é sempre importante saber sob que pressupostos e em que âmbito pode o legislador limitar o direito de escolha de profissão e de exercício da profissão. Pressuposto formal e de Estado de Direito é que a limitação ocorra através de lei ou com base numa lei (ver *supra* § 7 I) que satisfaça as exigências da Constituição para as leis limitadoras de direitos fundamentais³². Não é suficiente a cláusula geral de polícia³³.

2. Liberdade de profissão como direito fundamental unitário

A letra do art. 12.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental aponta, em primeiro lugar, no sentido de que só o exercício de profissão está sujeito a uma regulação por normas jurídicas. Porém, materialmente, nem sempre são claramente separáveis a escolha de profissão e o exercício de profissão. Acresce que o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental não diz nada sobre o **início da profissão**, que está entre a escolha de profissão e o exercício da profissão e sobre a **aceitação de outras atividades negociais** em complemento da atividade até agora exercida³⁴. Finalmente, seria incompreensível que admitíssemos qualquer pessoa para qualquer profissão e depois impedíssemos o exercício das profissões com a indicação de que os pressupostos do exercício da profissão não estariam preenchidos. Por estas razões, a opinião dominante considera o art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental como um direito fundamental unitário e em si fechado³⁵. Por isso, a reserva de regulação do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental — contra a letra da lei — amplia-se tanto à escolha da profissão como também ao exercício da profissão.

3. Escolha e exercício da profissão

As regulações da **escolha da profissão** dizem respeito à questão de saber se e sob que pressupostos pode ser admitida ou continuada uma

atividade.

Exemplos: O controle da aptidão profissional sob a forma de comprovação de formação; o controle da idoneidade; o controle do limite de idade para o exercício da profissão³⁶.

As regulações do **exercício da profissão** dizem respeito à questão de saber como e de que modo pode ser exercida uma atividade após o seu início, sem que haja repercussões sobre a liberdade da escolha de profissão.

Exemplos: Horários de encerramento de estabelecimentos comerciais³⁷; períodos de não funcionamento de restaurantes; observância da Lei de Proteção da Juventude; obrigação de inscrição de instruções de advertência nos produtores de tabaco³⁸; obrigação de empregar pessoas com deficiência grave³⁹.

Nem todas as limitações da liberdade de profissão podem ser enquadradas de forma inequívoca nas categorias esquemáticas de escolha da profissão ou de exercício da profissão. Especialmente no caso da referida alteração ou ampliação da atividade profissional, ou no caso de segundas atividades profissionais, é duvidosa a questão de saber se se trata apenas de uma questão de exercício da profissão. A clarificação desta questão é importante porque o exercício da profissão pode ser restringido por outros critérios, para além da escolha da profissão. Podem servir de ponto de apoio da apreciação: a imagem de apresentação externa, a configuração legal, os pressupostos de formação profissional, o peso social da atividade e a opinião geral.

4. Limitações profissionais segundo a teoria dos três níveis

O poder de regulação do legislador não se alarga, apesar do caráter unitário do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, em igual medida, à escolha de profissão e ao exercício da profissão. Do texto, do sentido do art. 12.º, n. 1, frase 1, da Lei Fundamental e de uma comparação com o conteúdo do art. 12.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental, segue-se que a norma pretende proteger, antes de mais, a escolha de profissão contra as ingerências do Estado. Formulado de outro modo: o poder de regulação é atribuído, em primeira linha, para o exercício da profissão. As limitações ao exercício da profissão não afetam tão fortemente os sujeitos económicos como as limitações à escolha de profissão, porque

a profissão escolhida já foi aceita. Por isso, aplica-se o princípio: o poder de regulação do Estado é tanto mais livre quanto mais ele se limitar a ser uma regulação do exercício da profissão e é tanto mais limitado quanto mais ele afetar a escolha da profissão. A liberdade de conformação é ainda maior se a norma não visar a regulação da profissão, mas servir a outros fins⁴⁰.

Esta tese foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal no chamado acórdão das farmácias⁴¹. O Tribunal fez a distinção entre três níveis, com efeitos distintos (**teoria dos três níveis**), aos quais pode recorrer o legislador no direito da liberdade de profissão⁴²:

- 1.º nível: regulações do **exercício da profissão** (“como”);
- 2.º nível: regulações dos **pressupostos subjetivos de admissão** da escolha de profissão (“se”);
- 3.º nível: **regulações objetivas** da escolha de profissão (“se”).

5. Os diferentes níveis

1.º nível: A liberdade de exercício da profissão pode ser limitada à medida que uma tal limitação esteja justificada por **considerações razoáveis de bem comum**.

Exemplos: Proteção do horário de trabalho, nos termos do art. 140.º da Lei Fundamental, combinado com o art. 139.º da WRV; proteção do consumidor⁴³.

Este critério limitativo é em geral sustentável, embora seja juridicamente pouco palpável e delimitável, não constituindo, como fórmula vazia que é, um verdadeiro impedimento às limitações ao exercício da profissão⁴⁴. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal deixou claro que a liberdade de exercício não pode ser limitada apenas no interesse de um controle mais fácil do Estado⁴⁵.

2.º nível: A **liberdade da escolha da profissão** só pode ser limitada através de normas de admissão **subjetiva** (estas são regulações cujo cumprimento depende da pessoa, embora apresentem um carácter objetivo — limites de idade⁴⁶, habilitações, idoneidade) à medida que a proteção de bens coletivos especialmente importantes o exija de forma obrigatória.

Exemplos: Decurso ordenado da circulação rodoviária, saúde pública⁴⁷.

3.º nível: A **liberdade de escolha de profissão** só pode ser limitada por normas **objetivas** de admissão (estas são regulações que se orientam, independentemente das qualidades pessoais, por critérios objetivos), à medida que o justifique a **proteção de bens coletivos de extraordinária importância** para a prevenção de perigos graves comprovados ou de ocorrência altamente provável.

Exemplos: Capacidade de funcionamento do serviço de socorro⁴⁸, saúde pública⁴⁹, limitação do exercício do vício de jogo⁵⁰.

A distinção entre bens económicos importantes e bens económicos de extraordinária importância é uma questão de ponderação e de avaliação e, por isso, inacessível num controle e numa delimitação satisfatória.

6. Limitações de profissão e princípio da proporcionalidade

As limitações à escolha da profissão e ao exercício da profissão, por outro lado, só são admissíveis, por razões de Estado de Direito e jurídico-fundamentais, se o princípio da proporcionalidade for respeitado (ver *supra* § 7 IV)⁵¹.

Exemplos: Não é necessário proibir a circulação de mercadorias pertencentes ao sortido colateral ou acessório das farmácias fora dos espaços da farmácia, como forma de assegurar o regular abastecimento de medicamentos⁵². O legislador deve controlar, após o decurso de um certo período de tempo, se a organização de competições desportivas sob a direção do monopólio do Estado é na realidade adequada a colocar barreiras aos perigos ligados aos jogos de fortuna e azar⁵³. Não seria compatível com art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental submeter, sem exceção, a produção de cerveja aos padrões de pureza alemã⁵⁴. Parece duvidoso que a “grande prova de capacidade” no artesanato possa continuar a ser considerada proporcional quando as circunstâncias jurídicas e económicas já são outras⁵⁵.

7. Monopólios estaduais e municipais de profissões

A mais acutilante das formas admissíveis de limitação objetiva de admissão é a **proibição absoluta de exercício de uma atividade** para o participante na economia privada. Por um lado, é prático declarar a

ilicitude de acesso a uma atividade que, noutras circunstâncias, seria, em geral, acessível a qualquer pessoa, como forma de evitar a colisão de interesses.

Exemplo: Proibição de determinadas duplas profissões, como, por exemplo, a proibição de um advogado ser simultaneamente agente de câmbios⁵⁶.

Por outro lado, existem proibições de atividade na forma de **monopólios** estaduais e municipais, e de **profissões públicas**.

Exemplos: Proteção contra incêndios fora das corporações de bombeiros; organização de Loto, Toto e de certos concursos desportivos⁵⁷; transportes de serviços de socorro⁵⁸; exploração de bancos de jogo⁵⁹.

Também estas profissões, incluindo os postos de trabalho na função pública, devem pautar-se pelo art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, desde que não exista qualquer norma especial, como, por exemplo, o art. 143b, n. 2, da Lei Fundamental⁶⁰. No entanto, o efeito deste direito fundamental é relegado para segundo plano pelas regulações especiais que atendem aos interesses do bem comum, como é o caso dos arts. 28.º, n. 2, e 33.º da Lei Fundamental⁶¹. Aqui pode ser considerado o fato de a Administração Pública não estar protegida contra a concorrência privada⁶².

Nos últimos tempos, a problemática jurídica do monopólio das profissões perdeu alguma da sua tensão anterior. O legislador abdicou, sob a pressão do direito comunitário e por razões de desregulação, de diversos monopólios, ou seja, criou formas duplas e, assim, também permitiu uma solução de economia privada paralela (ver *supra* § 3 III e *infra* § 26 II)⁶³.

8. Limitações profissionais de ordem material

Das já tratadas limitações jurídicas à liberdade de profissão devem ser distinguidas as **limitações de ordem material**. O art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental aplica-se quando se verifica uma ingerência numa posição jurídica já existente, quando se tem em vista uma limitação, quando existe uma ligação com o exercício da profissão e ainda quando uma norma apresenta um certo **caráter regulador de profissão**⁶⁴. Segundo a jurisprudência uniforme do Tribunal

Constitucional Federal, o espaço de liberdade especial que este direito fundamental pretende assegurar é também afetado por normas que, na sequência das suas consequências práticas, são adequadas a afetar a liberdade de profissão⁶⁵.

Exemplo: A atuação informal da Administração, por exemplo sob a forma de advertências (ver *infra* § 35) ou de publicação de testes de mercadorias, pode na prática, devido ao seu efeito prejudicial para a boa reputação, ter um efeito de ingerência no direito fundamental⁶⁶.

9. Limitações de direito comunitário

A liberdade de profissão também está sob uma reserva de direito comunitário, que no essencial resulta dos fins do direito comunitário primário.

Exemplos: Proteção do consumidor, tomada em consideração da política do mercado agrícola⁶⁷.

IV. Proteção econômica mundial da liberdade de profissão

A liberdade de profissão é protegida pelo direito econômico mundial, não obstante o referido significado econômico e social ser meramente marginal. A liberdade de profissão foi expressamente introduzida no Pato sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Mas os Estados contratantes só se comprometeram a dar passos adequados para a proteção deste direito. Por estas medidas entende-se o aconselhamento, programas de formação e o estabelecimento de princípios com vista ao pleno emprego. Em consequência, o direito é reduzido a um programa não vinculativo.

V. Liberdade de profissão e proteção dos espaços de comércio

1. Proteção do espaço comercial como dimensão espacial da liberdade de profissão

A relação de direito constitucional econômico entre os arts. 12.º e 13.º da Lei Fundamental resulta do fato de as atividades profissionais terem lugar, em geral, nos espaços de negócio. Se a Constituição

garante a liberdade de profissão, então é óbvio que ela também protege os espaços nos quais é exercida a profissão⁶⁸. É certo que a letra do art. 13.º da Lei Fundamental apenas se ocupa da habitação. No entanto, da posição sistemática deste direito fundamental entre a liberdade de profissão e a liberdade de empresa, por um lado, e da garantia de propriedade do que foi adquirido profissionalmente, por outro lado, bem como da interpretação teleológica deste preceito resulta que também são compreendidos os espaços econômicos. Não se trata aqui apenas de uma continuação da esfera privada num outro contexto da vida⁶⁹, mas da proteção autônoma da esfera negocial. Deste entendimento também parte a legislação. Na verdade, muitas normas jurídico-profissionais preveem uma limitação do direito fundamental consagrado no art. 13.º da Lei Fundamental, a fim de assegurar uma regular vigilância da profissão.

Exemplos: O § 22, n. 2, frase 3, do GastG; o § 17.º, n. 2, da HwO; o § 42.º, n. 2, do LFGB; o § 29.º, n. 2, da GewO; o § 16.º do GPSG; o § 52.º, n. 2, do BimSchG.

Especialmente os chamados direitos de orientação e de consulta são instrumentos típicos e amplamente difundidos da fiscalização econômica (ver *infra* § 29 III 2)⁷⁰. Nesta perspectiva, o art. 13.º da Lei Fundamental complementa o fator de produção trabalho, protegido no art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, para a dimensão espacial do exercício da profissão.

2. Âmbito de proteção material e limites

No conceito de **habitação** cai qualquer posse pacífica, que é definida como domínio, constante ou provisório, de permanência e de ação de uma pessoa. O conceito de habitação que, por razões de **proteção da esfera privada e da esfera negocial** deve ser entendido em termos amplos, alarga-se, assim, também aos espaços da habitação, do local de trabalho, aos espaços onde são desenvolvidas atividades industriais e comerciais utilizados para fins mistos, incluindo os espaços de negócio de acesso do público em geral⁷¹.

O exercício dos **direitos de entrada e de visualização** não é qualificado de busca, de modo que aqui não é aplicável a reserva de

autorização judicial prevista no art. 13.º, n. 2, da Lei Fundamental⁷². Antes pelo contrário, só se verifica uma **busca** quando algo é intencional e deliberadamente procurado, ou tem de ser apurado, e são adotadas condutas correspondentes (abertura de limites)⁷³. Este pressuposto não se verifica quando a ingerência se limita à entrada e visualização de objetos que estão à vista. Também a jurisprudência não considera os direitos de entrada e de observação típicos do direito administrativo econômico como ingerências e limitações, no sentido do art. 13.º, n. 3, da Lei Fundamental⁷⁴, mas faz, por consequência, outras exigências de legalidade, com menores efeitos de ingerência, que no essencial vão para além da observância da **reserva de lei** e do **princípio da proporcionalidade** (ver *supra* § 7). Esta *praxis* jurisprudencial é contraditória. O âmbito de proteção deve ser fixado de forma uniforme⁷⁵ e tem de determinar até que ponto o detentor do negócio, por razões negociais, renuncia à proteção da esfera negocial.

O Tribunal da Comunidade recusa a proteção de espaços negociais como objeto da proteção dos direitos fundamentais de direito comunitário, nomeadamente, com a fundamentação de que o nível de proteção estaria configurado de forma diferente nos diversos Estados-membros e não poderia ser extraído do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁷⁶. É certo que estes argumentos estão cobertos pela letra do art. 7.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, mas não convencem do ponto de vista metodológico. A solução tem de atender à confissão, feita no art. 4.º do Tratado da CE, a favor da economia de mercado, à proteção das liberdades fundamentais garantidas por força do art. 14.º, n. 2, e do arts. 9.º e seguintes do Tratado da CE, ao reconhecimento da liberdade de profissão e do direito de propriedade como princípios gerais do direito comunitário⁷⁷ e à proteção do sigilo negocial referido no art. 214.º do Tratado da CE.

¹ Cf. H. P. Schneider e H. Lecheler, *VVDStRL* 43 [1985], p. 7 e s. e 48 e s.

- [2](#) *BVerfGE* 84, 132, 146; 97, 169, 175; *BVerwGE* 96, 292, 296.
- [3](#) Cf. Ruffert, in: Ehlers (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 15.
- [4](#) *BVerfGE* 97, 169, 177.
- [5](#) EuGH, *EuZW* 1991, 313; Hilf/Hörmann, *NJW* 2003, 1, 5.
- [6](#) *BVerfGE* 21, 266.
- [7](#) *BVerfGE* 97, 12, 32; OVG Münster, *NWVBl.* 1992, 363; Gusy, *JA* 1992, 257, 261.
- [8](#) *BVerfGE* 97, 228, 253.
- [9](#) Cf., mais detalhadamente, Höfling, *DÖV* 1989, 110 e s.; Hufen, *NJW* 1994, 2913, 2915; Stober, in: *FS für Friauf*, 1996, p. 545 e s.
- [10](#) *BVerfG*, *NJW* 2000, 1779, e *NJW* 2002, 3460.
- [11](#) *BVerwGE* 87, 37, 41; *BVerwGE* 95, 15, 20; numa perspectiva crítica, cf. ainda Gassner, *GewArch.* 1993, 230 e s., Langer, *JuS* 1993, 203 e s.; cf. ainda Lauer, *Staat und Spielbanken*, 1993; Wesel, *NJW* 1999, 2865; Stühler, *NVwZ* 1997, 861 e s.
- [12](#) *BVerwGE* 96, 292, 296 e 96, 302, 307 e s.; *VerwArch.* 87 [1996], 395, 407 e s.; Gassner, *NVwZ* 1995, 449 e s.; Hösch, *GewArch.* 2002, 112, 114.
- [13](#) *BVerwGE* 114, 92, 97 e s.; *BVerfG*, *NJW* 2006, 1261 (Oddset).
- [14](#) *BVerfGE* 97, 228, 252 e 105, 252, 265.
- [15](#) *BVerwGE* 95, 15.
- [16](#) *BVerfGE* 97, 228, 253, 263.
- [17](#) *BVerfGE* 30, 292, 334.
- [18](#) *BVerfGE* 98, 365, 395.
- [19](#) Cf. *BVerfGE* 16, 286, 294; Stober, *NJW* 1981, 1529 e s.; Möstl, *WiVerw.* 2002, 213 e s.
- [20](#) *BVerfGE* 7, 377, 399; 50, 290, 362 e s.
- [21](#) *BVerwGE* 71, 183, 188; 89, 281, 283.
- [22](#) *BVerfGE* 21, 173, 179; 87, 287; BGH, *NJW* 2004, 212.
- [23](#) Cf. também *BVerfGE* 85, 360, 372 e s.
- [24](#) *BVerfG*, *NJW* 2003, 2815.
- [25](#) Cf., mais detalhadamente, *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Ds.* 12/6000, p. 75 e s.; Wieland, *VVDStRL* 59 [2000], 13 e s.
- [26](#) Cf. ainda *BVerfGE* 97, 169, 175.
- [27](#) *BVerfGE* 93, 165, 170, 175; Geisendörfer, *GewArch.* 1995, 41 e s.
- [28](#) *BVerwGE* 89, 281, 283.
- [29](#) *BVerfGE* 82, 209, 223.
- [30](#) *BVerfGE* 55, 261 e s.; 94, 372, 395, 399; *BVerfG*, *NJW* 2003, 3472 e s.

- [31](#) *BVerfGE* 24, 236, 251; *BVerwG*, *DÖV* 1978, 851 e s., e *BVerwG*, *DVBl.* 1996, 153.
- [32](#) *BVerfGE* 80, 257; *BVerfGE* 99, 202, 211.
- [33](#) *BVerwG*, *GewArch.* 2002, 154.
- [34](#) *BVerwGE* 51, 235 e s.; BGH, *NJW* 1997, 2422.
- [35](#) *BVerfGE* 7, 377, 402.
- [36](#) *BVerfGE* 64, 72, 82; *BVerfG*, *NJW* 1998, 1776; *BVerfG*, *NJW* 2001, 1779; *BVerfG*, *GewArch.* 2005, 243.
- [37](#) *BVerfG* *NJW* 2002, 666 e s., e *BVerfG*, *NJW* 2004, 2363, 2365.
- [38](#) *BVerfGE* 95, 173, 181 e s., com comentário de Di Fabio, *NJW* 1997, 2863 e s.
- [39](#) *BVerfG*, *NJW* 2005, 737.
- [40](#) *BVerfG*, *DVBl.* 1992, 276 e s.
- [41](#) *BVerfGE* 7, 377.
- [42](#) Numa perspectiva crítica, cf. J. Ipsen, *JuS* 1990, 634 e s.; Czybulka, *NVwZ* 1991, 145 e s.; Gusy, *JA* 1992, 257 e s.; Langer, *JuS* 1993, 202; Brandt, *JA* 1998, 82 e s.
- [43](#) *BVerfG*, *GewArch.* 1998, 333, e *BVerfGE* 105, 252, 272.
- [44](#) Cf. Hufen, *NJW* 1994, 2913, 2918.
- [45](#) *BVerfGE* 86, 28.
- [46](#) *BVerfGE* 9, 338; *BVerfG*, *NJW* 1998, 1776; *BerlVerfGH*, *LKV* 1998, 351 e s.
- [47](#) *BVerwGE* 66, 126, 130 e 367, 370; *BVerfG*, *NJW* 2004, 2890.
- [48](#) *BVerwGE* 97, 79, 84; OVG Münster, *NWVBl.* 1996, 26 e s.
- [49](#) *BVerfGE* 107, 186, 196.
- [50](#) *BVerwGE* 96, 292, 298; 114, 92, 98 e s.; *BVerfGE* 102, 197 e s.; *BVerfG*, *NJW* 2006, 1261.
- [51](#) Cf., por exemplo, *BVerfG*, *NJW* 1998, 2811, e *DVBl.* 2000, 1765; *BVerfGE* 102, 197 e s.; BGH, *NJW* 2001, 3707, 3709.
- [52](#) BGH, *GewArch.* 1999, 372 e s.
- [53](#) *BVerwGE* 114, 92 e s.; BGH, *NJW* 2001, 1569; cf. também VGH Kassel, *GewArch.* 2004, 153 e s.; OVG Lüneburg, *GewArch.* 2005, 282, 284; BayVGH, *GewArch.* 2005, 78, 82; *BVerfG*, *NJW* 2006, 1261; BGH, *NJW* 2006, 362; Berg, in: *FS für H. H. von Arnim*, 2004, p. 17 e s.
- [54](#) *BVerwG*, *GewArch.* 2005, 373 e s.
- [55](#) *BVerfG*, *GewArch.* 2006, 71 e s.
- [56](#) BGH, *NJW* 2004, 212.
- [57](#) *BVerwG*, *GewArch.* 2001, 334 e s.; *BVerwGE* 114, 92, 102; Rausch, *GewArch.* 2001, 102 e s.; Dietlein/Thiel, *NWVBl.* 2001, 170 e s.

[58](#) BVerwGE 97, 79, 84; BVerwG, *NJW* 1996, 1608; BVerwGE 97, 79, 83; OVG Münster, *NWVBl.* 1996, 26 e s.

[59](#) BVerfGE 102, 197 e s. e ainda Thiel, *GewArch.* 2001, 96 e s.; VGH München, *NVwZ-RR* 2003, 202; OVG Saarlouis, *NVwZ-RR* 2004, 740 e s.

[60](#) VGH Mannheim, *GewArch.* 2002, 376; BVerfG, *GewArch.* 2004, 68 e s.; BGH, *NJW* 2006, 362.

[61](#) BVerfGE 73, 280, 292 e s.; BVerfGE 96, 158, 163; neste sentido, BVerwGE 91, 24, 30; 96, 302, 307.

[62](#) Neste sentido, BayVerfGH, *DVBl.* 2005, 436, 438.

[63](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997; idem, *NJW* 1997, 889 e s.

[64](#) BVerfGE 55, 7; 82, 209, 223 e s.; 97, 228, 254 e s.

[65](#) BVerfGE 61, 291, 308; 71, 183, 191; VGH Mannheim, *NJW* 2003, 983, 986; cf., mais detalhadamente, Albers, *DVBl.* 1996, 233, 239 e s.

[66](#) BVerwGE 87, 37; BVerwG, *GewArch.* 1996, 465 e s.; Murswiek, *DVBl.* 1997, 1021 e s.

[67](#) EuGH, *EuZW* 1996, 313, e *EuZW* 1995, 109.

[68](#) BVerfGE 32, 54, 68; 76, 83, 88; BVerfG, *NJW* 1997, 2165; Battis, *JuS* 1973, 25.

[69](#) Neste sentido, *DVBl.* 1994, 611 e s.

[70](#) Cf., mais detalhadamente, Figgenger, *Behördliche Betretungsrechte und Nachschaubefugnisse*, 2000, p. 13.

[71](#) BVerfGE 32, 54 68; 97, 228, 265; BVerwG, *NVwZ* 1986, 831; BGH, *NJW* 1994, 2773; BGH, *NJW* 1997, 1018; BVerwG, *GewArch* 1995, 332; Dagtoglou, *JuS* 1975, 753; Figgenger, *Behördliche Betretungsrechte und Nachschaubefugnisse*, 2000, 38 e s.

[72](#) BVerwG, *GewArch.* 1988, 121 e s.; OVG Hamburg, *DÖV* 1997, 384 e s., com outras referências; Thiel, *GewArch.* 2001, 403 e s.; Ennuschat, *AöR* 127 [2002], 252 e s.

[73](#) BVerfGE 51, 97, 106 e s.; OVG Hamburg, *DÖV* 1997, 384 e s., com outras referências; BVerwG, *NJW* 2005, 454.

[74](#) BVerfGE 32, 54, 73 e s.; BVerwG, *NVwZ* 1986, 831; BVerwG, *GewArch.* 1988, 121 e s.

[75](#) Cf. também Voßkuhle, *DVBl.* 1994, 611, 613; Kühne, in Sachs (ed.), *GG-Kommentar*, Art. 13, n.m. 41; Figgenger, *Behördliche Betretungsrechte und Nachschaubefugnisse*, 2000, p. 57; Herdegen, in: *BK*, Art. 13, n.m. 71 e s.

[76](#) EuGH, *NJW* 1989, 3080 e, mais detalhadamente, Herdegen, *BK*, Art. 13, n.m. 20 e s.

[77](#) Ress/Ukrow, *EuZW* 1990, 499, 502; EuGH, *EuZW* 1994, 688, 692.

§ 22. LIBERDADE DE PROPRIEDADE E SOCIALIZAÇÃO

I. Conceito e significado de propriedade

1. Âmbito de aplicação material e pessoal

O art. 14.º da Lei Fundamental garante o **direito à propriedade** no território alemão e garante a **sua substituição pelo respectivo valor nas privações da propriedade**. A **garantia do direito sucessório** complementa a garantia de propriedade e forma, conjuntamente com esta, a base jurídico-constitucional do enquadramento privado do patrimônio¹. A garantia do direito sucessório exprime-se na autodeterminação individual da liberdade de realização testamentária e no, muitas vezes ancorado na lei, **direito à continuação de exploração industrial** por sucessão² (ver, por exemplo, o § 8.º do GüKG). O âmbito de aplicação pessoal do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental é abrangente. Neste direito fundamental podem-se apoiar **estrangeiros**, bem como, considerando a sua natureza, também **pessoas coletivas** (art. 19.º, n. 3, da Lei Fundamental). O mesmo é válido para as **sociedades comerciais**³. Por isso, para os investimentos estrangeiros na República Federal da Alemanha não é necessário qualquer acordo de proteção do investimento, o que frequentemente é necessário para a proteção dos investimentos alemães no estrangeiro (ver *supra* § 16 III 2)⁴.

2. O art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental como proteção do que é adquirido profissionalmente

O art. 14.º da Lei Fundamental é, a par do art. 12.º do mesmo diploma, o segundo direito fundamental mais importante da liberdade económica. Compete-lhe, na estrutura global dos direitos fundamentais, a função de assegurar um espaço de liberdade no domínio jurídico-patrimonial e de possibilitar ao titular do direito fundamental, pela atribuição e pela garantia de direitos de uso, de fruição e de disposição, uma conformação autorresponsável da sua vida⁵. Este conteúdo corresponde ao art. 17.º, n. 1, da Carta Europeia dos Direitos do Homem. Ele complementa, por assim dizer, o art. 12.º,

n. 1, da Lei Fundamental, quanto à proteção dos **fatores de produção ou dos meios de produção terrenos e capital**, sem se limitar a eles. Ele toma, assim, em consideração que o cidadão assegura o fundamento econômico da sua existência e as suas liberdades sobretudo através do produto do seu trabalho⁶ e que a aquisição só faz sentido se o que é adquirido puder ser conservado. Por isso, o art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental responde à questão central, decisiva dos pontos de vista econômico e sistemático, da proteção da propriedade, no sentido de que ele reconhece o **patrimônio em bens de valor patrimonial que foi adquirido pelo trabalho próprio e pela prestação de serviços**. Em qualquer caso, o titular de propriedade tem um direito a que permaneça nas suas mãos, na sua essência, a utilidade privada do que foi adquirido e o poder de disposição das posições jurídicas de valor patrimonial adquiridas⁷. Enquanto o art. 12.º da Lei Fundamental protege a aquisição, a atividade enquanto tal, o art. 14.º da Lei Fundamental protege **o que foi adquirido**, o resultado da atividade econômica e, assim, a base econômica privada disponível da liberdade individual. Se o poder público interferir na liberdade da atividade individual de aquisição e de prestação de serviços, então aplica-se o art. 12.º da Lei Fundamental. Se o poder público limitar mais a posse e a utilização dos bens patrimoniais existentes, então é atingido o art. 14.º da Lei Fundamental⁸.

Desta delimitação e da recondução ao que foi adquirido resulta que o art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental apenas protege **posições jurídicas** que já pertençam a um sujeito jurídico. É a “existência” concretamente existente em direitos e bens que adquire **proteção de existência**. Pelo contrário, não são garantidas **nem oportunidades de transação, nem oportunidades de negócio, nem oportunidades de lucros**, nem possibilidades de ganho assentes em circunstâncias fatuais que ainda se situam no futuro, porque a Constituição não pode garantir a disposição daquele que procura⁹. Por conseguinte, o art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental não garante uma **proteção para a aquisição**, sendo em primeiro lugar reportado ao passado e ao presente.

Exemplos: A utilização de uma estrada para a exploração de uma estação de serviço não protege contra o encerramento da estrada¹⁰. O art. 14.º, n. 1, da Lei

Fundamental não garante a possibilidade de venda futura de um produto¹¹.

Porque a proteção da propriedade, enquanto garantia, é independente das pessoas, sendo que, deste modo, dela goza todo o proprietário em igual medida, o art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental **não confere qualquer proteção contra a concorrência possível**¹².

3. Para o conceito de propriedade

O **conceito de propriedade** é multiforme e mais amplo que o previsto no direito civil. Isto está ligado, por um lado, ao fato de o art. 14.º da Lei Fundamental não conhecer um conceito autônomo jurídico-constitucional de propriedade e, por conseguinte, não estar preestabelecido numa determinada direção. Por outro lado, o conceito de propriedade deve ser entendido de forma aberta ao desenvolvimento e tem de ser acessível a uma alteração de significado. Esta componente dinâmica resulta da experiência e da exigência histórica, a qual coloca a economia na capacidade de prestação deste instituto jurídico. Assim, na sociedade pré-industrial o ponto central da proteção da propriedade residia na garantia da **propriedade material** dos camponeses, senhores de terras e industriais. Na moderna sociedade que pratica a divisão do trabalho, **industrial, de prestação de serviços e de informações**, para a garantia econômica da conformação da vida é necessário, a par da clássica propriedade privada de bens, também incluir outras posições patrimoniais, na medida em que elas apenas possibilitem a constituição da base de vida econômica e a liberdade de desenvolvimento econômico. Assim, uma garantia essencial de liberdade da propriedade reside no fato de os bens materiais e o dinheiro serem livremente trocáveis entre si (**dinheiro como marca de liberdade**)¹³. Na base deste entendimento de propriedade é adequado falar, em conjunto com o art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental, não tanto numa garantia material, mas, antes pelo contrário, de uma garantia de titularidade jurídica. Isto significa que a propriedade tem de ser entendida não só fisicamente, mas — como expressamente está referido no art. 17.º, n. 2, da Carta Europeia de Direitos Fundamentais — também como **propriedade intelectual** e como direito unitário¹⁴, que também toma em consideração as condições da *new economy*¹⁵.

Assim, **uma Proteção eficaz das patentes e dos programas de computador**¹⁶ é condição fundamental da disponibilização para o investimento, para a investigação e para o desenvolvimento da economia e da sua capacidade de concorrência. Em concreto, a propriedade intelectual abarca as seguintes posições jurídicas: o direito de autor (vejam-se também o § 69a do UrheberrechtsG e os arts. 9.º e s. do TRIPs), os direitos de proteção aplicados, incluindo patentes de descobertas biotecnológicas¹⁷, o modelo industrial, os direitos de arrendatário, de gravação sonora, designações geográficas, incluindo a designação de origem, marcas de mercadorias, marcas de prestação de serviços, circuitos integrados de *popografien (layout-designs)*, mas não o domínio de internet¹⁸.

O Ministério Federal de Justiça apresentou, no fim de 2005, um projeto para a transposição da Diretiva Comunitária 2004/48/EG relativa à imposição do direito de propriedade intelectual, com vista a reforçar a propriedade intelectual e a facilitar o combate à pirataria de produtos.

II. Formas de manifestação da propriedade econômica

O conceito de propriedade que se retira do direito constitucional¹⁹ compreende, do ponto de vista do direito administrativo econômico, nomeadamente, as seguintes formas de manifestação:

1. Posições jurídico-privadas da propriedade

a. Liberdade de construção e proteção do patrimônio para as construções econômicas

No sentido do § 903.º do BGB, é protegida a **propriedade física** como o direito de proceder com uma coisa por livre critério e de excluir outros de qualquer interferência, nos limites da lei ou dos direitos de terceiro.

Para o empresário, o direito de propriedade é relevante sobretudo sob o ponto de vista da **utilização comercial dos prédios industriais, das instalações de produção, das lojas de armazenamento, das lojas comerciais** etc. Esta é a questão da **proteção pela propriedade da liberdade de construção**. O direito de propriedade tem em vista

pôr em segurança o que foi criado pelo exercício da propriedade. Desta perspectiva, o art. 14.º, n. 1, frase 1, da Lei Fundamental compreende o direito de fazer uso funcional de um projeto, no **quadro do efeito legalizador**, no respeito pelo direito administrativo econômico e pelo direito administrativo das construções aplicáveis no ato de instituição. É controversa uma proteção da existência diretamente decorrente da Constituição que vá para além da construção econômica. A proteção da existência pode, no caso da identidade do edifício, alargar-se à **proteção da existência passiva** e, no caso de normas do direito das construções atuais em sentido contrário, à conservação da utilização funcional ou a uma **proteção da existência ativa de efeito mais amplo** para a garantia da utilização funcional (investimentos sequenciais, trabalhos de modernização e trabalhos de reposição). No passado foram reconhecidos direitos a licenças no quadro da proteção da existência ativa e passiva²⁰. No entanto, nos últimos tempos impõe-se o entendimento de que, considerando a característica da norma do art. 14.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental, da proteção da existência não poderá haver, fora da regulação legal, um direito constitucional direto à admissão de um projeto²¹. Isto é válido especialmente para as **alterações significativas do existente e para as alterações relevantes das funções** sob a forma de ampliação da empresa e de alterações de utilização²².

b. Valores patrimoniais dos direitos econômicos

Por outro lado, na proteção do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental caem, no domínio do direito privado, em princípio, todos os **direitos de valor patrimonial** que ao legitimado foram confiados pelo ordenamento jurídico de forma a ele poder exercer, para seu benefício privado, os poderes inerentes no âmbito da sua própria responsabilidade²³.

Exemplos: Direito resultante de um contrato de compra e venda²⁴; direito de preferência na compra²⁵; hipoteca; servidão; direito de autor e direito de invenção²⁶ (ver *supra* § 22 I 3).

É controversa a questão de saber se os **sigilos de indústria e de comércio** formam um direito de valor patrimonial autónomo no

sentido do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental. Por um lado, argumenta-se que os sigilos de indústria e de comércio constituem um valor patrimonial “ganho” e seriam funcionalmente idênticos a um direito de proteção industrial²⁷. Por outro lado, acentua-se que o enquadramento jurídico se limita a proteger os legitimados contra uma “espionagem”, mas aos quais na realidade apenas estaria atribuída a proteção de informação²⁸. Esta fundamentação desconhece que o conceito de propriedade, que deverá ser entendido funcionalmente e exclusivamente pautável pela Constituição, não pode deixar sem proteção especialmente a base do sucesso empresarial e a garantia das posições econômicas²⁹.

O art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental protege apenas o direito de valor patrimonial concreto e não o **patrimônio** enquanto tal, que constitui o arquétipo de todos os bens de valor pecuniário de uma pessoa³⁰. É certo que este preceito aceita o dinheiro como uma forma de manifestação da propriedade. Mas, pelo contrário, é controversa a questão de saber se a garantia de propriedade abarca uma **garantia de valor pecuniário** no sentido de uma proteção de valor de troca ou de proteção contra a inflação³¹. Este entendimento deve ser recusado³², desde logo, porque a **obrigação**, estabelecida no art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental e nos arts. 2.º e 4.º do Tratado da CE, **de garantia da estabilidade monetária** (ver *supra* § 10 III e 14 III) não fundamenta um direito subjetivo³³. Na verdade, o valor pecuniário é especialmente dependente da comunidade e está confiado a determinadas instituições³⁴. Por outro lado, o valor de proteção não é idêntico a uma proteção da existência, que é pressuposto de um reconhecimento nos termos do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental³⁵. Pelo contrário, o art. 14.º da Lei Fundamental exige a recepção dos valores pecuniários que são substância do que foi adquirido, no sentido de uma **obrigação de garantia de valor**³⁶.

c. A exploração produtiva edificada e exercida

Uma posição de destaque ocupa o **direito à exploração produtiva do que foi edificado e exercido**, que também é conhecido por “outro direito”, nos termos do § 823.º, n. 1, do BGB³⁷.

O conceito compreende a praxis **constituída e exercida livremente**³⁸, a **exploração agrícola**³⁹ ou a **empresa**. A exploração produtiva, no sentido do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental, é definida como a reunião orgânica de meios pessoais e materiais para uma empresa orientada à produção⁴⁰. Segundo a opinião geral, a exploração produtiva está protegida não só na sua própria existência, mas em princípio também nas suas diferentes formas de manifestação, no que deve ser integrado todo o círculo de atividade industrial que capacita a exploração a produzir efeitos na economia e perfaz o valor econômico da empresa⁴¹. A proteção pressupõe que o detentor da empresa pode confiar na subsistência das circunstâncias e vantagens descritas ⁴².

Exemplos: Prédios e espaços da empresa, máquinas e outros objetos de equipamento, *stocks* de mercadorias, rol de clientes, contatos de negócios, créditos a recuperar, imagem da empresa e direitos de proteção industrial⁴³, fundos comerciais da empresa, *good will*⁴⁴, sigilos negociais⁴⁵, conceitos de *franchising*.

Enquanto o Supremo Tribunal alemão, o Tribunal Administrativo Federal⁴⁶ e a doutrina dominante se atêm à descrição referida e à figura jurídica da exploração industrial constituída e exercida⁴⁷, o Tribunal Constitucional Federal voltou a suscitar, nos últimos tempos, a questão de saber se, enquanto tal, a exploração industrial apresentará a marca constitutiva da propriedade jurídico-constitucional e se será obrigatória a proteção jurídico-constitucional da exploração industrial⁴⁸. O Tribunal considera que, do ponto de vista do direito de propriedade, a empresa é na realidade, e não juridicamente, concentração das coisas e dos direitos que fazem parte do seu patrimônio, que já em si estão protegidos contra ingerências inconstitucionais⁴⁹.

Por isso, a figura jurídica da exploração industrial constituída e exercida só possui significado jurídico-constitucional autônomo se enquanto tal for coativamente imposta um **proteção jurídico-constitucional suplementar da exploração industrial**. Este entendimento deve ser seguido, porque a importância jurídico-patrimonial da exploração industrial, enquanto organismo global a

funcionar, é, quanto a uma visão economicamente imposta (por exemplo, nos termos dos §§ 1 e s. do *BewertungsG*) e devido ao efeito das sinergias e à utilização de potenciais endógenos, evidentemente uma outra realidade que está para além da soma das suas diferentes coisas e direitos⁵⁰. Por isso, Supremo Tribunal alemão acentua que as coisas e os direitos apenas na sua “globalidade perfazem o valor econômico de uma empresa”⁵¹. Também o Tribunal Constitucional Federal reconhece, nos últimos tempos, o papel da exploração “como unidade funcional economicamente pertencente a um todo”⁵².

d. Utilização especial de vizinhança e instalações publicitárias

No âmbito de proteção da exploração empresarial cai também a chamada **utilização especial de vizinhança**, entendida como uso comum mais intenso de uma estrada na forma de um “contato necessário para o exterior”⁵³. De forma correspondente às execuções para proteção da propriedade na construção econômica, **a utilização especial de vizinhança** não confere qualquer posição jurídica decorrente do art. 14.º, n. 1, frase 1, da Lei Fundamental. Antes pelo contrário, a amplitude da garantia orienta-se pelo direito das estradas, que determina o seu conteúdo e os seus limites⁵⁴. Esta prática jurisprudencial reduz a posição jurídica do explorador industrial à realização de um adequado equilíbrio de interesses. Ele só é equilibrado se for reconhecida uma necessidade econômica obrigatória do explorador industrial na comunicação e, assim, no uso mais intenso⁵⁵. De forma correspondente, devem ser sobretudo considerado o interesse no acesso à estrada e a acessibilidade ao prédio a partir da estrada.

É controversa na jurisprudência a questão de saber se e em que medida os **equipamentos de publicidade** das explorações industriais caem na utilização especial de vizinhança jurídico-constitucionalmente protegida. O Supremo Tribunal alemão considera que o potencial publicitário vai para além do uso comum e constitui **utilização especial da estrada** sujeita a autorização e geralmente a custos⁵⁶. Em sentido contrário aponta o fato de também nestes casos o empresário ser obrigado ao uso das estradas públicas para fazer a publicidade da

sua exploração empresarial e de a utilização da estrada ainda se conter, numa ponderação dos interesses, no quadro da suportabilidade coletiva⁵⁷.

2. Posições jurídico-públicas da propriedade

a. Propriedade baseada na prestação de serviços ou no emprego de capital

Porque durante muito tempo a garantia de propriedade apenas teve em vista a **proteção da propriedade privada**, é controversa a questão de saber se e em que medida as **posições patrimoniais de direito público** caem no âmbito de garantia do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental⁵⁸. O Tribunal Constitucional Federal já concluiu, por diversas vezes, que o art. 14.º da Lei Fundamental protege completamente a propriedade, tal como o direito civil e as visões sociais o terão conformado⁵⁹. No entanto, é demasiado formal a distinção conceitual entre **posições de direito privado e de direito público**⁶⁰. Esta distinção não permite uma delimitação vinculativa ou segura, no sentido do entendimento material e amplo que deve ser feito do art. 14.º da Lei Fundamental. Por isso, com razão impôs-se na jurisprudência e na doutrina a opinião de que para o reconhecimento da proteção da propriedade seria decisivo saber se a posição jurídica assenta em **trabalho próprio ou no emprego de capital**, no sentido de uma prestação própria equivalente.

Exemplos: A verificação destes pressupostos deve ser reconhecida, por exemplo, quanto aos direitos de taxa do concessionário dotado de poderes de prossecução de direito público (inspeção periódica de automóveis, notário, serviço distrital de limpeza de chaminés⁶¹) e recusada para a conservação de privilégios económicos através de um antigo monopólio imposto de fato pelo Estado (TÜV)⁶².

Em geral, reconhece-se que os direitos públicos subjetivos na forma de **licenças**, autorizações e atos semelhantes, que servem de base à atividade económica e profissional, reforçam a propriedade no sentido do art. 14.º da Lei Fundamental quando o projeto permitido é “**posto a funcionar**” pelo emprego de capital ou de trabalho⁶³.

b. Para a proteção da propriedade das subvenções

Relativamente à proteção da propriedade de pretensões a subvenções, deve ser feita uma distinção⁶⁴. Também aqui se coloca, em primeiro lugar, a questão de saber se existe uma posição de propriedade no sentido do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental. Esta questão é respondida negativamente pela jurisprudência relativamente aos subsídios que assentam exclusivamente em garantias estaduais unilaterais e não numa prestação própria do destinatário da subvenção. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal⁶⁵ chama a atenção para o fato de que as subvenções estaduais provenientes de meios orçamentais não seriam recebidas pelo seus beneficiários pelo fato de eles preencherem os pressupostos do fomento, dos quais fariam parte, em regra, determinadas prestações próprias. A subvenção não é obtida por uma prestação própria, mas a substitui. Por outro lado, os subsídios são, em geral, conformados como previsões discricionárias para cuja recepção apenas existe uma possibilidade hipotética, que não é comparável a um direito pleno dotado de uma expectativa como pressuposto de um reforço⁶⁶.

Pelo contrário, a proteção da propriedade no caso de bens jurídicos que são obtidos com a ajuda de subsídios ou benefícios fiscais não está, à partida, excluída, sempre que também têm lugar **prestações próprias**⁶⁷.

3. Dever de pagamento de taxa e proteção da propriedade

O âmbito de proteção do art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental não é, em princípio, segundo jurisprudência permanente e inconsequente, atingido pela **imposição de obrigações de pagar taxas ou prestações em dinheiro** (ver *supra* § 15 I 1c e *infra* § 44), mas apenas no caso de efeito estrangulador⁶⁸. Para a fundamentação, argumenta-se que a garantia de propriedade não protege o patrimônio enquanto tal. Se partirmos da ideia de que a decisão a favor do Estado fiscal proíbe o financiamento através de aquisição pelo Estado (ver *infra* § 24) e pressupõe a participação na propriedade de utilização privada⁶⁹, isso significa, simultaneamente, que o art. 14.º, n. 1, da Lei Fundamental é aplicável. As obrigações fiscais são consequência da utilização dos mercados abertos pela comunidade jurídica⁷⁰ e das posições jurídicas

adquiridas e é expressão da vinculação social da propriedade protegida. De resto, a jurisprudência apenas pretende reconhecer proteção jurídico-fundamental no quadro dos arts. 2.º, n. 1, e 12.º, n. 1, da Lei Fundamental (ver *supra* § 21 III 9). Esta opção é contrária à sistematização. Ela é contrária à proteção jurídico-fundamental da propriedade de indústria e comércio. Ainda não está clarificada a questão de saber se a chamada jurisprudência do valor unitário do Tribunal Constitucional Federal assinala uma mudança dogmática, na qual o Tribunal recorre tanto ao art. 2.º, n. 1, da Lei Fundamental quanto ao art. 14.º da mesma Lei Fundamental⁷¹.

III. Alcance e limites da propriedade

1. Vinculação social clássica

O **alcance concreto da garantia de propriedade** resulta da determinação do conteúdo e dos limites da propriedade que, nos termos do art. 14.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental, é da competência do legislador. **A garantia de existência, o mandato de regulação** (art. 14.º, n. 1, frase 2, da Lei Fundamental) e a **vinculação social** (art. 14.º, n. 2, da Lei Fundamental) estão numa indissolúvel interdependência, como também prevê o art. 17.º, n. 1, da Carta Europeia de Direitos Fundamentais. No entanto, nenhum dos referidos fatores pode ser diminuído através de taxa. Antes pelo contrário, todos devem ser colocados num equilíbrio proporcional⁷².

Exemplo: Tolerância de trabalhos de melhoramento em estradas e de desvantagens econômicas causadas por planos do Estado⁷³. Limitação da proteção de patente, nos termos do § 24.º do PatG, do § 61.º do UrhG e do art. 31.º da Convenção TRIPs, no interesse do fornecimento à população em estado de necessidade de medicamentos a preços reduzidos pela emissão de licenças obrigatórias⁷⁴. Obrigação de entrega de aparelhos (que são substituídos), nos termos do § 54a UrhG⁷⁵. Dever de tolerância do proprietário, nos termos do § 76.º do TKG⁷⁶. Não há um poder de emissão (poluidora) no caso de instalações que foram autorizadas, porque o ar não pode ser enquadrado na utilidade privada⁷⁷.

2. Obrigações ecológicas, democráticas, informacionais e culturais

A par da clássica **vinculação social** da propriedade, o uso da propriedade é determinado no caso de numerosas outras exigências de bem comum. Por conseguinte, podemos também falar de uma **vinculação ecológica**⁷⁸, de uma **vinculação democrática**, de uma **vinculação cultural** e de uma **vinculação de informação** da propriedade⁷⁹. Por isso, o justo equilíbrio da propriedade privada com a vinculação da propriedade evolui, cada vez mais, no sentido de uma questão central do direito administrativo econômico⁸⁰.

Exemplos: A obrigação democrática exprime-se em normas de consentimento; a obrigação de cultura exprime-se na entrega de um exemplar no caso de obras impressas⁸¹; a obrigação de informar exprime-se na disponibilização gratuita de sistemas de chamada de urgência, nos termos do § 108.º do TKG; e a obrigação ambiental exprime-se em imposições onerosas de reequipamento das instalações para a “reposição do estádio da técnica”⁸².

3. Vinculação ao conteúdo e expropriação

Nos termos do art. 14.º, n. 3, da Lei Fundamental, são possíveis **expropriações**. Trata-se aqui do reverso da medalha do art. 14.º, n. 1, frase 1, da Lei Fundamental, porque a expropriação se orienta à **retirada de posições jurídicas protegidas concretamente**⁸³. O Supremo Tribunal alemão e o Tribunal Administrativo Federal já não delimitam gradualmente normas de conteúdo e de limites de expropriações consoante a gravidade, a vítima especial, a suportabilidade ou de acordo com idênticas teorias de delimitação⁸⁴. Antes pelo contrário, eles aplicam, em princípio, a chamada teoria da separação, do Tribunal Constitucional Federal. Segundo esta teoria, só podemos falar de expropriação quando exista uma ingerência numa posição jurídica individual e concreta⁸⁵.

Exemplos: A cessação de laboração de uma indústria de destruição de corpos de animais, que teve lugar com base numa norma legal, não é uma expropriação, porque falta uma expectativa digna de proteção de também no futuro poder proceder à destruição de corpos de animais⁸⁶. A utilização de imóveis privados é, nos termos do § 76.º do TKG, uma determinação de concretização da vinculação social⁸⁷.

As expropriações só são legítimas se for inevitável para a prossecução das funções públicas trazer para a posse do Estado o objeto de propriedade em concreto. Neste caso, a garantia de existência converte-se numa garantia de valor⁸⁸.

O **confisco** não constitui expropriação, permitido por exemplo no § 34.º do AWG, por violação das leis penais e administrativas. O confisco apenas concretiza a obrigação do proprietário e, devido ao seu carácter sancionador, legitima a **destruição**⁸⁹. De forma idêntica se passam as coisas com a extinção de benefícios (§ 43.º do TKG, § 33.º do EnWG).

IV. Proteção da propriedade e socialização

Enquanto o art. 14.º da Lei Fundamental garante a propriedade, nos termos dos arts. 15.º e 74.º, n. 1 e 15, da Lei Fundamental, os subsolos e os solos, os tesouros da natureza e os meios de produção, os edifícios, as instalações, os produtos semimanufaturados e as patentes podem ser integrados, para fins de socialização, na propriedade coletiva ou noutras formas de economia coletiva. Desta autorização não foi feito qualquer uso até agora⁹⁰.

V. Proteção da propriedade pelo direito comunitário

O direito comunitário reconhece a **propriedade dos Estados-membros** nos arts. 30.º e 295.º do Tratado da CE⁹¹. Além disso, o art. 17.º, n. 2, da Carta Europeia dos Direitos do Homem acentua a proteção da **propriedade intelectual**⁹². No entanto, estas normas não garantem quaisquer direitos subjetivos. Por outro lado, a norma de remissão do art. 295.º do Tratado da CE não deve ser entendida no sentido de que, preferencialmente, vigoram os conteúdos de propriedade protegidos pelas Constituições dos Estados-membros. Este modo de ver não permitiria a realização do mercado interno dos direitos de propriedade. Antes pelo contrário, a proteção da propriedade faz parte, segundo a jurisprudência do Tribunal da Comunidade, dos princípios gerais do direito comunitário⁹³ que são assegurados pelo 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos

Direitos do Homem⁹⁴. A propriedade também é assegurada pela liberdade de **estabelecimento** e pela **liberdade de circulação de capitais** (ver *supra* § 9 VII e IX). O Tribunal da Comunidade não se pronunciou até agora, em termos globais, sobre o conteúdo econômico concreto da garantia de propriedade. Em harmonia com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com a jurisprudência alemã, as oportunidades de aquisição não são protegidas, porque a incerteza faz parte da natureza da atividade econômica⁹⁵. Ainda não foi expressamente reconhecido o instituto das empresas de aquisição instaladas e exercidas⁹⁶, enquanto a obrigação de pagar impostos é controlada no direito de propriedade⁹⁷ e são aceitas posições de direito público no caso de assentarem em prestações próprias⁹⁸. De resto, permanece no escuro o conteúdo do significado do art. 295.º do Tratado da CE. Por vezes, este artigo é interpretado no sentido de que ele permite aos Estados-membros a conformação da ordem da propriedade na titularidade privada e pública, de onde é retirado o caráter neutro, do ponto de vista da economia do Estado, do Tratado da CE e a proteção das empresas públicas.

VI. Proteção geral da propriedade

Até o presente não se verifica uma proteção geral da propriedade nos diferentes sistemas econômicos dos diversos Estados e nos diversos interesses de proteção. Ao nível da economia mundial é atualmente protegida, sobretudo, a **propriedade intelectual**⁹⁹. A discriminação em relação à propriedade material é justificada com o argumento de que a mudança do direito fundamental à propriedade, o desenvolvimento da inovação técnica e o fomento do alargamento da tecnologia exigiriam sobretudo o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual. Nesta apreciação é correto o fato de os produtos intelectuais contribuírem na economia pós-industrial, cada vez mais, para a criação de valores econômicos a nível mundial. Nesta base, os Estados-membros da OMC chegaram a acordo sobre *standards* de vinculação geral para a proteção da propriedade intelectual. Em qualquer caso, os arts. 1.º, n. 2, e 9.º e seguintes da **Convenção sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao**

Comércio (TRIPs) apenas abarcam a propriedade intelectual relativa ao comércio. No entanto, a Convenção compreende todas as formas de propriedade (ver *supra* § 16 V 3 e § 22 I 3)¹⁰⁰.

[1](#) BVerfGE 93, 165, 174.

[2](#) BVerfGE 99, 341, 350 e s.

[3](#) BVerfGE 4, 7 e s.

[4](#) Gloria, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 5. ed., 2004, § 47.

[5](#) BVerfGE 24, 367, 389; 31, 229, 239.

[6](#) BVerfGE 97, 350, 371 e 105, 252, 277.

[7](#) BVerfGE 93, 121, 135.

[8](#) BVerfGE 30, 292; BVerfGE 84, 133, 157; BGHZ 111, 349; BGH, NJW 1996, 2422 e s.

[9](#) BGHZ 78, 41; BGHZ 111, 349; BGH, NJW 1996, 2422 e s.; BVerwGE 95, 341, 348 e s.; 96, 292, 301; BVerwG, *GewArch.* 1998, 64; BGH, NVwZ-RR 2000, 744; BVerfG, *GewArch.* 2002, 372; BVerfG, *DVBl.* 2005, 106, 109.

[10](#) Cf. BVerfG, NVwZ 1991, 358; cf. também VGH Mannheim, *BayVBl.* 2003, 719 e s.

[11](#) BVerfGE 105, 252, 278.

[12](#) BVerfG, *GewArch.* 2002, 372.

[13](#) BVerfGE 97, 350, 371.

[14](#) Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, 1999.

[15](#) Com dúvidas, J. Rifkin, *Access, Das Verschwinden des Eigentums*, 2000.

[16](#) Stober, *ZRP* 2002, 298 e s.; Bartmann, *Grenzen der Monopolisierung durch Urheberrechte am Beispiel von Datenbanken und Computerprogrammen*, 2005, 19 e s.

[17](#) Lei de 21-1-2005, BGBl. I, p. 146; *BT-Ds.* 15/1709 e 15/4417.

[18](#) BVerfG, NJW 2005, 589.

[19](#) BVerfGE 58, 310, 335.

[20](#) Sieckmann, NVwZ 1997, 853 e s.; Gehrke/Brehsan, NVwZ 1999, 932 e s.; Hösch, *GewArch.* 2002, 305 e s.

[21](#) BVerwGE 106, 228 e s.; Grochtmann, *Art. 14 GG — Rechtsfragen der Eigentumsdogmatik*, 2001, p. 197 e s.; Aichele/Herr, NVwZ 2003, 415 e s.

[22](#) BVerwGE 84, 322, 334; 85, 155; 95, 349; 98, 235 e s.; BVerfGE 58, 300, 352; BVerfG, BayVBl. 1996, 240; BGH, NJW 1996, 2422.

[23](#) BVerfGE 83, 201, 208; 89, 1, 6.

[24](#) BVerfGE 45, 142, 179.

[25](#) BVerfGE 83, 201.

[26](#) BVerfGE 81, 12, 16 e 208; Peter, ZRP 1981, 49.

[27](#) M. Schröder, UPR 1985, 396; Breuer, NVwZ 1986, 171, 174.

[28](#) Neste sentido, H. A. Wolff, NJW 1997, 98 e s.

[29](#) Cf., sobre a controvérsia, Berg, GewArch. 1996, 177 e s.

[30](#) BVerfGE 91, 207, 220; BVerfG, NJW 1997, 1975; noutro sentido, Leisner, NJW 1995, 2591, 2594, BVerfG.

[31](#) Cf., mais detalhadamente, Weikart, Geldwert und Eigentumsgarantie, 1993.

[32](#) Cf. BVerfGE 50, 57; BFHE 89, 422, 438 e s.

[33](#) Neste sentido, R. Schmidt, in: HdbStR III, § 82, n.m. 11 e s.; Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, p. 278; noutro sentido, Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14, n.m. 177.

[34](#) BVerfGE 97, 350, 371.

[35](#) Lepsius, JZ 2002, 313 e s.

[36](#) BVerfG, NJW 2003, 1475, 1476 e s.

[37](#) Cf. Löwisch, JuS 1982, 237; Kellenberger, Der verfassungsrechtliche Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, 1999.

[38](#) BGHZ 15, 17; BGH, NJW 1981, 2000; BGH, NJW 1996, 2422; BVerwG, NJW 1983, 1810.

[39](#) BGH, VerwRspr. v. 31 [1980], 831; BGH, NVwZ-RR 2000, 744; OLG Nürnberg, NVwZ-RR 1997, 270; cf. também Engel, AöR 118 [1993], 169, 208.

[40](#) BGHZ 45, 150, 154; 48, 65, 66.

[41](#) Kraft, WuV 1978, 194 e s.; cf., mais detalhadamente, Engel, AöR 118 [1993], 169, 176 e s.

[42](#) BVerfGE 105, 252, 279.

[43](#) BGHZ 23, 157, 162; 29, 65 e s.; BGH, NJW 1983, 1662.

[44](#) BVerfGE 81, 40.

[45](#) Breuer, NVwZ 1986, 171; Knemeyer, DB 1993, 721, 724; BVerwG, NJW 2004, 105, 107; noutro sentido, H. A. Wolff, NJW 1997, 98 e s.

[46](#) Cf. BVerwG, GewArch. 1993, 195 e s.

[47](#) Cf. Engel, AöR 118 [1993], 169 e s.

[48](#) BVerfGE 51, 191, 221; BVerfG, *GewArch.* 1992, 21; BVerfG, *NJW* 1993, 1969, 1971; BVerfGE 105, 252, 279.

[49](#) Cf. BVerfGE 1, 277; BVerfG, *GewArch.* 2002, 372.

[50](#) Selmer, *Unternehmensentflechtung und Grundgesetz*, 1981, p. 22; Engel, *AöR* 118 [1993], 169, 204 e s.; Loritz, *BB* 1993, 225, 227; Hagen, *GewArch.* 2005, 402 e s.; Fehling/Faust/Rönnau, *JuS* 2006, 18 e s.

[51](#) BGHZ 23, 157, 162 e s.; BGHZ 76, 387.

[52](#) BVerfGE 93, 165, 175; cf. também Leisner, *NJW* 1996, 1511, 1515.

[53](#) VGH Mannheim, *NJW* 1972, 837; Hobe, *DÖV* 1997, 323 e s.

[54](#) BVerwG, *DVBl.* 1999, 1513 e s.; VGH München, *BayVBl.* 2003, 719.

[55](#) BGHZ 60, 365; *NJW* 1978, 373; BVerwG, *NJW* 1975, 357.

[56](#) BGH, *NJW* 1978, 2201.

[57](#) OVG Koblenz, *NJW* 1982, 1828; OVG Lüneburg, *NVwZ* 1984, 252.

[58](#) Cf., sobre a controvérsia, Kimminich, *BK, Drittbearbeitung, Art. 14*, n.m. 68 e s.

[59](#) BVerfGE 1, 264, 278; 2, 380, 402; 45, 272 e s.

[60](#) Dürig, *JZ* 1958, 22; Rupp von Brünneck, BVerfGE 32, 111, 142; neste sentido, BGHZ 6, 270, 278.

[61](#) BGH, *UPR* 2002, 67; BGHZ 25, 266 e s.; BVerfGE 1, 264, 276; 18, 397.

[62](#) BVerfG, *GewArch.* 2002, 372 e s.

[63](#) BGHZ 15, 17, 20; BSGE 5, 40, 42; BGH, *DÖV* 1997, 420 e s.; BVerfGE 81, 40.

[64](#) Cf., mais detalhadamente, Stücke, *Eigentum an Wirtschaftssubventionen*, 1991; Koenig/Braun, *NVwZ* 1999, 1056.

[65](#) *DÖV* 1986, 788; BVerfGE 88, 384, 401 e s.; 97, 67, 83; BVerfG, *NVwZ* 2002, 197 e s.

[66](#) BVerfG, *NJW* 2003, 1475 e s.

[67](#) BVerfGE 69, 272, 301.

[68](#) BVerfGE 78, 214, 230; 87, 153, 169; 91, 207, 220; 93, 121, 137, BVerfG, *NJW* 2001, 126; Mußnug, *JZ* 1991, 993 e s.; Leisner, *NJW* 1995, 2591 e s.; Vogel, in: Geis/Lorenz (ed.), *FS für Maurer*, 2001, p. 297 e s.; P. Kirchhof *AöR* 128 [2003], 1 e s.

[69](#) P. Kirchhof, *HdbStR* IV, § 88, n.m. 93; BVerfGE 93, 121, 134.

[70](#) BVerfGE 99, 88, 95.

[71](#) Neste sentido, Leisner, *NJW* 1995, 2591, 2595; BVerfGE 93, 121, 137; 93, 165, 173 e s.

[72](#) BVerfGE 50, 290, 340.

[73](#) BVerwG, *NJW* 1997, 142 e s.

[74](#) Cf. ainda Herrmann, *EuZW* 2002, 37 e s.; Rott, *Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen*, 2002; Heinen, *Zwangslizenzerteilung gemäß Art. 31 TRIPS-*

Übereinkommen im Hinblick auf den Zugang zu essentiellen Medikamenten, 2004.

[75](#) Cf. também Herdegen, in: Geis/Lorenz (ed.), *FS für Maurer*, 2001, p. 137, 142.

[76](#) BVerfG, *NJW* 2000, 798.

[77](#) BVerwG, *GewArch.* 2005, 417 e s.

[78](#) Czybulka, in: H. Bauer, entre outros, (ed.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, p. 89 e s.

[79](#) BVerwG, *NVwZ* 1985, 41 e s.

[80](#) Leisner, *BB* 1992, 73 e s.

[81](#) *BVerfGE* 58, 137 e s.; cf. também BVerwG, *NJW* 1993, 3280.

[82](#) BVerwG, *DÖV* 1989, 400.

[83](#) *BVerfGE* 79, 174, 191; BVerfG, *NJW* 1998, 367.

[84](#) Cf., mais detalhadamente, Lege, *JZ* 1994, 431 e s.

[85](#) *BVerfGE* 58, 300, 330.

[86](#) BGH, *NJW* 1997, 391 e s.

[87](#) BVerfG, *NJW* 2003, 196.

[88](#) BVerfG, *BayVBl.* 1999, 178.

[89](#) BGH, *NJW* 1997, 3443 e s.

[90](#) *BVerfGE* 12, 354, 363; cf., mais detalhadamente, T. Schell, *Art. 15 GG im Verfassungsgefüge*, 1996.

[91](#) Cf. ainda Thiel, *JuS* 1991, 274 e s.; Müller-Michaels, *Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der EU*, 1997; EuGH, *EuZW* 1997, 693; Calliess, in: Ehlers (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 16.

[92](#) Cf., por último, Diretiva da União Europeia 2004/48/EU, para a imposição dos direitos de propriedade intelectual.

[93](#) EuGH, *EuZW* 1992, 120, 122; *EuZW* 1994, 688, 692; von Milczewski, *Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1994.

[94](#) Cf., mais detalhadamente, Wegener, in: Ehlers (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 5; Calliess, in: idem, § 16; EGMR, *NJW* 2003, 2221 e s.

[95](#) *EuGHE* 1980, 907, 910; EuGH, *NJW* 1995, 945, EGMR, *NJW* 2003, 2221 e s.

[96](#) Cf. Leisner, in: *FS für Heymanns Verlag*, 1995, p. 395, 401 e s.; EuGH *Slg.* 1994 I-5555, 5582; EGMR, *NJW* 2003, 2221 e s.

[97](#) Gärtner, *Berufsfreiheit und Eigentum in der EU*, 1998, p. 40 e s.

[98](#) Cf., mais detalhadamente, Calliess, in: Ehlers (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 16 III.

[99](#) Cf., mais detalhadamente, Oppermann, in: *FS für Hahn*, 1997, p. 447 e s.; Forkel, *NJW* 1997, 1672 e s.; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 60 e s.; idem, *ZRP* 2002, 298 e s.

[100](#) F. W. Haas, *Das geistige Eigentum als Gegenstand des Welthandelsrechts*, 2004.

§ 23. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO ECONÔMICO E PROIBIÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO

I. Significado e âmbito de aplicação

1. Postulado jurídico-constitucional do tratamento igualitário

A realização das liberdades econômicas individuais pressupõe que o Estado trate os cidadãos de forma igual nos assuntos econômicos. As garantias de igualdade asseguram os direitos de liberdade econômica contra atos de privilégio do Estado e outras discriminações. Os direitos de igualdade e os direitos de liberdade econômica estão entre si numa relação indissolúvel, porque a liberdade com privilégios é inimiga das situações individuais e deforma as oportunidades econômicas. Por isso, o art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental orienta-se, como princípio geral, pela regra segundo a qual todas as pessoas são iguais perante a lei. Simultaneamente, o princípio da igualdade impõe o tratamento igualitário entre homens e mulheres (art. 3.º, n. 2, da Lei Fundamental) e proíbe determinadas discriminações ou privilégios (art. 3.º, n. 3, da Lei Fundamental) com base em características de índole pessoal.

Destinatário destes direitos fundamentais não é apenas, nos termos do texto do art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental, o legislador (**igualdade na criação do direito**). Por força do art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental todos os titulares do poder público são obrigados ao tratamento igualitário (**igualdade na aplicação do direito**). Porque o art. 3.º da Lei Fundamental foi constituído como direito humano, também se podem apoiar nele os **estrangeiros** e — na medida em que este direito fundamental seja compatível com a sua natureza — as **pessoas coletivas** (art. 19.º, n. 3, da Lei Fundamental).

2. Proibição jurídico-comunitária de discriminação

No plano comunitário, o art. 12.º do Tratado da CE e os arts. 20.º e 21.º, n. 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prescrevem uma **proibição geral de discriminação com base na nacionalidade**¹ (ver *supra* § 9 IV 1). Proibidas são não apenas as

formas abertas, mas também as formas camufladas de discriminação, que pela aplicação a outros elementos de distinção levam na realidade ao mesmo resultado, desde que a regulação não seja justificada por circunstâncias objetivas². Destas devem ser distinguidas as **proibições de discriminação especiais** que estão reguladas, nomeadamente, nos arts. 137.º e 141.º do Tratado da CE, bem como no art. 23.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Os arts. 21.º e 26.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia contêm **proibições absolutas de discriminação** que, no seu conteúdo, correspondem em larga medida ao art. 3.º, n. 3, da Lei Fundamental.

É controversa a questão de saber se o direito da CE proíbe um **tratamento não igualitário entre os nacionais alemães** (*discrimination à rebours*), isto é, se podem ser feitas exigências mais rigorosas aos nacionais que aos estrangeiros. Por um lado, argumenta-se que as liberdades fundamentais e a existência de um mercado interno se oporiam a uma pior posição dos nacionais. Por outro lado, dos pontos de vista da estrutura sistemática do Tratado da CE e teleológico apenas estão em causa fatos que ultrapassam as fronteiras. Assim sendo, também não se verifica violação do art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental ou do art. 12.º do Tratado da CE³. No entanto, a jurisprudência nem sempre é uniforme. Um outro problema consiste no tratamento jurídico de cidadãos de nacionalidade alemã que há longos anos exerceram a sua atividade noutra Estado-membro da CE⁴.

Exemplo: Se reconhecermos a pior posição da própria nacionalidade, então isso reflete-se na observância da imposição da pureza da cerveja pelo fato de as cervejas importadas já não terem de corresponder às exigências de pureza alemã, enquanto a cerveja produzida e comercializada na Alemanha continua a estar sujeita ao padrão de pureza⁵.

3. Proibições de discriminação nos tratados econômicos

A proibição de discriminação é ainda um objeto típico de regulação dos acordos bilaterais e multilaterais. Quando a proibição de discriminação não seja expressa, ela exprime-se nas cláusulas sobre o **tratamento igualitário relativamente aos nacionais** e sobre **tratamento mais favorável** (ver *supra* § 16 III).

II. Princípios especiais de igualdade

1. Tratamento igualitário entre homens e mulheres

Na sua qualidade de princípios especiais de igualdade, o art. 3.º, n. 2 e 3, da Lei Fundamental prevalece em face do princípio geral da igualdade. Nos termos do art. 3.º, n. 2, da Lei Fundamental⁶, **os homens e as mulheres devem ser tratados de forma igual no direito administrativo econômico**. Isto significa que o legislador e a Administração têm de evitar, sobretudo nas regulações jurídicas relativas às profissões, discriminações positivas ou negativas e têm de lhes ser atribuídas iguais oportunidades de aquisição⁷. Por isso, as distribuições tradicionais de papéis entre homem e mulher não podem ser consolidadas e as características das condições de vida tradicionais não são suficientes para um tratamento discriminatório⁸. Antes pelo contrário, o art. 3.º, n. 2, da Lei Fundamental tem em vista eliminar obstáculos específicos⁹. Esta norma corresponde ao art. 141.º, n. 4, do Tratado da CE e ao art. 23.º, n. 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Exemplos: É contrária à igualdade de tratamento uma decisão tomada com a intenção de apenas licenciar um dos cônjuges, embora o negócio seja explorado pelos dois cônjuges de forma independente¹⁰. O art. 3.º, n. 2, frase 2, da Lei Fundamental justifica que, no apoio à criação de empresas, sejam atribuídas às mulheres condições diferentes que as que são atribuídas aos homens, como compensação pelas suas desvantagens materiais¹¹.

Não se verifica a proibição de estabelecer diferenças com base no termo de comparação homem — mulher quando a **diferença de sexo, na perspectiva objetivo-biológica ou da divisão do trabalho funcional**, marca as condições de vida de forma tão decisiva que, por exemplo, elementos comparáveis têm de ser relegados para segundo plano.

Exemplo: Normas de proteção da mulher enquanto mãe¹².

2. Proibições de discriminação absolutas

O art. 3.º, n. 3, da Lei Fundamental proíbe que se recorra às circunstâncias ali concretamente referidas como ponto de apoio para beneficiar ou prejudicar alguém. Esta **proibição de discriminação absoluta** proíbe, como resulta da letra do referido artigo (“por causa de”), apenas o prejudicar ou o beneficiar enquanto fim deliberado, mas não uma desvantagem ou um benefício econômico enquanto consequência de uma regulação que tem uma intenção totalmente diferente¹³.

Exemplos: A função discriminatória entre homem e mulher baseada no sexo para o trabalho noturno viola o art. 3.º, n. 3, da Lei Fundamental, porque os problemas associados ao trabalho noturno não dizem respeito ao sexo¹⁴. A atribuição de mandatos públicos com base em critérios de ordem político-partidária viola — como resulta do § 97.º, n. 2, do GWB — o art. 3.º, n. 3, da Lei Fundamental (ver *infra* § 24 IV).

III. Princípio da igualdade em geral

1. A abordagem do princípio da igualdade em geral

Segundo o art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental e segundo o art. 20.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, é proibido tratar de forma desigual situações de fato iguais que, pela natureza das coisas e sob o ponto de vista da justiça, claramente exigem uma regulação igualitária. É o que se verifica quando um grupo de destinatários da norma é tratado de maneira diferente, embora entre ambos os grupos não exista uma diferença de tal tipo e de tal peso que possa justificar um tratamento não igualitário¹⁵. Pelo contrário, o que na sua essência é diferente, pelas suas características, deve ser regulado de forma diferente. No entanto, a questão de saber o que é, na sua essência, diferente, não pode ser facilmente respondida. Trata-se, antes pelo contrário, de uma valoração na qual se suscita a questão de saber que critérios devem ser aplicados. Sobre esta matéria predomina a falta de clareza. O Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal aplica uma fórmula diferenciada de controle. Segundo esta fórmula, a vinculação ao art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental é tanto mais estrita quanto mais um critério distintivo baseado na pessoa se aproxima dos elementos proibitivos referidos no art. 3.º, n. 3, da Lei Fundamental e

quanto mais o tratamento discriminatório se repercute nas liberdades jurídico-constitucionalmente garantidas¹⁶.

O princípio da igualdade admite distinções baseadas em **aspectos de ordem material**¹⁷. O Estado apenas pode proporcionar **igualdade jurídica de partida** para a realização das liberdades econômicas individuais. Constitui ideia fundamental do princípio da igualdade em geral, também no domínio do direito administrativo econômico, impedir as **decisões arbitrárias** e assegurar soluções justas. Uma medida é arbitrária, na opinião do Tribunal Constitucional Federal, quando, em face da situação que visa regular, realmente e de forma inequívoca, é inadequada e não é juridicamente sustentável segundo nenhum ponto de vista¹⁸. Esta formulação mostra que também deve ser observado o **princípio da proporcionalidade** (ver *supra* § 7 IV)¹⁹.

2. Princípio da igualdade e legislador

Porque a ordenação da igualdade está em primeiro lugar confiada ao **legislador**, compete-lhe apreciar se e em que perspectiva material duas situações de vida são tão idênticas entre si que se impõe forçosamente um tratamento igualitário e, por outro lado, quais são os elementos de fato que são tão importantes que as suas diferenças justificam um tratamento discriminatório. Esta interpretação abre ao legislador no direito administrativo econômico uma grande **margem de conformação**. O princípio da igualdade só é violado quando são ultrapassados os limites externos da discricionariedade, por conseguinte, quando para a regulação adotada falta todo o fundamento esclarecedor do ponto de vista material²⁰. No caso de ordenação de manifestações de massa, o legislador pode proceder a tipificações²¹ e no caso de circunstâncias complexas pode contentar-se, na fase inicial da regulação, com generalizações grosseiras.

Exemplo: A função especial do farmacêutico também justifica limitações de publicidade em face do comércio individual, bem como exigências específicas de produção em matéria de espaços²².

3. Princípio da igualdade e Administração

Tal como o legislador, também as **autoridades da Administração econômica** estão vinculadas ao princípio geral da igualdade. O respeito pelo art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental é especialmente relevante quando ao executivo é atribuída **discricionariedade** (ver *infra* § 33 II 2), porque neste caso é maior o perigo de discricionariedade arbitrária e de tratamento ilegal e arbitrário dos participantes na economia. O art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental exige que a Administração exerça a sua discricionariedade de forma igualitária.

Se na aplicação de **regulamentos internos da Administração** (ver *supra* § 15 I 5) esta orientar as suas decisões pelos critérios de comparação neles contidos, ela violará o princípio da igualdade no caso de não decidir de forma igual todos os casos concretos de acordo com os padrões de comparação (a chamada **autovinculação da Administração**). Ao princípio da igualdade corresponde, do lado do cidadão, o direito a que também no seu caso não haja, sem razões materiais justificativas, afastamento em relação ao exercício da discricionariedade até agora praticado²³. No entanto, o princípio da igualdade não se opõe a uma revisão geral dos regulamentos internos da Administração ou da prática administrativa exercida, no caso de esta, por exemplo, se apresentar inadequada²⁴. Todavia, o princípio da igualdade não garante um direito à repetição de uma conduta ilegal da Administração (“**igualdade no ilícito**”), porque uma obrigação da Administração, criada por exercício administrativo ilegal, para outras condutas ilegais iria contrariar o primado da lei (**igualdade versus legalidade**) (ver *supra* § 7 I)²⁵.

Exemplos: Atribuição de subsídios (ver *infra* § 31): neste caso, o art. 3.º, n. 1, da Lei Fundamental impõe que as autoridades administrativas atribuam os subsídios, de forma correspondente às diretivas de atribuição, de forma justa e com observância do princípio da autovinculação da Administração e que no caso de intervenções não violem a igualdade de oportunidades²⁶. **Atribuição de concessões** (ver *infra* §§ 24 e 37): o Estado é obrigado, nos termos dos §§ 97 e seguintes do GWB, por razões de neutralidade concorrencial e de transparência, em regra, a efetuar concurso público para satisfazer as suas necessidades em abastecimentos e serviços e a envolver todos os potenciais ofertantes nestes concursos públicos (ver *infra* § 24 IV).

1 Mohn, *Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht*, 1990; Störmer, *AöR* 123 [1998], 541 e s.; Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2005, § 5.

2 EuGH, *NJW* 2005, 3269 e s.

3 BVerwG, *DVBl.* 1970, 627; EuGH, *EuZW* 1991, 349; *EuZW* 1993, 106; *BVerwGE* 90, 142; OVG Münster, *EuZW* 1990, 198; Schöne, *RIW* 1989, 450; Kewenig, *JZ* 1990, 20, 23; Hammerl, *Inländerdiskriminierung*, 1997.

4 BVerwG, *GewArch.* 1991, 387.

5 Cf., para a interpretação do princípio da pureza, BVerwG, *GewArch.* 2005, 373.

6 Cf. *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Ds.* 12/6000, p. 49 e s.

7 BVerfG, *NJW* 2004, 146, 149.

8 *BVerfGE* 84, 9, 17; 85, 191, 207; 87, 234, 258; 89, 234, 258.

9 BVerwG, *NVwZ* 2003, 92.

10 BVerwG, *NVwZ* 1984, 585.

11 BVerwG, *NVwZ* 2003, 92.

12 *BVerfGE* 6, 388, 422 e s.; *BVerfGE* 84, 9, 17; cf., mais detalhadamente, Sachs, in: *HdbStR* V, § 126 n.m. 79 e s.

13 *BVerfGE* 75, 40, 70; cf., mais detalhadamente, Sachs, in: *HdbStR* V, § 126 n.m. 38 e s.

14 *BVerfGE* 85, 191, 207.

15 *BVerfGE* 99, 88, 139.

16 BVerfG, *NJW* 1997, 1975, 1979; BVerfG, *NJW* 1998, 3109, 3111; cf., mais detalhadamente, Sachs, *JuS* 1997, 124 e s.; Jarass, *NJW* 1997, 2545 e s.

17 BVerfG, *NJW* 1994, 1577, 1584.

18 *BVerfGE* 86, 59, 63; BVerfG, *DVBl.* 1998, 1220.

19 BVerfG, *NJW* 1997, 1975, 1979.

20 *BVerfGE* 1, 14, 52; 39, 1 e s.

21 *BVerfGE* 70, 1, 34; 81, 68, 72; BVerwG, *NVwZ* 2005, 332 e s.

22 *BVerwGE* 89, 30, 38; BVerwG, *GewArch.* 1995, 206 e s.; *BVerwGE* 94, 372, 374.

23 *BVerfGE* 61, 15; BVerwG, *DVBl.* 2004, 126 e s., e BVerwG, *DÖV* 2004, 75 e s.

24 Berg, *JuS* 1980, 419, com outras referências; BVerwG, *DÖV* 1997, 732 e s.

[25](#) Pauly, *JZ* 1997, 647 e s.; Köbel, *Gleichheit “im Unrecht”*, 1998; *BVerfGE* 9, 213; *BVerwGE* 34, 278, 282; BVerwG, *DÖV* 2004, 75 e s.; BVerfG, *NVwZ* 1994, 475; OVG Magdeburg, *NJW* 1999, 2982, 2984; OVG Weimar, *GewArch.* 2002, 325 e s.

[26](#) BVerwG, *DVBl.* 2004, 126 e s.

CAPÍTULO SEXTO

Proteção de direito constitucional econômico e limites da atividade econômica pública

§ 24. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO SUJEITO ECONÔMICO E SUJEITO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Atividade econômica pública através de empresas públicas e de agrupamentos de empresas

A par da liberdade de desenvolvimento econômico das **empresas privadas** apoiada no direito fundamental (ver *supra* §§ 17 e s.), existe a atividade econômica pública pelas **empresas públicas**. Estas formam um segundo mercado, de direito constitucional econômico, especialmente no campo de tensão entre a concessão pública e a concorrência¹. Este mercado é constituído por formas empresariais diferenciadas da Federação, dos Estados federados, dos Municípios e de outros entes da Administração. Aqui pode tratar-se de **empresas de direito público**, como as caixas econômicas ou as empresas municipais no sentido do art. 89.º da BayGemO², de **empresas públicas organizadas segundo o direito privado** (empresas públicas sob a forma de direito privado), como as empresas de transportes, ou de **empresas de economia mista**, com a participação de empresas privadas³ (modelo de cooperação, *public-private-partnerships*), que, respectivamente, participam na vida econômica de modo diferente.

Não é possível uma delimitação mais segura destas unidades orgânicas, porque o conceito de empresa pública não revela quaisquer contornos fixos e é empregado como designação genérica para as diferentes formas de manifestação existentes⁴. Os primeiros pontos de apoio para a delimitação podem ser proporcionados por definições legais em leis especiais, como o § 130.º, n. 1, do GWB. Segundo esta definição, as **empresas públicas** caracterizam-se pelo fato de se encontrarem, no todo ou em parte, na propriedade da Administração Pública ou de serem por ela administradas ou exploradas. Generalizando, podemos caracterizar as empresas públicas como

“administrações de uma unidade orgânica material ou juridicamente autônoma, cujo titular é a Administração Pública”⁵. A seguir, tomamos por base a definição dada pela Comissão relativamente ao art. 86.º do Tratado da CE, em harmonia com a doutrina, com o art. 2.º da Diretiva 80/723 da CEE e com a Diretiva 2000/52 da CE⁶. Segundo estas disposições, é empresa pública aquela sobre a qual “a Administração Pública, com base na propriedade, na participação financeira, em regulamentos autônomos e noutras determinações que regulam a atividade da empresa, pode exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante”. Reconhece-se a existência de uma influência dominante quando a Administração Pública possui a maioria do capital da empresa, dispõe da maioria dos direitos de voto ou pode designar mais de metade dos órgãos da Administração, da direção ou da fiscalização. Se considerarmos a diversidade das empresas públicas da Federação, dos Estados federados e de outros entes empresariais respectivamente ligados, fala-se, com base no direito económico privado, por força do § 18.º do AktG, dos §§ 271.º e 290.º do HGB e do § 10.º, n. 2, da VergabeVO, de **Deutschland AG** (“**Alemanha, S.A.**”)⁷, de **empresas-Estado**, de **consórcios estaduais e municipais** e de **sociedades *holding***, as quais dirigem e coordenam as diversas atividades empresariais⁸. No seu conjunto, as empresas públicas constituem um considerável **setor do Estado**⁹, que se opõe ao setor privado e o faz recuar pelo menos em parte.

Por conseguinte, interessa saber se e em que medida a atividade económica das empresas públicas é lícita do ponto de vista do direito constitucional e se está sujeita a um controle. Desta questão devem ser distinguidas as perspectivas da política de ordenação (ver *supra* § 3 III)¹⁰ e da lei ordinária (ver *infra* § 33 I). Do ponto de vista da política de ordenação, observam-se atualmente duas tendências opostas. Por um lado, a Federação e os Estados federados retiram-se, sob a premissa do Estado mínimo, de muitos domínios de funções e privatizam empresas públicas. Por outro lado, especialmente os Municípios ligam-se a novos domínios de negócio (ver, por exemplo, o setor das telecomunicações), para desse modo compensarem mercados de monopólio que foram quebrados e assegurar postos de trabalho¹¹.

II. Formas de manifestação da atividade econômica pública

Os problemas das atividades econômicas públicas só podem ser adequadamente discutidos se esclarecermos primeiramente as diferentes formas de manifestação da atividade econômica da Administração Pública e o seu significado material para a vida econômica. Em geral, podemos dividir as atividades econômicas públicas em três categorias¹². Mas estas categorias não são claramente delimitáveis entre si, porque na prática, por vezes, ocorrem sobreposições. A tipificação da lei caracteriza especialmente os papéis da Administração Pública como Administração econômica e como uma Administração consumidora e empresária que participa no mercado.

- A Administração Pública explora a **assistência existencial, presente e futura**, no sentido de um abastecimento de base infraestrutural em bens e serviços¹³ (ver *infra* § 26), ou realiza funções típicas da Administração econômica pelo recurso a formas de organização e de atuação do direito privado. Aqui a Administração Pública comporta-se como um **ente administrativo**.

Exemplos: Transporte de pessoas a curta distância, economia dos resíduos sólidos urbanos, sociedades de desenvolvimento econômico.

- A Administração Pública atribui concessões de bens e de prestação de serviços no quadro do seu abastecimento interno. Neste âmbito, a Administração Pública comporta-se como uma entidade que efetua concessões (ver, por exemplo, o § 98.º do GWB) e, assim, como um **cliente**¹⁴ ou **consumidor** (ver *infra* § 37).

Exemplos: Construção de edifícios administrativos, compra de material de escritório.

- A Administração Pública atua na produção econômica com o fim de realização de lucro. Neste caso, a Administração

Pública comporta-se como um empresário privado de produção e de prestação de serviços¹⁵, devendo-se fazer a distinção entre duas formas de manifestação. Por um lado, a atividade econômica na Administração Pública pode ser exercida em regime de monopólio, porque não se deseja uma participação de empresas privadas na vida econômica.

Exemplos: Exploração de bancos de jogos de fortuna e azar¹⁶, organização de competições desportivas¹⁷ (ver *supra* § 21 III 7).

Por outro lado, pode ser desejada uma situação de concorrência com empresas privadas, na forma de uma participação paralela ou bilateral na concorrência.

Exemplos: Exploração de cervejarias, gestão de edifícios¹⁸.

III. Para a legitimação e para os limites da atividade econômica pública de assistência existencial

1. Primado da capacidade de funcionamento das empresas públicas

Por um lado, a atividade econômica pública da Administração Pública no interesse da **assistência existencial**¹⁹ e da **cobertura das necessidades** não suscita dúvidas do ponto de vista do direito constitucional econômico. É que, das funções centrais da Federação, dos Estados federados e, nos termos do art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental, dos Municípios, faz parte o fornecimento ao cidadão econômico em matéria de instituições infraestruturais e de serviços²⁰. Estes fornecimentos são pressuposto do desenvolvimento, da garantia da atividade econômica privada²¹ e da capacidade de funcionamento do Estado e da sociedade. Por outro lado, coloca-se a questão de saber se a Administração Pública pode e está obrigada a prestar ela própria a assistência existencial no caso de se alterarem as condições de mercado (ver *infra* § 27). Assim, os conceitos jurídicos decisivos não são definidos na lei. Deste ponto de vista, há **liberdade de escolha** entre efetuar diretamente o abastecimento de base ou apenas assegurar a sua disponibilização (ver *infra* § 26 II)²². Por isso, o direito

comunitário, cuja moderna configuração reavalia a assistência existencial no interesse da capacidade de concorrência da economia europeia, proíbe, nos termos do art. 86.º do Tratado da CE, apenas as empresas que não estão em condições de satisfazer a procura no mercado²³. Nesta base deve ser entendido o art. 16.º do Tratado da CE, segundo o qual a Comunidade e os Estados-membros devem velar para que os **serviços de interesse econômico geral** possam prosseguir as suas funções²⁴. Esta formulação não é idêntica ao conceito de assistência existencial, mas revela determinados aspectos comuns com este, devido à vinculação ao bem comum. Estes serviços são caracterizados pelo fato de a sua atividade ser exercida independentemente do objetivo da cobertura dos custos e de forma desprendida de pontos de vista da rentabilidade. Por conseguinte, materialmente, o objetivo previsto no art. 16.º do Tratado da CE corresponde, em larga medida, ao art. 86.º, n. 2, do mesmo Tratado, segundo o qual, em princípio, as normas de concorrência não são aplicáveis às empresas públicas que prestam aqueles serviços. Por isso, à capacidade de funcionamento destas empresas é, em geral, atribuída primazia em face da proteção da concorrência²⁵. Na verdade, a garantia de funcionamento não se identifica com uma garantia de existência.

No quadro deste processo de ponderação, as empresas públicas de assistência existencial caem, nos últimos tempos, cada vez mais, no visor do **direito europeu da concorrência**. Na verdade, a Comissão Europeia persegue cada vez mais o objetivo de melhorar a qualidade da assistência social, de reduzir os custos e de permitir o livre acesso ao mercado da assistência existencial. Neste contexto, a Comissão apresentou, primeiramente, um **livro-base dos serviços de assistência social**²⁶, ao qual se seguiu um **livro branco** sobre a mesma temática. Segundo este livro, aplicam-se os seguintes princípios-diretores à prestação de serviços de interesse geral:

- observância do princípio da subsidiariedade, em prol de uma regulação próxima do cidadão;

- obrigação de prestação de serviços universais, a fim de assegurar um efetivo acesso aos serviços fundamentais;
- altos níveis de qualidade, de assistência e de proteção;
- garantia dos direitos de consumidor e de utilizador;
- *monitoring* e avaliação²⁷.

A Comissão toma aqui em consideração as experiências positivas nos setores das telecomunicações e da energia e coloca com este conceito, por assim dizer, no banco de ensaio todos os serviços comercializáveis.

2. O domínio de competência jurídico-constitucional como limite da assistência existencial por empresas públicas

A crescente regionalização e globalização da economia também levou a que, cada vez mais, as empresas públicas atuem fora do território do Município e do Estado. Em certos casos, os códigos municipais tomam posição expressa sobre esta matéria (ver, por exemplo, o art. 87.º, n. 2, da BayGemO e o § 107.º, n. 3 e 4, da NWGemO). Tais atividades não podem ser fundadas no argumento de que fora dos limites de competência territorial impera a concorrência, razão por que apenas é atingido o setor econômico²⁸. Esta argumentação desconhece que o direito constitucional dos Estados federados e dos Municípios está regulado de forma exaustiva e a sua atuação se limita ao respectivo território, para se evitarem conflitos de competência.

3. Para a combinação da assistência existencial com a atividade empresarial

Surgem, porém, dificuldades de delimitação quando a assistência existencial é combinada com outras atividades²⁹. De forma particular, coloca-se a questão da apreciação jurídico-constitucional de uma **obtenção de lucro pela utilização periférica**³⁰.

Exemplos: Publicidade nos meios de transporte público; contrato de publicidade entre um município e uma empresa de afixação de avisos para a utilização da via pública para fins publicitários³¹.

Como critério de delimitação são de considerar os pontos de vista do caráter da atividade e da rentabilidade econômica. Na apreciação do caráter, são decisivas a sujeição do fim lucrativo ao serviço de assistência existencial a prestar, a relevância da utilização, a duração e a despesa associada à utilização³². De resto, a legitimidade da mera utilização periférica resulta dos princípios da eficiência econômica e da poupança (ver *supra* § 10 IV). Se não fosse assim, não seria feito uso do potencial econômico improdutivo existente. Além disso, em regra apenas é necessário um custo reduzido para esgotar o potencial correspondente³³.

Exemplo: Arrendamento de um estúdio de *fitness* a fim de descongestionar um parque de estacionamento³⁴.

No caso de a atividade acessória alcançar um peso relevante ou uma certa autonomia jurídica ou material e já não ser apenas periférica em relação à exploração principal, mas se apresentar como uma nova atividade independente, são ultrapassados os limites da **atividade acessória** lícita. Isto é válido sobretudo na constituição propositada de novos campos de negócio ou de uma nova orientação de mercado com o fim de obter lucro fora do fim da empresa pública (ver *infra* § 24 V)³⁵. É que aqui já não são apenas utilizadas capacidades que ainda não são aproveitadas no seu máximo. Além disso, existe uma elevada despesa de instalação.

Exemplos: Serviço de festas proporcionados pelas cantinas das cidades³⁶; constituição de uma gestão de edifícios para a garantia da assistência mínima, devido à estagnação do negócio de agrupamento de empresas³⁷.

IV. Para a legitimação e para os limites da criação de necessidades públicas

1. Dimensões e significado das concessões públicas

Uma legitimação jurídico-constitucional especial também é dispensável para a criação de necessidades da Administração Pública. Ela limita-se a tornar possível a prossecução das funções da Administração econômica, servindo, assim, ao bem comum. Além disso, as comunidades contribuem, pelo consumo de bens criados

pelos privados e pela prestação de serviços, para a criação de valores econômicos privados e cuidam da existência de empresas privadas, por exemplo no setor do armamento, da polícia e dos transportes. Neste aspecto, no entanto, são adequadamente considerados os interesses divergentes das empresas privadas e dos concedentes públicos nos §§ 97 e seguintes do GWB e no regulamento de concessão para tal emitido, inspirados no art. 163.º, n. 2, do Tratado da CE (ver *infra* § 37).

a. Dimensões da atribuição de concessões

O Estado influencia a economia não só pela regulação dos diferentes setores da economia, mas também enquanto **autor da concessão**. A Federação, os Estados federados, os Municípios e outros entes da Administração Pública fazem parte dos concedentes da economia privada, a fim de prosseguir as suas múltiplas funções, criar e manter instituições, bem como cobrir as suas necessidades de administração. É certo que a desmonopolização e a privatização de empresas públicas (ver *supra* § 3 III e *infra* § 26 II) reduziu no passado recente, consideravelmente, o volume de concessões públicas (telecomunicações, *Lufthansa* etc.). No entanto, este setor não deve ser subestimado, porque, nomeadamente, aumentam as concessões a terceiros. As concessões públicas são relevantes dos pontos de vista dos **direitos tributário e orçamental** (ver *supra* § 10 IV). Elas possuem uma dimensão de fomento e orientação **econômica**, especialmente **concorrencial, ecológica, infraestrutural, de Estado social e político-conjuntural**³⁸. Elas dizem respeito a um grande volume financeiro e comprovam o poder de procura da Administração Pública³⁹.

b. Significado do mercado interno

Enquanto a concessão pública desempenhou no passado sobretudo um papel nacional (“*buy national*”), regional ou local, nos últimos tempos surgiu em primeiro plano, devido à ligação da Alemanha à CE (ver *supra* § 5 II e § 9), mais o **aspecto jurídico-comunitário**. A liberalização das concessões públicas é considerada como a “pedra de toque” na realização do mercado interno. A liberalização das

concessões públicas visa abrir os mercados de abastecimento da Administração Pública a toda a Europa e, assim, a par do clássico mercado da economia privada, criar, sob o lema “*go public*”, um segundo mercado, o chamado **mercado público** (*government procurement, marché public*), no sentido de um mercado interno de concessão. Este fim conduziu, por um lado, ao desmantelamento do tradicional direito nacional de concessão e a uma reestruturação destas matérias jurídicas⁴⁰. A Comissão acentua a necessidade de um funcionamento ótimo dos mercados de abastecimento público, também com base no argumento de que os preços para o concedente público, na sequência da abertura do mercado, caíram até aqui em cerca de 30%. Por outro lado, refere-se que, ao atingir um volume de 700 bilhões de euros, este mercado contribui com, por exemplo, 16% do produto interno bruto da UE⁴¹.

c. Significado econômico mundial

As concessões públicas, por sua vez, têm um significado econômico mundial, porque também empresas de fora da UE estão interessadas na realização de funções públicas. Por isso, também se coloca a questão da posição jurídica de ofertantes estrangeiros e globais. Por um lado, devemos ter aqui em consideração que Estados exportadores e comunidades, como a Alemanha e a UE, defendem uma abertura de mercados, para escoar os seus produtos e serviços em mercados estrangeiros de concessões. Por outro lado, a Administração Pública é beneficiada, porque uma **concorrência de concessão internacional** permite uma entrega de concessões mais vantajosa⁴².

Nos nossos dias, a **atribuição de concessões públicas a nível mundial** faz parte das principais exigências da liberalização global e da realização da livre circulação de mercadorias, bem como da livre prestação de serviços. A atribuição de concessão pública a nível mundial orienta-se pela transparência, por critérios objetivos de participação e de seleção, bem como pela não discriminação⁴³. Para a prossecução destes fins, foi primeiramente no ano de 1979 aprovado um código sobre o abastecimento público⁴⁴, o qual foi substituído, no quadro do Tratado AGTC/OMC, pela **Convenção sobre o**

Abastecimento Público (*Government Procurement Agreement — GPA*)⁴⁵. Trata-se aqui do chamado **Acordo Multilateral**, no sentido do art. II, n. 2 e 3, do Tratado AGTC/OMC, porque segundo o Anexo 4 ele só é vinculativo para aqueles que expressamente tenham aceitado este Acordo (ver *supra* § 16 VII 4). Dele faz parte também a Comunidade Europeia⁴⁶. A incorporação no direito comunitário, nos termos do art. 300.º, n. 7, do Tratado da CE, tem por consequência que o direito de concessão da OMC tem primazia sobre o direito das Diretivas da Comunidade Europeia⁴⁷, razão por que também as normas de concessão da Comunidade Europeia devem ser, nos termos do art. XXIV, n. 5, da GPA, interpretadas de forma harmônica com o AGTC/OMC⁴⁸. O Tratado é materialmente, em primeiro lugar, apenas aplicável ao **setor comercial**, porque o setor da prestação de serviços foi excluído, nos termos do art. XIII do GATS. Aos terceiros Estados que assinaram este Tratado são aplicáveis as normas nele contidas, com exceção de determinadas concessões⁴⁹.

2. Fundamentos jurídicos das concessões públicas

a. O Tratado GPA como fundamento de concessão econômico-mundial

O *Government Procurement Agreement* (1994 — GPA) tem em vista aperfeiçoar o desenvolvimento do comércio mundial, aumentar a transparência das normas e da atribuição de concessões, intensificar a fiscalização e assegurar a imposição das respectivas regras. No entanto, ele só é pertinente no caso de serem alcançados determinados valores-limite. Este acordo assenta nos princípios do **tratamento interno dos Estados** e na **não discriminação**, bem como na aceitação das normas originárias de uso comum (arts. III e IV do GPA⁵⁰). Uma atenção especial é dada à conformação do procedimento de concessão, no qual é feita a distinção entre procedimento aberto, não aberto e limitado (*tendering procedures, selective tendering procedures and limited tendering procedures*) (art. VII do GPA)⁵¹.

O trabalho de regulação é, nos termos do art. I, n. 2, do GPA, aplicável às **concessões de abastecimento sob qualquer forma contratual** (*procurement by any contractual means*), inclusivamente

concessões de abastecimento pela via da compra e venda ou do *leasing*, do aluguel ou da compra de locação, com ou sem opção de compra, inclusivamente de toda a combinação de mercadorias e prestação de serviços. O GPA vigora tanto para os serviços centrais do Estado como para os concedentes regionais e municipais⁵².

Nos termos do art. XX do GPA, a **violação de direitos subjetivos** pode ser invocada em tribunal, sendo que a proteção jurídica nacional tem primazia sobre a competência do Tratado OMC relativo à composição de conflitos⁵³.

b. Fundamentos da concessão de direito comunitário

Não obstante, o significado referido da concessão pública para o mercado interno, o Tratado da CE não contém um capítulo especial, nem sequer normas especiais sobre este complexo jurídico. No plano do direito comunitário secundário, a concessão pública assenta nas seguintes Diretivas Comunitárias, revistas no ano de 2004, as quais até o presente só em parte foram transformadas em lei interna (ver *infra* § 37)⁵⁴:

- a Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março, relativa à coordenação do **procedimento de concessão de obras públicas, de fornecimento de bens e de prestação de serviços**⁵⁵;
- a Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março, relativa à coordenação da emissão de suplementos pelo concedente no domínio do **fornecimento de água, de energia e de transportes, bem como dos serviços postais**⁵⁶.

A reforma serviu para reunir em duas diretivas comuns e para criar o levantamento simultâneo das regulações. A codificação visou satisfazer necessidades do alterado mercado das concessões e fazer jus às possibilidades das novas técnicas de informação pela aquisição eletrônica (por exemplo, pela venda em licitação), tornar possível a celebração de acordos gerais, bem como pela criação de sistemas de aquisição dinâmica. Simultaneamente, o **diálogo concorrencial é introduzido como novo procedimento de concessão**⁵⁷ (ver *infra* § 37 II). Dos pontos fulcrais da revisão fez parte a admissão de aspectos

estranhos à concessão (interesses sociais, ecológicos). Finalmente, os valores-limite foram aumentados⁵⁸.

c. Fundamentos da concessão nacional

aa. Da concepção jurídico-orçamental à concepção jurídico-subjetiva

A transformação das Diretivas existentes em direito nacional teve lugar, primeiramente, na forma da chamada **solução jurídico-orçamental**, pela introdução dos §§ 57a e seguintes do HGrG, da antiga versão⁵⁹, que no entanto foi criticada pela Comissão Europeia, porque o direito orçamental não garante direitos subjetivos⁶⁰.

Levando em consideração a controvérsia, a Federação criou, com a Lei de Revisão do Regime Jurídico das Concessões, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1999, a **Lei de Bases do Direito de Concessão**⁶¹. O ponto nuclear é a integração do direito das concessões públicas no direito da concorrência, pela via da introdução dos §§ 97.º a 124.º como nova Parte IV do GWB. Estes princípios de concessão aplicam-se também aos Estados federados, às pessoas coletivas de base territorial e a outras pessoas coletivas de direito público e de direito privado. Daí em diante, os ofertantes têm, em harmonia com o direito europeu, nos termos do § 97.º, n. 7, do GWB, um **direito subjetivo** ao respeito pelas normas de concessão que visam a sua proteção⁶².

Do ponto de vista da sua concepção, o novo direito de concessão **funda-se no direito da concorrência**, devido à sua integração no GWB⁶³. Desta maneira, a dimensão jurídico-orçamental não é inteiramente posta de lado, porque continuam a aplicar-se à concessão os princípios de concessão ali consagrados — como, por exemplo, o princípio da rentabilidade⁶⁴. O novo regulamento de concessão⁶⁵ faz a ligação, sob a forma de cascata, entre os §§ 97.º e seguintes do GWB e os regulamentos sobre as adjudicações de trabalhos de construção VOB, VOL e VOF⁶⁶.

bb. Da concepção orientada ao Estado à concepção infraestrutural

O direito de concessão, por sua vez, é objeto de numerosas leis especiais, por intermédio das quais ou abrem uma admissão de privados, ou impõem um concurso público e, por vezes, contêm

princípios de concurso público. Estas determinações primam sobre as normas gerais de concessão.

Exemplos: Os §§ 52.º e seguintes do TKG, relativamente à atribuição de frequências de telecomunicações⁶⁷; o § 13.º, n. 5, do PBefG, relativamente à tomada em consideração de novos candidatos; o § 19c e o § 32.º, n. 1, frase 1, n. 3a do LuftVG, relativamente à prestação de serviços de despacho em terra⁶⁸.

3. Âmbito de aplicação

a. O autor da concessão como destinatário da obrigação

Do ponto de vista pessoal, as Diretivas da UE e, na sua sequência, as normas de conversão dos §§ 97.º e seguintes do GWB, bem como o regulamento de concessão, em conjunto com o regulamento sobre adjudicações de trabalhos de construção (respectiva parte A), dirigem-se ao concedente público. Na categoria de concedente público caem não só instituições do Estado (**conceito institucional de concedente**), mas também aqueles serviços que desempenham funções do Estado (**conceito funcional de concedente**)⁶⁹. Destes fazem parte todas as instituições que foram criadas com o fim de cumprir funções não empresariais de interesse geral, que têm personalidade jurídica e que são maioritariamente financiadas pelo Estado ou que estão sujeitas, de forma dominante, à influência do Estado. Por conseguinte, é irrelevante saber se as instituições estão organizadas nas formas jurídicas de direito público ou de direito privado⁷⁰. De forma diferente deste regime, a Diretiva dos Setores abarca todos os concedentes que exercem uma atividade que cai no âmbito de aplicação da Diretiva (**conceito de concedente relativo à atividade**)⁷¹.

b. A concessão pública e o valor-limite

Do ponto de vista material, as Diretivas da UE e as suas normas de conversão estendem-se à atribuição de **concessões públicas**⁷², no sentido do § 99.º do GWB, isto é, à celebração de **contratos escritos e a título oneroso** entre um concedente público e um empresário. O texto da lei abarca, em primeiro lugar, os **contratos de direito privado**. Não é clara a questão de saber se ele também se aplica aos **contratos de direito público**. Segundo a fundamentação da lei, que se

apoia no direito comunitário, está excluída a prestação de serviços na base de contratos de direito público⁷³. Pelo contrário, a jurisprudência apenas exige uma relação do contrato com o mercado⁷⁴. No regime de adjudicação caem também as **concessões**. Estas são contratos pelos quais a contraprestação consiste no direito de fazer uso da própria prestação ou de aliená-la a título oneroso. Esta infeliz formulação esconde o objeto deste instituto jurídico. É que se trata de instrumentos de financiamento e da realização de projetos de grandes infraestruturas nos quais a Administração Pública deve tirar proveito das experiências e dos métodos dos privados⁷⁵. Decisivo para a qualificação do contrato como concessão é o risco de utilização econômica. Assim, por exemplo, o § 98.º, n. 6, do GWB, fala da chamada **concessão de obras**⁷⁶, enquanto não é referida a **concessão de serviços**. As referidas Diretivas também se aplicam a determinados tipos de contratos ou a determinados setores. Em primeiro lugar estão as “**concessões públicas de fornecimentos**”, referidas no § 99.º, n. 2, do GWB, das quais fazem parte, a par dos contratos de compra e venda, os contratos de aluguel, de arrendamento e de *leasing* (com ou sem opção de compra), enquanto o § 99.º, n. 3, do GWB refere-se às **concessões de obras públicas** para a planificação e a execução de projetos de construção e de obras nos domínios da construção em profundidade e em altura. Finalmente, o § 99.º, n. 4, do GWB abarca o domínio daquelas **concessões de serviços** que não são nem concessões de fornecimento, nem concessões de obras, nem excepcionalmente estão excluídas da sua aplicação. Destes contratos fazem parte, a par dos contratos de atividades de profissões liberais (serviços de arquitetos e engenheiros), atividades industriais, comerciais e artesanais. São objeto da Diretiva dos Setores as concessões nos domínios do fornecimento de água, energia, transportes e serviços postais.

As Diretivas da UE e as suas normas de conversão não se aplicam a todos as referidas concessões públicas. Pressuposto da sua aplicação é que, nos termos do § 100.º, n. 1, do GWB, o valor da concessão ultrapasse um determinado **valor-limite** (o chamado **valor máximo**), que é calculado sem o imposto sobre o valor acrescentado (IVA). Os valores-limite são atualmente os seguintes⁷⁷:

- fornecimentos e prestações de serviços: de 137.000 a 211.000 euros;
- concessões de obras: 5.278.000 euros;
- concessões da área dos setores: 422.000 euros.

A cláusula de abuso prevista no § 3.º, n. 2, do Regulamento das Concessões visa impedir que as concessões sejam divididas para contornar os valores-limite. Finalmente, o respectivo valor de concessão constitui um critério central de delimitação para as questões do direito a aplicar e da proteção jurídica: se o montante da concessão se situar acima do respectivo valor-limite, são aplicáveis os §§ 97.º e seguintes do GWB, bem como o Regulamento de Concessão, em conjunto com o Regulamento sobre as Adjudicações de Trabalhos de Construção (respectiva parte A). Se o valor da concessão não atingir o valor-limite, também se aplicam as liberdades fundamentais do direito comunitário primário. No entanto, nos demais aspectos aplica-se, nos termos do § 100.º, n. 1, do GWB, apenas direito nacional. Isto significa, no fim de contas, uma **bipartição do direito de concessão pública**, que foi cimentado pela reforma europeia do direito de concessão relativamente à elevação dos valores-limite.

c. Exceções ao âmbito de aplicação

Por diferentes razões, o título “concessão de funções públicas” constante do GWB não se aplica às concessões e aos contratos enumerados de forma exaustiva no § 100.º, n. 2.

Exemplos: Contratos de trabalho, contratos de arrendamento de edifícios, emissão de programas, serviços de arbitragem, serviços do Banco Central, serviços de investigação e de desenvolvimento.

V. Atividade puramente empresarial e direito constitucional econômico

A par das atividades económicas referidas está a **atividade puramente empresarial**, independentemente da prossecução de um fim público. Aqui a Administração Pública age como produtora e comerciante, como ofertante de mercadorias e de serviços ou como fonte de financiamento com vista à obtenção de lucro. Este papel

empresarial é, por vezes, expressamente reconhecido. Assim, refere o art. 87.º, n. 1, frase 2, da BayGemO, de forma exemplar quanto à delimitação e à clareza, que todos os domínios de atividade em que o Município ou as suas empresas participam, com fim lucrativo, na vida económica em concorrência, não satisfazem um fim público.

Exemplos: Empresas cervejeiras, bens vitivinícolas, fábricas de tijolos, arrendamento de restaurantes, venda de artigos de sepultura, matrículas de veículos automóveis, participação de capital em empresas privadas (estabelecimentos comerciais, agentes de viagens⁷⁸), intermediários imobiliários, arrendamento de imóveis industriais⁷⁹, produção de serviços de engenharia e de arquitetura, cuidados de espaços verdes⁸⁰, consultorias de pessoal através de caixas económicas, gestão de edifícios⁸¹, reciclagem de automóveis⁸², trabalhos elétricos⁸³.

1. Normas AGCT/OMC e direito comunitário

As normas AGCT/OMC e o Tratado da CE não estão contra uma atividade económica da Administração Pública. O Tratado AGCT/OMC assenta nas premissas reconhecidas do direito internacional económico de que todo o Estado determina por si próprio, devido à sua **igualdade e soberania**, o seu sistema económico e pode tomar todas as decisões no domínio económico próprio. Esta liberdade compreende, como acentua o art. 2.º, n. 1, da Carta, os direitos e obrigações económicas dos Estados, também o direito de se ocupar autonomamente, pela via da produção, do comércio e da prestação de serviços e explorar empresas estaduais. De forma correspondente, também o art. XVII do GATT parte da existência de empresas comerciais do Estado (*state trading enterprises*), bem como da produção estadual de mercadorias comerciais.

De forma idêntica se passam as coisas com o direito comunitário. O art. 295.º do Tratado da CE deixa intocado o regime da propriedade dos Estados-membros e protege, assim, também as relações de propriedade das **empresas públicas**. Os arts. 31.º e 86.º do Tratado da CE apenas tomam posição quanto ao lado do direito da concorrência e quanto à questão fundamental da legitimidade. O art. 86.º do Tratado da CE foi criado apenas para impedir que a Administração Pública utilize nos Estados-membros a sua influência para permitir às

empresas públicas benefícios injustificados na concorrência. Por conseguinte, estas normas apenas exigem um tratamento igualitário no direito de concorrência.

Exemplo: Os ônus institucionais (como obrigação dos entes de direito público de equipar adequadamente a respectiva instituição e de as compensar internamente dos seus prejuízos) e a responsabilidade dos entes de garantia (como promessa de responsabilidade ilimitada pelos compromissos) são privilégios que falseiam a concorrência entre privados e empresas de crédito de direito público, sendo assim ilícitas⁸⁴.

O art. 86.º do Tratado da CE apenas proíbe empresas que não estão em situação de satisfazer a procura no mercado⁸⁵. Por isso, também se fala em neutralidade do Tratado da CE em face do setor público⁸⁶.

2. Declarações da Lei Fundamental e das Constituições dos Estados federados

A Lei Fundamental e as Constituições dos Estados federados não contêm uma clara afirmação a favor ou contra uma legitimidade de princípio da atividade puramente empresarial da Federação, dos Estados federados e dos Municípios. Em especial, não há expressamente uma proibição. Simultaneamente, a lei refere-se diversas vezes a empresas e indústrias da Federação e dos Estados federados, por exemplo nos arts. 110.º, n. 1, 134.º e 135.º, n. 6, da Lei Fundamental, existindo pois aqui um ponto de apoio para uma admissão de empresas comerciais do Estado⁸⁷. Da história da Constituição não se constata uma prática constitucional uniforme, igual, com prolongada aprovação geral neste setor⁸⁸. Porque a **Constituição econômica da Lei Fundamental** é aberta, não podemos concluir também por este argumento a favor ou contra uma atividade industrial da Administração pública (ver *supra* § 5 I). De forma idêntica se passam as coisas do ponto de vista da **subsidiariedade** (ver *supra* § 12)⁸⁹.

Pelo contrário, do art. 87f, n. 1, da Lei Fundamental resulta numa clara confissão a favor da **privatização dos domínios dos correios e das telecomunicações**⁹⁰. Porque a prestação de serviços no setor dos correios e telecomunicações deve ser efetuada como atividade

econômica privada pela qual empresas saídas do patrimônio especial dos Correios da Alemanha Federal e através de outros ofertantes privados, o art. 87f, n. 1, da Lei Fundamental tem em vista, com reserva das funções de autoridade, em última análise, uma completa privatização da função⁹¹. Esta decisão de direito constitucional exclui forçosamente uma **desnacionalização** camuflada pela admissão dos Municípios ou de outras empresas que estão na propriedade pública, especialmente no mercado das telecomunicações⁹².

3. Para a atividade lucrativa dos Municípios

Relativamente à **atividade econômica dos Municípios**, é por vezes sustentada a ideia de que a garantia da Administração autônoma municipal não se aplica à atuação econômica empresarial, com a consequência de que os Municípios poderiam agir como empresários no mercado e não poderiam ser limitados a determinados setores ou ao território local⁹³. Por outro lado, também a atividade orientada ao lucro deveria ser usada como forma de sanear o orçamento⁹⁴. Esta opinião não é compatível nem com a letra, nem com o sistema constitucional, nem com o fim do art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental, que apenas garante aos Municípios a prossecução de funções administrativas e não a atividade econômica livre. Esta norma da Constituição não pode ser usada como alavanca para uma fuga para a forma concorrencial. Na verdade, trata-se de uma **norma de competência e de organização orientada ao Estado** e não de uma norma de competência orientada à economia. Esta norma de direito orgânico fixa a distribuição de funções entre a Federação, os Estados federados e os Municípios e nada diz sobre a relação entre os Municípios e economia⁹⁵. De uma forma particular, esta norma de direito orgânico não confere à garantia de Administração autônoma um poder de ingerência no domínio de funções dos privados⁹⁶ e um poder para uma atividade econômica fora do território municipal, na medida em que não seja forçosamente necessária a resolução das funções locais fora do território municipal⁹⁷. Na verdade, a expansão constitui sempre uma ingerência no direito à Administração autônoma do Município atingido pela

expansão⁹⁸. Com razão concluiu a jurisprudência que as funções públicas assinaladas como atividades de economia empresarial privada, nas quais está presente o fim autônomo de obtenção do lucro, não gozam a princípio da proteção das garantias da Administração autônoma⁹⁹.

4. Atividade industrial e direitos fundamentais econômicos

Uma questão central até agora por esclarecer consiste na proteção jurídico-fundamental de privados em face de condutas da Administração Pública que são relevantes do ponto de vista da concorrência. Neste contexto, devemos distinguir dois círculos de problemas. Por um lado, está por esclarecer a questão de saber se está aberto o âmbito de proteção dos direitos fundamentais aplicáveis. Por outro lado, deve ser averiguada a justificação de uma eventual ingerência¹⁰⁰.

Na opinião da jurisprudência e de uma parte da doutrina, também dos **direitos fundamentais** não se extrai qualquer argumento a favor ou contra a legitimidade da atividade empresarial da Administração Pública. A participação da Administração Pública reforça, em primeiro lugar, a concorrência da economia de mercado. Argumenta-se que os arts. 12.º e 14.º da Lei Fundamental não protegem contra a entrada de um novo concorrente (ver *supra* §§ 21 e s.)¹⁰¹ e que estes artigos só seriam aplicáveis se tornassem impossível ou insuportável a liberdade de concorrência dos privados ou se esta fosse limitada de modo insuportável, se ocorresse uma consumação da concorrência ou se existisse uma posição de monopólio não permitida¹⁰². Esta interpretação restrita deve ser recusada, desde logo, pelo fato de a intervenção da Administração Pública na concorrência ser um caso típico de aplicação da função clássica de defesa dos direitos fundamentais. A ingerência distingue-se da medida de autoridade apenas pelo fato de os arts. 12.º e 14.º da Lei Fundamental protegerem o empresário individual em concorrência, devido às **afetações materiais nos direitos fundamentais**, sobretudo contra aquelas atividades que não estão justificadas por **fins públicos**¹⁰³. Nesta medida, são decisivas as consequências para a economia privada¹⁰⁴.

Sobre este ponto, devemos levar em consideração que a **concorrência quantitativa pode se refletir na qualidade da ingerência**. Por isso, também se coloca a questão de uma necessária reapreciação da jurisprudência na base do alterado panorama da Administração. Na verdade, a decisão a favor de privatizações formais e de reestruturações, um falso entendimento do caráter de prestação de serviço da Administração Pública e a admissão generosa da atividade econômica municipal pelo legislador estadual¹⁰⁵ encerram em si, simultaneamente, o perigo de a Administração Pública penetrar cada vez mais nos setores prosseguidos pela economia privada. Por isso, na base destas circunstâncias fáticas, deverá ser suficiente para a aplicação do art. 12.º, n. 1, da Lei Fundamental, que seja limitada de forma perceptível a possibilidade da concorrência privada de agir como empresário responsável através de atividades econômicas independentes da Administração Pública¹⁰⁶. Verificando-se estes pressupostos, existe um **direito de defesa do “Fiskus”**, resultante dos arts. 2.º, 12.º e 14.º da Lei Fundamental, contra a atividade econômica privada da Administração Pública¹⁰⁷. Corretamente é referido na doutrina que esta abordagem não poderá ser aceita como ideia jurídica geral do direito constitucional econômico alemão¹⁰⁸.

Inversamente, deveria ser reconhecido um exercício empresarial público se a Administração Pública pudesse se basear no **direito da liberdade de profissão e da liberdade de empresa**, bem como no direito da liberdade de concorrência¹⁰⁹. Porém, os direitos de liberdade privados não são idênticos às competências estaduais, nas quais apenas se pode apoiar a Administração Pública. Por outro lado, o Estado e os Municípios só podem ser titulares de direitos fundamentais se esta dupla posição não conduzir a um conflito com as eventuais concepções de proteção dos direitos fundamentais. Por conseguinte, deve ser feita a distinção entre de empresas de direito público em situação de monopólio, empresas que se encontram em vias de privatização plena e empresas que participam na concorrência entre público e privado (ver *supra* § 24 II). O manter à distância as empresas privadas, por exemplo as casas de jogos ou a organização de competições, é fundamentado com o melhor controle por empresas do Estado¹¹⁰. Esta

argumentação é infundada, desde logo porque o fim de uma canalização e a delimitação da empresa de jogo se opõe a uma publicidade extrema orientada a uma maximização das receitas (ver volume II¹¹¹, § 46 III 5)¹¹². Tendo em consideração esta contradição inevitável, é adequado, relativamente à proteção da liberdade de profissão¹¹³, admitir a exploração privada de casas de jogos e de competições e impor uma correspondente fiscalização econômica rigorosa com o fim de proteção¹¹⁴.

Numa participação concorrencial em regime de economia empresarial em concorrência há o perigo de a Administração Pública, através de uma penetração todo-poderosa nos espaços de liberdade criados para o cidadão, minar na realidade, a médio prazo, a liberdade da empresa. Mas o Estado e os Municípios não podem explorar quaisquer empresas para, desse modo, prosseguirem interesses egoístas, com ônus para a economia privada. Uma tal liberdade de escolha e a dupla função da Administração Pública iriam afetar consideravelmente os direitos de liberdade dos cidadãos¹¹⁵ e desconhecer que os direitos fundamentais têm para o Estado e para os Municípios uma função servidora em face da economia privada.

5. A atividade empresarial no Estado financeiro e no Estado fiscal

Os criadores da Constituição partiram, na criação da Constituição financeira, do fato de a Administração Pública ser sobretudo financiada por receitas provenientes de contribuições, especialmente pela participação fiscal no sucesso da economia privada e não através da autoexploração de propriedade ou através da exploração de empresas (**princípio do Estado tributário e princípio do Estado fiscal** — ver *infra* § 44)¹¹⁶. Além disso, o Tribunal Constitucional Federal acentuou que as empresas têm de servir o bem comum diretamente pelos seus serviços e não apenas indiretamente através de um lucro¹¹⁷. Por outro lado, a Lei Fundamental atribuiu à Administração Pública a **soberania tributária**, porque o legislador constituinte partiu da ideia de que a Federação, os Estados federados e os Municípios seriam dependentes deste direito, uma vez que não têm

qualquer outra possibilidade digna de registro de obtenção de receitas. No entanto, a conservação desta posição privilegiada só é justificada enquanto e na medida em que o Estado, e as suas subdivisões, não participa ele próprio na vida econômica empresarial como privado. O privilégio tributário visa libertar o Estado e os Municípios desde logo da participação na concorrência empresarial privada em geral e dos seus riscos por razões do financiamento das suas funções. A **autonomia financeira dos Municípios**, garantida no art. 28.º, n. 2, frase 3, da Lei Fundamental, deve ser entendida no contexto do cumprimento da função local e do privilégio tributário e também não legitima a atividade econômica empresarial¹¹⁸.

Se as contribuições não forem suficientes para o cumprimento da função, então teremos de pensar numa redução da função¹¹⁹ ou num “chamamento” de privados (ver *supra* § 3 III e *infra* § 26). A **motivação empresarial é estranha ao Estado tributário**¹²⁰. A sua responsabilidade tem de consistir em acionar condições gerais economicamente adequadas a criar condições para os contribuintes e para um fomento ótimo da economia, para que aumentem as receitas do Estado provenientes das contribuições econômicas¹²¹.

Uma opinião menos rigorosa parte da ideia de que a atividade empresarial necessita de um correspondente **fundamento legal especial de autorização**¹²² que sirva de base a um fim público, **que não pode consistir apenas na aplicação pública das receitas obtidas**¹²³. Esta opinião corresponde também à perspectiva de que o exercício de economia autônoma está subordinado à reserva de ingerência e à reserva de essencialidade (ver *supra* § 7 I)¹²⁴.

¹ Burgi, *VerwArch.* 93 [2002], 255 e s.; Stober, *NJW* 2002, 2357 e s.

² Cf. Mann, *NVwZ* 1996, 557 e s.; J. Wolf, *Anstalten des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen*, 2002.

³ Spannowsky, *ZHR* 160, [1996], 563 e s.

- [4](#) Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 35 e s. e 269 e s.
- [5](#) Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 20 e s.
- [6](#) Regulamento de 25-6-1980, ABl., n. L 195, de 29-7-1980, p. 35, bem como de 26-7-2000, ABl., n. L 199, p. 75, e ainda Britz, *DVBl.* 2000, 1641 e s.
- [7](#) Ederer/Schuller, *Geschäftsbericht Deutschland AG*, 1999.
- [8](#) Laux, *DÖV* 1993, 523 e s.; Pagenkopf, *GewArch.* 2000, 178 e s.
- [9](#) Ehlers, *JZ* 1990, 1089 e s.; Hill, *BB* 1997, 425 e s.; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 11 e s.; Ehlers, *Gutachten 64.DJT*, 2002, p. 17e s.; Stober, *NJW* 2002, 2357 e s.; Eisenmenger, *Neuregelung des öffentlichen Unternehmensrechts?*, 2004, p. 29 e s.
- [10](#) Wolff/Bachof/Stober, §§ 90 e s.
- [11](#) Cf., sobre os fatos, Fuest/Kroker/Schatz, *Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge*, 2002; Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, 2000, 61 e s.; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 11 e s.
- [12](#) Wolff/Bachof/Stober, § 23.
- [13](#) RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 315 e s.
- [14](#) Pache, *DVBl.* 2001, 1781 e s.
- [15](#) Ehlers, *Jura* 1999, 212; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001.
- [16](#) BVerfGE 102, 197 e s.
- [17](#) BVerwG, *GewArch.* 2001, 334; BVerfG, *NJW* 2006, 1261, e ainda Rausch, *GewArch.* 2001, p. 102 e s.; Jarass, *DÖV* 2000, 753 e s.; Dietlein/Thiel, *NWVBl.* 2001, 170 e s.
- [18](#) OLG Düsseldorf, *DÖV* 2001, 912 e s.
- [19](#) Ronellenfitch, in: Blümel (ed.), *Kolloquium zum 100. Geb. v. Forsthoff*, 2003, p. 61 e s.
- [20](#) Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit*, 2000, p. 14 e s.; Heinze, *BayVBl.* 2004, 33 e s.
- [21](#) BVerfGE 38, 326, 339.
- [22](#) Ronellenfitch, in: Blümel, (ed.), *Kolloquium zum 100. Geb. v. Forsthoff*, 2003, p. 113; Kämmerer, *NVwZ* 2004, 28 e s.
- [23](#) Livro verde de 21-5-2003, KOM (2003), e ainda Ruge, *ZRP* 2003, 353 e s.; Knauff, *EuZW* 2003, 453 e s.
- [24](#) EuGHE 1991, 1979, para o monopólio de angariação de trabalhadores junto dos conselheiros de pessoal.
- [25](#) Cf. Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 96 e s.; Badura, in: Schwarze (ed.), *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbs*, 2001, p. 25, 30.
- [26](#) Ebenda, p. 73 e s.; cf. também Möschel, *JZ* 2003, 1021 e s.
- [27](#) Deuster, *EuZW* 2004, 526 e s.
- [28](#) Wieland/Hellermann, *Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen* 1995, p. 32.

[29](#) Hill, *BB* 1997, 425 e s.

[30](#) Cf. *BVerwGE* 82, 29 e s.; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 214 e s.; Pieroth/Hartmann, *DVBl.* 2002, 421, 428, Schink, *NVwZ* 2002, 129, 134 e s.; Schmidt-Aßmann, in: *FS für Ulmer* 2003, p. 1015, 1018 e s.; W. Meyer, *WiVerw.* 2003, 57, 83 e s.

[31](#) VGH Mannheim, *NVwZ* 1993, 903.

[32](#) Cf. Ehlers, *JZ* 1990, 1089, 1091; Gusy, *JA* 1995, 166, 169; Schink, *NVwZ* 2002, 129, 134; Ruffert, *VerwArch.* 2001, 41 e s.

[33](#) *BVerwGE* 82, 29 e s.; Ehlers, *JZ* 1990, 1089, 1091; Scharpf, *DÖV* 2006, 23 e s.

[34](#) OVG Münster, *NVwZ* 2003, 1520, e ainda Antweiler, *NVwZ* 2003, 1467 e s.

[35](#) Ehlers, *DVBl.* 1998, 497 e s.; Enkler, *ZG* 1998, 328, 333; Köhler, *BayVBl.* 3504 e s.

[36](#) Hennecke, *NdsVwBl.* 1999, 1, 4 e s.; Hill, *BB* 1997, 425, 430.

[37](#) OLG München, *GewArch.* 2000, 279, 281; OLG Düsseldorf, *DÖV* 2001, 912 e s.; RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 325 e s.; Schmidt-Aßmann, in: *FS für Ulmer*, 2003, p. 1015, 1019.

[38](#) Bultmann, *Beihilferecht und Vergaberecht*, 2004.

[39](#) Cf. os números em Däubler-Gmelin, *EuZW* 1997, 709; Mader, *EuZW* 1999, 331, 332; Puhl, *VVDStRL* 60 [2001], 458.

[40](#) Rittner, *NVwZ* 1995, 314, e Pernice, *DVBl.* 1996, 1105 e s.

[41](#) EG-Kommission, *EuZW* 2004, 132.

[42](#) Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 21a; Prieß, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 624.

[43](#) Cf., mais detalhadamente, Waller, *Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens*, 1998, p. 87 e s.

[44](#) Cf., mais detalhadamente, Gramlich, *RIW* 1995, 793 e s.

[45](#) Reimpressão in: *ABl. EG*, n. L 336 1994, p. 273.

[46](#) Cf., para a competência para a celebração de contratos, Dörr, *EuZW* 1997, 37, 40; Resolução de 22-12-1994, *ABl. EG*, n. L 336, de 23-12-1994, p. 1; RL de 13-10-1997, *ABl. EG*, n. L 328, de 28-11-1997, p. 1.

[47](#) Cf. Prieß, *EuZW* 1997, 391, e RL de 13-10-1997, *ABl. EG*, n. L 328, de 28-11-1997, p. 1; RL 2004/18/EG, de 31-3-2004, *ABl. EG*, n. L 134, de 30-4-2004, p. 15 (art. 5.º).

[48](#) Gramlich *RIW* 1995, 792, 802; Dörr, *EuZW* 1997, 37, 40; Waller, *Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens*, 1998, p. 123 e s.

[49](#) RL de 13-10-1997, *ABl. EG*, n. L 328, de 28-11-1997, p. 1, quarto considerando.

[50](#) Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 21; Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, 2003, p. 621 e s.

- [51](#) Cf., mais detalhadamente, Waller, *Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens*, 1998, p. 96 e s.; Kunnert, *WTO-Vergaberecht*, 1998; Weiß/Herrmann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 21 C II; Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, 2003, p. 640 e s.
- [52](#) Cf., mais detalhadamente, Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, 2003, p. 632 e s.
- [53](#) Cf. Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, 2003, p. 650 e s.
- [54](#) Verificar para a aceleração e a conversão de parcerias público-privadas de 1.º-92005, *BGBI. I*, p. 2676 e s.; cf., mais detalhadamente, Pitschas/Ziekow, *Vergaberecht im Wandel*, 2006.
- [55](#) ABl. EG, n. L 134, de 30-4-2004, p. 114 e s.
- [56](#) ABl. EG, n. L 134, de 30-4-2004, p. 1 e s.
- [57](#) Cf., mais detalhadamente, Knauff, *EuZW* 2004, 141 e s.
- [58](#) Regulamento 1.874/2000 da Comissão, de 28-10-2004, ABl. EG, n. L 326, p. 17 e s.
- [59](#) Lei de 26-11-1993, *BGBI. I*, p. 1928 e s.; cf., para maiores detalhes, Pietzcker, *ZHR* 162 [1998], 427 e s.
- [60](#) Cf., mais detalhadamente, *BT-Ds.* 12/4636, p. 12; *BR-Ds.* 646/97, p. 17 e s.; Pietzcker, *NVwZ* 1996, 313 e s., com outras referências; Boesen, *NJW* 1997, 345 e s.; EuGH, *EuZW* 1995, 635 e s.
- [61](#) Neste sentido, Byok, *EuZW* 1997, 629; cf., mais detalhadamente, Marx, *ZG* 1997, 393 e s.
- [62](#) *BT-Ds.* 13/9340, p. 14; Byok, *NJW* 1998, 2776 e s.; Thieme/Correll, *DVBl.* 1999, 884, 887 e s.
- [63](#) Cf. Rittner, *EuZW* 1997, 161 e s.; criticamente, Dreher, *NVwZ* 1997, 343, 344.
- [64](#) Hermes, *JZ* 1997, 909 e s.
- [65](#) Cf. *BT-Ds.* 13/9340, p. 29 e s.; Höfler/Bert, *NJW* 2000, 3310 e s.
- [66](#) Otting, *NVwZ* 2001, 775 e s.
- [67](#) Cf., mais detalhadamente, Grzeszick, *DVBl.* 1997, 878 e s.
- [68](#) Cf., mais detalhadamente, OVG Lüneburg, *NVwZ* 1999, 1130, e VGH München, *NVwZ* 2000, 1131.
- [69](#) Cf., mais detalhadamente, Dreher, *DB* 1998, 2579 e s.; Noch, *NVwZ* 1999, 1083 e s.; Koenig/Haratsch, *NJW* 2003, 2637 e s.
- [70](#) EuGH, *EuZW* 1998, 121 e s.; EuGH, *EuZW* 1999, 16.
- [71](#) Cf. *NVwZ* 1999, 1083 e s.; Kekemeti, *NVwZ* 1999, 1068.
- [72](#) Cf. Mader, *EuZW* 1999, 331, 333 e s.
- [73](#) *BT-Ds.* 13/9340, p. 15; cf. também Dreher, *DB* 1998, 2579, 2587; Pieper, *DVBl.* 2000, 160 e s.
- [74](#) Cf. Boyk, *NJW* 2004, 198, 201, com outras referências.

[75](#) Cf. *Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen* ABl. C 94, de 7-4-1999, p. 4, e Anexo III 2000 ao Caderno 7/2000 NVwZ.

[76](#) Prieß, in: Jestaedt et al., *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, p. 67 e s.

[77](#) Regulamento de 19-12-2005, ABl. EG, n. 333, de 20-12-2005, p. 28 e s.

[78](#) *Monopolkommission, Hauptgutachten* 1994/95, p. 38 e s., e *Hauptgutachten* 1996/97, p. 48 e s.; *Hauptgutachten* 1998, 1999, 2000, p. 80; *Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium der Wirtschaft*, BAnz n. 156, de 23-8-1997, p. 10834 e s.; Löwer, *VVDStRL* 60 [2001], 416 e s.

[79](#) OVG Münster, *NVwZ-RR* 2005, 198.

[80](#) OLG Hamm, *JZ* 1998, 576; OLG Karlsruhe, *DÖV* 2001, 431.

[81](#) Heintzen, *Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung*, 1999; OLG Düsseldorf, *DÖV* 2001, 912.

[82](#) BGH, *NJW* 2003, 586; Cosson, *DVBl.* 1999, 891 e s.

[83](#) BGH, *GewArch.* 2002, 322 e s.

[84](#) Kämmerer, *Privatisierung*, 2001, p. 129 e s.; *Monopolkommission, Hauptgutachten* 1998, 1999, 2000, p. 79 e s.; Ruge, *ZG* 2004, 12 e s.

[85](#) *EuGHE* 1991, 1979.

[86](#) Hailbronner, *NJW* 1991, 593 e s.; Zundel, *VR* 1996, 341 e s.; criticamente, Kahl, *NVwZ* 1996, 1082 e s.; noutro sentido, *Monopolkommission, Hauptgutachten* 1994/95, p. 40 e s.

[87](#) A. M. Gusy, *JA* 1995, 167 e s.; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 92 e s.

[88](#) Stober, *ZHR* 145 [1981], p. 571 e s.

[89](#) Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, 2000, 162 e s.; noutro sentido, Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld*, 2000, p. 493; T. Franz, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, 2005, 53 e s.

[90](#) Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, 250 e s.

[91](#) Cf. *BT-Ds.* 12/6717, p. 3 e 12/7269, p. 4 e s.; *BVerfGE* 108, 169, 183.

[92](#) Cf. *Monopolkommission, Hauptgutachten* 1994/95, p. 27 e 39 e s.; Ebenso: Windthorst, in: Sachs (ed.), *GG-Kommentar*, 3. ed., Art. 87 e s. n.m. 28a; Möschel, *WuW* 47 [1997], 120, 124; Gersdorf, *AfP* 1998, 470 e s.; M. Müller, *DVBl.* 1998, 1256 e s.; Müller-Terpitz, *NWVBl.* 1999, 292 e s.; Möstl, *BayVBl.* 1999, 547 e s.; Helm, *Rechtspflicht zur Privatisierung*, 1999, p. 186; noutro sentido, por exemplo, Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge*, 2000, 339 e s.; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, 557 e s.

[93](#) Neste sentido, Wieland, in: Henneke (ed.), *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet*, 1999, p. 193, 196; Henneke, *NdsVBl.* 1999, 1, 8, com outras referências; Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge*, 2000, 140 e s.

- [94](#) Otting, *DVBl.* 1997, 1258 e s.; Moraing, *WuV* 1998, 233, 259.
- [95](#) Burgi, *NVwZ* 2001, 601 e s.; Löwer, *VVDStRL* 60 [2001], 416, 435 e s.; Schmidt-Aßmann, in: *FS für Ulmer*, 2003, p. 1015, 1021; Schink, *NVwZ* 2002, 129, 133; Rennert, *Verw.* 35 [2002], 319, 348; T. Franz, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, 2005, 81 e s.; RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 325, 329.
- [96](#) Löwer, *DVBl.* 1991, 132, 140; Henneke, *NdsVBl.* 1999, 1, 12, com outras referências.
- [97](#) Neste sentido, Dreier, in: idem (ed.), *GG-Kommentar*, Art. 28, n.m. 128 e s.; Becker, *DÖV* 2000, 1032 e s.; Schmidt-Aßmann, in: *FS für Ulmer*, 2003, p. 1023; Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit*, 2000, 100 e s.
- [98](#) Becker, *DÖV* 2000, 1032 e s.
- [99](#) *BVerfGE* 79, 127, 143, 146; RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 325 e s.; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben* 2002, 229.
- [100](#) Ehlers, *Gutachten E zum 64. DJT*, 2002, 39 e s.
- [101](#) *BVerfGE* 24, 236, 251; BVerwG, *DÖV* 1978, 851 e s.
- [102](#) *BVerwGE* 39, 329; BVerwG, *DÖV* 1996, 250; VGH Mannheim, *NJW* 1995, 274; VGH Kassel, *GewArch.* 1996, 233; OVG Schleswig-Holstein, *GewArch.* 1997, 144; RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 325 e s.; OVG Münster, *NVwZ* 2003, 1520 e 1523, e ainda *NVwZ-RR* 2005, 198, 200 e, para a situação em torno da controvérsia, Piroth/Hartmann, *DVBl.* 2002, 421 e s.
- [103](#) Cf. Gallwas, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, 1970; Badura, in: von Münch (ed.), *FS für Schlochhauer*, 1981, p. 22; Breuer, in: *HdBStR* VI, § 148, n.m. 59 e s.; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, 255 e s.; VGH Mannheim, *NJW* 1995, 274.
- [104](#) Von Arnim, *Rechtsfragen der Privatisierung*, 1995, p. 55 e s.; Hösch, *DÖV* 2000, 399 e s.
- [105](#) Cf., mais detalhadamente, Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000; Stober, *NJW* 2002, 2357 e s.; Schmidt-Aßmann, in: *FS für Ulmer* 2003, p. 1015, 1020.
- [106](#) Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, 259; T. Franz, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, 2005, 102 e s.; Scharpf, *GewArch.* 2005, 1 e s.; Frenz, *GewArch.* 2006, 100 e s.
- [107](#) OVG Schleswig-Holstein, *GewArch.* 1997, 144 e s.; Ehlers, *NWVBl.* 2000, 1 e s.
- [108](#) Von Münch, *Staatsrecht* II, 5. ed., n.m. 783; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, 514 e s.; Cremer, *DÖV* 2003, 921 e s.; noutro sentido, Jarass, *DÖV* 2002, 489, 492 e s.
- [109](#) BVerwG, *DVBl.* 2004, 62, 65.
- [110](#) BVerwG, *GewArch.* 2001, 334.
- [111](#) Ver nota na p. 55.

[112](#) Cf., mais detalhadamente, Korte, *Das staatliche Glücksspielwesen*, 2004.

[113](#) Cf. *BVerfGE* 102, 197 e s. e, mais detalhadamente, Thiel, *GewArch.* 2001, 96 e s., Dietlein/Thiel, *NWVBl.* 2001, 170.

[114](#) Cf. sobre esta problemática *BVerfG* 2006, 1261.

[115](#) Neste sentido, Schmidt, § 11 II 1; Berg, *GewArch.* 1990, 225, 233.

[116](#) Cf. Isensee, in: *FS für H. P. Ipsen*, 1977, p. 416 e s.; *BVerfGE* 93, 121, 134; 93, 319, 342 e s.; Ehlers, *Jura* 1999, 212, 214; Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit*, 2000, p. 63; Löwer, *VVDStRL* 60 [2001], 416, 420 e s.; Ehlers, *Gutachten 64. DJT* 2002, p. 72; Pieroth/Hartmann, *DVBl.* 2002 421, 428; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, 225 e s.; Rennert, *JZ* 2003, 385, 390.

[117](#) *BVerfGE* 61, 82, 100, 107; 93, 319, 342.

[118](#) Badura, *DÖV* 1998, 818, 823; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, 229; noutro sentido, Otting, *DVBl.* 1997, 1258 e s.; Schliesky, *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 1997, p. 136; *RPVerfGH*, *GewArch.* 2000, 325 e s.

[119](#) Hösch, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit*, 2000, 63.

[120](#) Cf. *BVerfGE* 61, 82, 100, 107; Ress, *VVDStRL* 48 [1990], 73; Ehlers, *DVBl.* 1998, 497, 499; idem, *Gutachten E zum 64. DJT* 2002, 72; Sodan, *DÖV* 2000, 361, 370; noutro sentido, sem fundamentação convincente, Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 126.

[121](#) P. Kirchhof, *HdbStR* IV, § 88, n.m. 47 e 92 e s.; Kirchhof, *Die Verwaltung* 21 [1998], p. 137 e s.; Gramm, *Der Staat* 36 [1997], 267, 273; Kluth, in: Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, p. 23 e s.; Schmidt-Aßmann, in: *FS für Ulmer* 2003, p. 1015, 1018 e s.; noutro sentido, sem fundamentação convincente, Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, p. 126 e s.; Jarass, *DÖV* 2002, 489 e s.

[122](#) Ronellenfitsch, in: *HdbStR* III, § 84 n.m. 42; Schmidt, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, *Besonderes Verwaltungsrecht* I, 2. ed., 2000, § 1 E, n.m. 203 e s.; von Arnim, *Rechtsfragen der Privatisierung*, 1995, p. 55 e s.; Gusy, *JA* 1995, 253 e s.; Hill, *BB* 1997, 425, 428; Hösch, *JZ* 1997, 948, 950; Ehlers, *DVBl.* 1998, 497; Pagenkopf, *GewArch.* 2000, 177 e s.; Selmer, in: Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, p. 85 e s.

[123](#) Ehlers, *DVBl.* 1998, 497, 498 e s.; Dreier, in: idem (ed.), *GG-Kommentar*, Art. 28 n.m. 126.

[124](#) Selmer, in: Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, p. 84 e s.; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 489 e s., 516 e s., 704.

C. FUNÇÕES E MEIOS DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 25. PARA O SIGNIFICADO E A SISTEMATIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Funções da Administração econômica como concretização de direito comunitário e de direito constitucional

O já apresentado direito constitucional econômico fornece a base de concretização do direito administrativo econômico. A conversão tem lugar pela prossecução de diversas **funções estaduais e comunitárias** marcadas pelo direito administrativo econômico, com as quais o decurso econômico pode ser dirigido. No entanto, as **funções da Administração econômica** não podem ser determinadas de forma exaustiva, porque estão sujeitas, devido à permanente mudança econômica, social, técnica e ecológica, a necessidades de regulação alteráveis.

Exemplos: Regulação de novos meios de comunicação, direito com efeito de privatização, direito de defesa do consumidor.

Devido à dinâmica a isto associada e às diferentes concepções sobre a orientação jurídica da economia, não há consenso sobre o tipo de funções e a sua delimitação. Independentemente da classificação que seguirmos, devemos atentar que as referidas funções não são separáveis umas das outras, porque na práxis da legislação e da Administração são frequentemente desempenhadas várias funções simultaneamente.

Exemplos: O § 1.º do GenTG visa a proteção da vida e do ambiente, bem como o desenvolvimento da genética. Os §§ 8.º e seguintes do PBefG servem à infraestrutura econômica (transportes de curta distância), à fiscalização econômica (controle da idoneidade), à direção econômica (interesses do transporte público) e à planificação da economia (plano de transportes de curta distância).

II. Normas de funções e normas de competência

As funções da Administração econômica apenas são domínio de objeto e de influência da atividade jurídico-comunitária e jurídico-estadual¹. Elas não se identificam com os **poderes** e com as **normas de competência**. De modo particular, da função não podemos concluir pela existência da competência para agir². Só a norma de competência dá informação se e em que medida é lícito, no caso concreto, influenciar uma conduta econômica. Por isso, a norma de competência é a base de autorização para a atuação e para as ingerências na liberdade de ação econômica.

Exemplos: Os §§ 2.º e 3.º do LuftSiG; o § 22.º, n. 2, do LadSchlG; o § 11.º do GüKG; o § 8.º do GPSG, quanto às advertências de autoridade; os §§ 116.º e seguintes do TKG; pelo contrário, o § 1.º do IHKG é apenas uma norma de função³.

Nos casos em que funções da Administração econômica são concretizadas por normas de competência, elas devem ser respeitadas pelos seus destinatários. No interesse de um cumprimento efetivo das suas funções, o Estado é obrigado a respeitar as normas do direito administrativo econômico. A **punição de violações de Administração econômica** (ver *supra* § 2 I 7)⁴ é “direito de efeitos jurídicos”, não se limitando às medidas de direito administrativo, mas está, na maioria das vezes, contendo nas respectivas leis atributivas de funções e leis técnicas **normas de contraordenação** (ilícito de administração econômica) ou **normas penais** (direito penal econômico). Por isso, a aplicação de sanções de Administração econômica é parte integrante das respectivas funções técnicas e é tratada neste contexto regulativo.

III. Funções gerais e especiais da Administração econômica

A doutrina do direito administrativo econômico apenas se concentra, em geral, nas funções específicas da Administração econômica. Este modo de ver é excessivamente curto. Trata-se de um ponto de vista que leva pouco em consideração os pressupostos que possibilitam a conservação e a continuação do desenvolvimento de uma política econômica que satisfaça as modernas exigências e que exerça influência sobre a economia. Especialmente estas funções gerais são decisivas para a liberdade de ação econômica, razão por que

elas são a base de toda a função especial no domínio da Administração econômica. Por isso, devemos atender, em primeiro lugar, às funções de infraestrutura econômica e de informação econômica.

1 Cf. *Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge*, 1983, p. 32.

2 BVerfG, *NJW* 1993, 3047, 3053; BVerwG, *GewArch.* 1996, 465; noutro sentido, *EuGHE* 1987, 3203, 3253, n.m. 28; cf., mais detalhadamente, Jarass, *AöR* 121 (1996), 175 e s.

3 *BVerwGE* 89, 281, 285; BVerwG, *GewArch.* 1996, 465, para as câmaras de agricultores.

4 Pernice/Kadelbach, *DVBl.* 1996, 1100 e s.

§ 26. INFRAESTRUTURA ECONÔMICA

I. Infraestrutura econômica da responsabilidade comunitária e da responsabilidade do Estado

Fundamento de toda a Administração econômica é a existência ou a criação, conservação e desenvolvimento de uma **infraestrutura econômica**. Esta é considerada como existente mesmo no sistema da economia livre de mercado (ver *supra* § 4 II)¹. É que em qualquer ordem econômica a produção, o investimento, o processamento e a utilização de recursos só podem funcionar de maneira ótima se se verificarem as condições gerais materiais e jurídicas da atuação econômica². O conceito de infraestrutura é frequentemente empregado, mas não definido na lei.

Exemplos: O § 2.º, n. 1, frase 1e, do KredAWAG; o § 2.º, n. 2, segmento 3, do TKG; o § 28a do EnWG.

Também é dispensável uma descrição de aceitação geral, porque este conceito tem de permanecer aberto à função de desenvolvimento³. Aqui a infraestrutura econômica é entendida como o conjunto das instituições materiais, institucionais e pessoais que estão à disposição dos sujeitos econômicos na sequência da atividade pública. Assim, de direito administrativo econômico são as prestações antecipadas, no sentido de um **fornecimento de base** destinado a reforçar a capacidade de concorrência econômica e de cuja garantia a economia está dependente para se poder desenvolver plenamente⁴.

A responsabilidade pela infraestrutura estende-se especialmente aos seguintes setores:

- **infraestruturas de transportes** (estradas, canais, aeroportos, redes ferroviárias: redes transeuropeias, por força do art. 154.º do Tratado da CE; art. 87, letra d e e, da Lei Fundamental, entre outros; para o “envio na hora” (*just in time* — ver volume II, § 49)⁵;
- **infraestruturas de informação e de telecomunicação**, nos termos do art. 154.º do Tratado da CE; art. 87.º, letra f, da Lei

Fundamental; § 1.º do TDG e § 1.º do TKG, para o fomento da *new economy* (ISDN, Internet, *Information Superhighway*), teleprestação de serviços (*teleshopping, telebanking, videoconferências etc.*)⁶;

- **infraestruturas de abastecimento** (energia, no sentido do art. 154.º do Tratado da CE e § 28a do EnWG, água, desenvolvimento de zonas industriais, parques tecnológicos)⁷;
- **infraestruturas de saneamento** (economia dos resíduos — ver volume II, § 52);
- **infraestruturas de formação e de investigação** (reconhecimento recíproco de certificados de capacidade, nos termos dos arts. 47.º e 149.º do Tratado da CE, regulamentação da língua);
- **definição de normas comuns e harmonização dos produtos**, nos termos do art. 163.º, n. 2, do Tratado da CE (ver *supra* § 9 V 3);
- **fomento de infraestruturas regionais**, nos termos do art. 158.º do Tratado da CE e art. 91a da Lei Fundamental;
- **infraestrutura monetária e financeira** (reconhecimento do dinheiro como meio de troca, unidade de cálculo e meio de conservação de valores, uniformização dos sistemas monetários, nos termos dos arts. 2.º, 105.º e seguintes do Tratado da CE; art. 88.º da Lei Fundamental⁸).

II. Infraestrutura econômica como responsabilidade de garantia e de regulação

A responsabilidade jurídico-comunitária e jurídico-constitucional pelas infraestruturas visa assegurar, como revela a mais recente legislação expressa, especialmente nos arts. 87, letra e, n. 4, e 87, letra f, n. 1, da Lei Fundamental, a **disponibilização** das referidas prestações⁹. Esta responsabilidade não se identifica com uma monopolização destes serviços na Administração Pública. Não existe, por conseguinte, uma **responsabilidade de produção**, mas uma **responsabilidade de garantia**¹⁰. Pelo contrário, existem as

alternativas “*to make or to buy*”, “*to provide or to enable*”. Por isso, os serviços de infraestruturas podem ser prestados através de sujeitos económicos privados, através de cooperação entre o Estado e a economia privada ou através de uma prossecução de funções paralela ou mista. Neste ponto abre-se um amplo campo para a *public-private-partnership* e para uma prossecução por responsabilidade própria de funções de infraestrutura através de empresas privadas¹¹. Vai ao encontro do conceito de ordenamento jurídico orientado preferencialmente pela economia de mercado, quando a Comunidade, a Federação, os Estados federados e os Municípios se comportam em conformidade com o sistema económico e não planejam eles próprios a infraestrutura económica, não a financiam, não a constroem, nem a mantêm e desenvolvem. Assim, a Administração Pública pode, por exemplo, limitar-se à sua função de ente responsável pelas construções e transferir as restantes funções para a economia privada (*go-public-market, outsourcing, contracting out* — ver *supra* § 3 III¹²). Uma linha diretora neste sentido está prevista no art. 154.º, n. 2, do Tratado da CE e no mesmo sentido aponta a **obrigação de privatização** prevista no § 7 BHO¹³. Nesta perspectiva, a realização da infraestrutura económica orientada pela economia privada é uma “pedra de toque” da exigência económica de mercado de um **Estado mínimo** e de uma *lean administration*¹⁴, que recebeu um impulso sobretudo pelas normas do direito comunitário e pela jurisprudência do Tribunal das Comunidades.

A vantagem da infraestrutura privatizada é vista sobretudo no descongestionamento do orçamento público (“desorçamento”) e na maior celeridade na realização, porque a realização do serviço é financiada de outro modo e é suprimido o avanço temporal da disponibilização pelo Estado¹⁵. O **Estado social** não se opõe a uma privatização das prestações de infraestrutura, porque só se verifica o “o quê”, mas não o “como”¹⁶. Isto também é válido para a **assistência social**¹⁷ e para a prestação de serviços de interesse económico geral, no sentido do art. 16.º do Tratado da CE e do art. 36.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que sublinham o carácter concorrencial da prestação de serviços públicos comercializáveis. É

função da Administração Pública, nesta solução orientada ao cidadão econômico de auto e corresponsabilidade econômica¹⁸, escolher os responsáveis privados pela função através de um **concurso público** (ver *infra* § 37), controlá-los e exercer influência sobre eles, no interesse de uma justa e efetiva administração dos recursos escassos. A Administração Pública age, nestes casos, não mais como **Administração de prestação**, mas assume o papel de uma **Administração de garantia**, no sentido do art. 155.º, n. 1, do Tratado da CE e do art. 87, letra f, n. 1, da Lei Fundamental, cuja responsabilidade se concentra na garantia de disponibilização dos bens e na prestação de serviços que são necessários para o desenvolvimento econômico, bem como na preocupação de assegurar uma capacidade de funcionamento orientada para o bem comum¹⁹. Daí resulta uma **responsabilidade de regulação, de influência e de controle** (ver *infra* § 29 I 2)²⁰. Esta responsabilidade é prosseguida, nomeadamente, pela criação de **direito de efeito de privatização** e pela instituição de **órgãos de regulação especiais** (ver *infra* § 39).

Exemplos: A construção de estradas federais é, certamente, uma função de autoridade da Federação. Mas o FStrPrivFinG também permite a construção e o financiamento de estradas através de empresas privadas²¹. A prestação de serviços no domínio dos correios e das telecomunicações é, nos termos do art. 87, letra f, n. 2, da Lei Fundamental, assegurada pelas empresas que sucederam aos Correios Federais alemães e pelos ofertantes privados destes serviços, que pela via de uma obrigação de serviço universal, nos termos dos §§ 78.º e seguintes do TKG, efetuam o fornecimento de base segundo a economia privada²². Nos termos dos §§ 16.º e seguintes do KrW/AbfG, terceiros privados podem ser incumbidos de funções de saneamento²³. Os Municípios podem financiar e apoiar instalações de esgotos e de abastecimento de água, nos termos do § 18a, n. 2 e 2a, do WHG, no quadro dos modelos privados de exploração²⁴. As polícias e as empresas privadas de vigilância podem cooperar no quadro de parcerias polícia-privados²⁵.

III. Para a exigência de condições jurídicas gerais próximas da economia

A responsabilidade da Comunidade e do Estado pela economia não se esgota na garantia de um abastecimento de base, com determinadas

instituições de assistência social economicamente importantes. A responsabilidade alarga-se, por outro lado, à **disponibilização de institutos jurídicos e de normas próximas da economia** e à criação das **condições jurídicas gerais** que fomentam e orientam as atividades econômicas (a chamada **infraestrutura institucional**) (ver *supra* § 3 III). A legislação econômica e a Administração econômica devem também adaptar-se, devido à sua função servidora no Estado de direitos fundamentais, ao ritmo da economia e à procura econômica²⁶, se quiserem evitar que os fatores de produção móveis corram para onde são oferecidas as melhores oportunidades econômicas de partida (ver *supra* § 2 VII).

- **Direito ambiental** (limitação de ônus ambientais).
- **Direito do trabalho e direito social** (direito do horário de trabalho flexível, entre outros, no interesse da capacidade de concorrência e da garantia de emprego).
- **Direito administrativo** (aceleração de procedimento de licenciamento — ver *infra* § 34 II).
- **Direito penal econômico** (proteção da propriedade, proteção contra a corrupção).

¹ König/Theobald, in: *FS für Blümel*, 1999, p. 277 e s.

² Cf. A. v. Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 3. ed., 1991, p. 287 e s.; Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, 1983, p. 41; Schwintowski, *JA* 1990, 108 e s.

³ Cf., para a definição, também R. Jochimsen, *Theorie der Infrastruktur*, 1966, p. 100; Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, p. 162 e s.; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 21 e s.; Koenig/Kühling, *DÖV* 2001, 881 e s.; *BVerwGE* 118, 181, 191; e, para uma visão geral, Hünnekens, *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*, 1995.

⁴ *BVerfGE* 108, 370, 393 e s.; cf., sobre a evolução, Theobald, *NJW* 2003, 324 e s.

⁵ Ver nota na p. 55.

[6](#) Schoch, VVDStRL 57 [1998], 158 e s.; Cannivé, *Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt* 2001; BVerfGE 108, 370, 393 e s.

[7](#) Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 1999.

[8](#) BVerfGE 50, 57, 92; BVerfG, NJW 1998, 1934.

[9](#) Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, p. 939; Brede, *Grundzüge der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre*, 2001, p. 39 e s.

[10](#) BVerfGE 108, 370 e s.; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, p. 291 e s.; Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2004.

[11](#) Cf., sobre estas concepções, Stober, in: Tettinger (ed.), *Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung*, 1994, p. 25 e s.; Sachverständigenrat, *Jahresgutachten* 1993/94, BT-Ds. 12/6170, p. 256; Tettinger, DÖV 1996, 764 e s.; Budäus/Eichhorn (ed.), *Public Private Partnership*, 1997; Bauer, DÖV 1998, 89 e s.; Gramm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001; Wolff/Bachof/Stober, § 92; BGH, NJW 1999, 2378; *Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften* de 1.º-9-2005, BGBl. I, p. 2676 e s.

[12](#) Cf., sobre o financiamento por terceiros de infraestruturas públicas, Steinwachs, ZRP 1997, 211.

[13](#) Kritisch Schliesky, DÖV 1996, 109 e s.; Helm, *Rechtspflicht zur Privatisierung*, 1999; Grupp, in: Schulze-Fielitz (ed.), *Fortschritte der Finanzkontrolle — Theorie und Praxis*, 2000, p. 9, 15 e s.

[14](#) Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 5; König, DÖV 1998, 963 e s.

[15](#) Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, *Jahresgutachten* 1990/91, BT-Ds. 11/8472, p. 251 e s., e 1991/92, BT-Ds. 12/1618, p. 222 e s.; Sich/Seifert/Metsch-Kohl, DB 1991, 2449; Lecheler, BayVBl. 1994, 555 e s.

[16](#) Isensee, in: *HdbStR* III, § 57 n.m. 168; von Arnim, *Rechtsfragen der Privatisierung*, 1995, p. 28 e s.; Peine, DÖV 1997, 353 e s.; BVerwGE 95, 188, 203 e s.

[17](#) BVerfGE 107, 59, 93.

[18](#) Cf. fundamentação oficial da *KreislaufwirtschaftsG*, BT-Ds. 12/5672, p. 2.

[19](#) Cf., mais detalhadamente, com outras referências. Stober, NJW 1997, 889 e s.; em termos idênticos, Kämmerer, JZ 1996, 1042, 1048; Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998; Hoffmann-Riem, DVBl. 1999, 125 e s.; idem, DÖV 1999, 2221 e s.; Kämmerer, *Privatisierung*, 2001, p. 426 e s.; Berg e outros, (ed.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung, Beiheft* 4, 2001; Voßkuhle, VVDStRL 62 [2002], 266 e s., 307 e s.; BVerwG, NVwZ 2004, 1352 e s.

[20](#) Neste sentido, Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 31. ed., § 35 I 3.

[21](#) Grupp, DVBl. 1994, 140 e s.; Steiner, NJW 1994, 3150 e s.; Lackner, *Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung*, 2004, § 6.

[22](#) BVerfG, *GewArch.* 2004, 68 e s.; Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.

[23](#) Kahl, *DVBl.* 1995, 1327 e s.; Tettinger, in: *FS für Friauf*, 1996, p. 569 e s.; Hoppe/Weidemann, *Verwaltungsrechtliche Grundlagen dualer Entsorgungssysteme*, 1999; Pippke, *Öffentliche und private Abfallentsorgung*, 1999; Weidemann, *DVBl.* 2000, 1571 e s.

[24](#) Bauer, *BayVBl.* 1990, 292; Schoch, *Privatisierung und Abfallentsorgung*, 1992; Kummer/Giesberts, *NVwZ* 1996, 1166 e s.; Zacharias, *DÖV* 2001, 454 e s.; Jessen, *Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung*, 2001; Daiber, *GewArch.* 2004, 107 e s.; Masing, *VerwArch.* 95 [2004], 151 e s.

[25](#) *BVerwGE* 95, 188, 197 e s.; Stober, *NJW* 1997, 889 e s.; idem, *ZRP* 2001, 260 e s.; Gramm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001, p. 114 e s.; Kämmerer, *Privatisierung*, 2001, p. 388 e s.; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, p. 339 e s.; Voßkuhle, *VVDStRL* 62 [2002], 266 e s.; Möstl, *Die staatliche Garantie für die Sicherheit und Ordnung* 2002, p. 318 e s.

[26](#) Bullinger, *JZ* 1994, 1129 e s.; Stober, *DÖV* 1995, 125, 133.

§ 27. INFORMAÇÕES ECONÔMICAS

I. Informação econômica como pedra angular da Administração econômica

Tal como a infraestrutura econômica, o domínio de funções da **informação econômica** subsiste no direito administrativo econômico como um parente pobre. Este resultado está em contradição com as exigências da **sociedade da informação** e da **economia da informação**¹. A ampla ignorância desconhece a relevância da informação econômica como fator de produção industrial e como fundamento de toda Administração econômica e da **função estadual de informação**². Os órgãos comunitários e os órgãos estaduais dependem, para a prossecução das suas funções político-econômicas e jurídicas, de amplos dados atuais e significativos³.

Exemplos: Observação de mercado, nos termos do § 13.º, n. 4, do PBefG e § 14.º do GüKG; imposições estatísticas, nos termos do § 14.º, n. 1, frase 3, da GewO; investigação do efeito do subsídio⁴; informações do público em geral (§ 40 LFGB).

A informação econômica é um conceito global que deve ser definido em termos amplos e não exaustivos. Este conceito abarca a observação econômica e a estatística econômica, no sentido de uma autoinformação, e estende-se à recolha, divulgação, avaliação e transmissão de informação às autoridades da Administração econômica, a outros serviços públicos e a sujeitos da economia privada.

II. Informação econômica como função comunitária e estadual

A **responsabilidade de informação** não está regulada de forma expressa e fundamental nem no direito comunitário, nem no direito constitucional. Esta função está, antes, camuflada nos fins do Estado, nas normas de competência e nas políticas. No plano comunitário, os arts. 284.º e 285.º do Tratado da CE são considerados elemento nuclear de uma **Comunidade Europeia da Informação**. Esta visa, entre outras coisas, equilibrar e uniformizar a observação econômica e a estatística

econômica dos Estados-membros, no interesse da capacidade de funcionamento do mercado interno. A função de informação econômica é concretizada em numerosas leis setoriais e leis de estatística especiais que, nomeadamente, transpõem para a ordem interna alemã normas de estatística de direito comunitário.

III. Autorresponsabilidade de informação econômica

1. Direitos de informação e obrigações de informar

A par da Administração econômica, também os sujeitos econômicos privados dependem de amplas e atuais informações econômicas. Os **consumidores** utilizam as informações econômicas para as suas ponderações de consumo. Os **empresários** utilizam-nas para a planificação de decisões empresariais. Neste âmbito, as informações são, como **fator autônomo de concorrência e de produção**⁵, tanto mais importantes quanto mais curtos forem os ciclos de inovação e de produção e quanto maiores, mais diversificados e menos transparentes forem os mercados.

As informações econômicas permitem e reforçam o exercício dos **direitos econômicos de liberdade e de igualdade**, cuidam da transparência e de uma melhor aceitação das decisões do Estado. Esta é também a razão pela qual aos cidadãos econômicos são cada vez mais atribuídos **direitos de informação** contra a Administração, que em larga medida anulam o antigo princípio do sigilo do processo e a não abertura ao público da Administração⁶.

Exemplos: Leis de liberdade de informação da Federação e dos Estados federados⁷; o art. 255 do Tratado da CE; Lei de Informação Ambiental. Está prevista a aprovação de uma Lei de Informação do Consumidor⁸.

Os direitos à informação opõem-se às **obrigações de informar**. Estas consistem, sobretudo, em **obrigações de dar informação, de divulgar, de registrar, de efetuar balanços, de transmitir e de dar indicações**.

Exemplos: Obrigação de registro e obrigação de informar que recai sobre o explorador empresarial, nos termos dos §§ 11.º e 11a da Störfall VO, em face do público em geral, nos casos de perturbação. Nos termos do § 20.º do

KrW/AbfG, devem ser efetuados “balanços de resíduos” que informem sobre o tipo, a quantidade e o paradeiro de resíduos necessitados de vigilância que foram tratados ou eliminados. O § 42 do LFMG impõe às empresas de gêneros alimentícios obrigações de comunicação de certos aspectos às autoridades de vigilância. Também o § 5.º, n. 2, do GPSG estabelece a obrigação de informar as autoridades.

O interesse de recolher e divulgar informações, bem como os direitos de informação são equiparáveis ao **direito à autodeterminação informacional** e ao **direito à proteção do sigilo negocial**. Por outro lado, há muito tempo são criticadas a diversidade e a densidade da obtenção das informações — como custos de tempo e custos financeiros — e a responsabilização do Estado (ver *infra* § 40 II). Esta crítica justifica-se especialmente para as empresas menores, que não dispõem de departamentos estatísticos próprios e de capacidade estatística. Por isso, o art. 285.º, n. 2, do Tratado da CE exige, justamente, que a produção das estatísticas comunitárias não possa dar origem a qualquer oneração excessiva da economia.

2. Sistema de informação de economia de mercado e administração autônoma

A Comunidade Europeia e a República Federal da Alemanha não possuem um **monopólio de informação econômica e de estatística**. A par dos dados recolhidos por dever de ofício, estão as estatísticas não oficiais. Estas são expressão da autodeterminação informacional e dos autointeresses econômicos na averiguação de informações paralelas numa ordem econômica orientada pela economia de mercado.

¹ Cf., mais detalhadamente, Kloepfer, *Informationsrecht*, 2002.

² Cf., mais detalhadamente, Scholz/Pitschas, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung*, 1984, p. 18 e s. e 103 e s.; Livro Branco da Comissão Crescimento, Capacidade de Concorrência, Ocupação, 1993, p. 101; Pitschas, in:

Hoffmann-Riem et al., (ed.), *Reform des Allg. Verwaltungsrechts*, 1993, p. 219 e s.; Ebsen, *DVBl.* 1997, 1039 e s.; Schoch, *VVDStRL* 57 [1998], 158 e s.

[3](#) *BVerfGE* 27, 1, 17; OLG Celle, *NStZ* 1981, 67; *BVerfGE* 65, 1, 47; VGH Kassel, *GewArch.* 1986, 225; BVerwG, *GewArch.* 1991, 133; VG Wiesbaden, *NVwZ-RR* 2003, 645.

[4](#) Stober, in: Hill (ed.), *Wirkungsforschung zum Recht*, 2000, p. 251 e s.

[5](#) Mähring, *EuZW* 1991, 748, 751; Amory, *EuZW* 1992, 75.

[6](#) Kloepfer, *Die transparente Verwaltung*, 2002.

[7](#) Schoch, *Verw.* 35 [2002], 149 e s.; Masing, *VVDStRL* 63 [2004], 376 e s.; Kugelmann, *NJW* 2005, 3609 e s.

[8](#) *BT-Ds.* 16/199; cf. también *ZRP* 2003, 113 e s.

§ 28. PLANIFICAÇÃO ECONÔMICA

I. Função comunitária e estadual de planificação econômica

A infraestrutura econômica e a informação econômica são pressuposto da planificação econômica. A **função comunitária e estadual de planificação** só esporadicamente e em diferentes contextos está mencionada na Lei Fundamental e no Tratado da CE¹.

A planificação econômica significa conformação ativa da economia e ordenação planificada e abrangente da vida econômica. A planificação econômica é, conceptualmente e pela sua natureza, orientada ao futuro e aberta ao desenvolvimento. Ela concebe um programa para a atuação do Estado pelo qual as “situações impostas” existentes devem ser visadas no domínio econômico². De forma especial, a planificação econômica fixa as condições para a **concorrência da localização econômica** e para a utilização do **fator de produção terra**. Porque a planificação econômica fixa as premissas de decisão para as decisões futuras, podemos entendê-la também como pré-decisão das decisões econômicas futuras. A planificação econômica visa pôr fora de circuito a atuação não rentável ocasional e proporcionar os fundamentos de decisão para as medidas em vista. A planificação econômica visa evitar riscos³, decisões erradas e investimentos errados da Comunidade, do Estado e da economia privada. Devido a este caráter transversal, a planificação econômica não deve ser enquadrada de forma inequívoca nem no Legislativo, nem no Executivo⁴. A planificação econômica não se identifica com a **economia planificada** (ver *supra* § 4 III), porque a planificação empresarial individual da economia privada é protegida pelas liberdades fundamentais e pelos direitos fundamentais econômicos e é a base e o limite da direção jurídico-comunitária e jurídico-constitucional da planificação da economia.

II. Formas de manifestação da planificação econômica

Há planos econômicos sob diversas formas de manifestação⁵. Só alguns planos têm caráter exclusivamente de direito administrativo

econômico. Na maior parte das vezes são prosseguidos múltiplos objetivos, uns ao lado dos outros.

Exemplos: Planificação global, planificação setorial, planificação financeira e planificação orçamental, planificação de frequências (§§ 54.º e s. do TKG).

1 Schmidhuber/Hitzler, *DÖV* 1991, 271.

2 Cf. Ossenbühl, *Gutachten B zum 50. DJT*, 1974, p. 50 e s.; Schmitt-Glaeser/König, *JA* 1980, 324; numa perspectiva crítica relativamente a esta formação do conceito, Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der EU*, 1996, p. 282 e s.

3 Roellecke, *DÖV* 1994, 1024 e s.

4 BVerfG, *NJW* 1997, 383.

5 Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 56.

§ 29. FISCALIZAÇÃO ECONÔMICA

I. Fiscalização econômica como função de prevenção do perigo, de eliminação do risco e de regulação

1. Significado e objeto da fiscalização econômica

A fiscalização econômica é uma função clássica do Estado. Ela está na tradição do liberalismo econômico tal como na industrialização principiante e constituiu-se como **corretivo da liberdade de indústria**. Esta relação resulta ainda hoje dos §§ 1.º e seguintes da GewO, oriundo do ano 1869¹, que constituem o coração do direito de fiscalização econômica. Na moderna economia industrial, de prestação de serviços e de informação, as **funções de fiscalização econômica, comunitária e dos Estados-membros**, têm a sua legitimação no art. 4.º, n. 1, do Tratado da CE, que consagra o princípio da economia de mercado aberta em livre concorrência, o dever de proteção dos direitos fundamentais e a **função estadual de prevenção**. O mercado de direito interno constitui um **corretivo das liberdades de circulação**, que é referido em numerosos preceitos (arts. 30.º, 46.º e 153.º do Tratado da CE). Resumindo, a fiscalização econômica é, assim, o correlato da liberdade econômica no interesse do bem comum². Na verdade, quanto mais aberta e livre for uma ordem econômica, tanto mais ela necessita da possibilidade de controlar a vida econômica, pela legislação econômica e pela Administração econômica, com os meios do direito policial e do direito ordenacional, para eliminar os riscos, perigos e danos provenientes da atividade econômica. Este objetivo compreende a **vigilância ambiental associada à economia**, que tem igualmente a sua origem no direito industrial (ver *supra* § 2 II) e está obrigada, especialmente, à **pré-prevenção do perigo**³.

A fiscalização econômica visa, em especial, o respeito pelas normas do direito administrativo econômico e o cumprimento das medidas das autoridades da Administração econômica. A fiscalização econômica tem em vista o empresário (ser humano como fator de risco) e as empresas, e estende-se a uma **vigilância de pessoas, transportes, empresas, produtos e instalações**. Os pormenores deste “direito

policial econômico” especial estão regulados em numerosas leis de administração econômica. Estas leis fixam as exigências de vigilância, tendo por base o **princípio do causador**, de acordo com diferentes padrões de controle e com o grau de necessidade de vigilância.

2. Fiscalização de garantia e fiscalização de regulação

Nos tempos mais recentes, a orientação de proteção da fiscalização econômica alterou-se devido a desenvolvimentos fundamentais da política de ordenação, que podem ser descritos pelos lemas **privatização, reforço da autorresponsabilidade empresarial** (ver *supra* § 2 I 5, § 3 III) e **recuo do Estado** em determinados domínios de funções. Da Administração de prestação e de cumprimento do Estado surgiu uma Administração de garantia (ver *supra* § 26), que se ocupa da **fiscalização da garantia** marcada pelo direito administrativo econômico.

Uma manifestação especial desta nova fiscalização econômica é constituída pela **regulação de direito administrativo econômico**. É certo que o conceito de regulação é plurissignificativo, pois ele também pode ser entendido como produção jurídica ou regulação da economia em geral⁴. No entanto, o conceito de regulação é majoritariamente entendido em sentido restrito, como subespécie da regulação econômica e do **direito** especial de **efeito privatizador**, que se ocupa das outrora empresas pertencentes aos monopólios do Estado ou dos Municípios e que necessitam, como ramos econômicos deixados à economia privada, de uma **vigilância de regulação** através de uma **autoridade especial de regulação** (**Agência Federal de Rede** para a Electricidade, o Gás, as Telecomunicações, os Correios e os Caminhos de Ferro — § 54.º EnWG). O direito de regulação baseado no direito administrativo econômico tem uma tripla função, decorrente dos fins de regulação (§§ 1.º e 2.º do EnWG, § 1.º do TKG, § 1.º do AEG), a qual, por vezes, sobrepõe-se à função de infraestrutura econômica:

- realização de uma concorrência eficaz e não falseadora;

- garantia de um abastecimento de base em bens e serviços ligados à rede;
- garantia de satisfação das necessidades jurídico-industriais.

Por conseguinte, a regulação de direito administrativo econômico caracteriza-se pelo fato de instituir, a par do corretivo da liberdade industrial, um **corretivo da liberdade de concorrência**⁵ e pelo dever de considerar, em elevada medida, as empresas atingidas, no interesse do bem comum (*public utility regulation*) (ver *infra* § 40 II 1).

Exemplos: Dever de prestação universal de serviços, regulação dos pagamentos.

3. Fundamentos jurídicos da fiscalização econômica

A função de fiscalização econômica não é referida expressamente nem no Tratado da Comunidade Europeia, nem na Lei Fundamental. A função de fiscalização econômica é referida, na maioria dos casos, em inter-relação com outras regulações jurídicas. Há pontos de apoio nos arts. 30.º, 46.º, 95.º, 152.º, 153.º e 174.º do Tratado da CE, por exemplo, sob os aspectos da **ordem, da segurança, da moralidade, do ambiente, da proteção do consumidor e da saúde**, e nos arts. 20a, 74.º, n. 1, segmento 11, 19.º, 20.º e 24.º da Lei Fundamental, sob os aspectos da proteção do ambiente, da prevenção dos perigos e da proteção dos bens de consumo. Nos arts. 58.º, n. 1, e 105.º do Tratado da CE apenas se fala em controle por instituições financeiras. Esta função é igualmente acentuada, por vezes, no direito constitucional estadual (dos Estados federados) (ver, por exemplo, art. 152.º da BayVerf). Devido à europeização do direito administrativo econômico nacional, cada vez mais a fiscalização econômica é marcada pela fiscalização jurídico-comunitária e das **instituições comunitárias**⁶, **para o que o princípio do reconhecimento ou do país de origem** (ver *supra* § 9 III) desempenha um papel importante.

Exemplos: A regulação do transporte de mercadorias, o controle da exportação de bens e de tecnologias com duplo fim de utilização (ver *supra* § 16 IX 6).

4. Fiscalização econômica e controle da economia

Não obstante a tradição e o reconhecimento geral da função de controle, a função de fiscalização econômica não tem contornos fixos. Não se trata de um instituto jurídico homogêneo, mas de um complexo *instrumentarium* de normas divergentes, em diferentes domínios normativos. Por isso, não admira que, apesar dos esforços da comunidade científica para a delimitação, a sistematização e a descrição, persista a falta de clareza conceptual. A fiscalização é, por vezes, caracterizada, de forma globalizante e enganosa, como **conformação econômica**⁷, controle **da economia**⁸ ou, prestando-se a malentendidos, como controle **do Estado**⁹. O emprego da expressão controle econômico do Estado é problemático dos pontos de vista histórico e jurídico-sistemático. Da perspectiva histórico-econômica da Administração, a fiscalização é o oposto dogmático do controle pela chamada “*gute policey*”, a polícia de bem-estar, no sentido do Estado de bem-estar plenamente orientado pelo destino do ser humano¹⁰. Da perspectiva jurídico-sistemática é questionável a questão de saber se os conceitos de fiscalização e controle surgem, em certos casos, na mesma lei de fiscalização econômica, mas têm um significado diferente. Assim, a **fiscalização** é entendida como **controle empresarial** e como controle no sentido de controle do Estado, como controle **interno de autoridade**¹¹ ou como controle **jurídico**, por exemplo, sobre as câmaras (profissionais). Dito de outro modo: a fiscalização é o correlato de liberdade e o controle é o correlato da Administração e da Administração autônoma¹².

Exemplo: Por um lado, instalações necessitadas de vigilância e serviços de vigilância tecnicamente admitidos e, por outro lado, controle das autoridades (§§ 1.º, n. 2, 17.º e 18.º do GPSG; § 115.º da HwO).

Só no direito econômico de crédito — como também se ocupa a lei de controle da prestação de serviços financeiros — se fala constantemente de “controle”. Mas, o emprego deste termo não é, devido à sua importância setorial, característico de todo o direito administrativo econômico.

Também são possíveis confusões entre **fiscalização econômica** e controle **empresarial**. O controle empresarial consiste numa fiscalização econômica especial limitada e de carácter técnico, que no

passado servia exclusivamente à proteção do trabalho, mas que hoje é cada vez mais realizado nas áreas ambientais. O controle empresarial é, dos pontos de vista tradicional e material, parte integrante essencial da fiscalização econômica (§ 139b da GewO, § 14.º do GPSG, §§ 13.º e 15.º do ArbZG)¹³. De resto, também por isso é oportuna a limitação ao conceito de fiscalização econômica, porque ele está constantemente subjacente ao moderno direito positivo.

Exemplos: Para os §§ 33.º e seguintes do AWG; §§ 38.º e seguintes do LFGB; para os §§ 64.º e seguintes do ArzneimittelG; § 21.º do ChemG; §§ 18.º e seguintes do GüKG; § 25.º do GenTG; § 52.º do BImSchG; §§ 40.º e seguintes do KrW/AbfG; § 2.º do LuftSiG; § 21.º do TEHG; § 41a da HwO; §§ 8.º e seguintes do GPSG; § 14.º, n. 1, frase 3, da GewO; § 9.º do GefahrgutbeförderungsG; § 31.º do WeinG; §§ 133.º e seguintes das UGB-KomE.

5. Prevenção do perigo, assistência ao perigo e vigilância do perigo

a. Domínio do perigo no Estado de prevenção

Ponto de partida e móveis nucleares da fiscalização econômica são a **prevenção de perigos**, a **assistência a perigos** e a assistência *a posteriori* a perigos resultantes da atividade econômica¹⁴. Tradicionalmente, o perigo é definido como uma situação material que, no caso de decurso desimpedido dos acontecimentos, num tempo previsível e com suficiente probabilidade, conduzirá a um dano em direitos e bens protegidos. “Suficiente probabilidade” é toda possibilidade não remota de ocorrência de um dano.

Exemplo: O reconhecimento, comprovado pelas estatísticas, de que o funcionamento de elevadores de pessoas sem porta de proteção pode provocar a morte ou o ferimento de pessoas, constitui um perigo no sentido dos §§ 1.º, n. 2, 2.º, 7.º, n. 5, do GPSG, de tal maneira que pode ser exigida a colocação posterior de uma porta de proteção¹⁵.

Numa economia industrial altamente técnica, que opera com muitos procedimentos complexos novos, produtos e instalações e que está orientada para a proteção eficaz dos fundamentos naturais da vida, não é suficiente a mera prevenção do perigo para a proteção efetiva dos bens jurídicos. Por outro lado, especialmente no caso de inovações de

elevado grau de risco (lema: **sociedade de risco**), necessita de mecanismos no sentido de que já é prevenido o **surgimento de perigos**¹⁶. Objeto da prevenção antecipada do perigo são os efeitos desvantajosos abaixo do limiar do perigo. Está aqui em causa a **função estadual de prevenção** e o suportar da responsabilidade pelo Estado dos riscos relevantes do ponto de vista da Administração econômica (**direito administrativo econômico do risco**)¹⁷. Por outro lado, é frequentemente referida a pré-deslocação do âmbito de proteção e das possibilidades de intervenção do Estado, devido aos **deveres de proteção** decorrentes dos direitos fundamentais (ver *supra* § 17 III 2)¹⁸. Por conseguinte, a maior **assistência** possível contra perigos existentes e presumidos constitui um móbil central da mais recente legislação de administração econômica e técnica¹⁹.

Exemplos: §§ 1.º, 5.º, n. 1, segmento 1, e subsegmento 2, do BImSchG, § 1.º do GenTG, § 5.º, n. 1a, do GPSG, § 1.º do LFGB.

A assistência ao perigo na forma de **assistência ao ambiente** significa responsabilidade pelos produtos e pela produção de direito administrativo econômico, no sentido de **conservação dos recursos**, nos termos do art. 174.º, n. 2, do Tratado da CE, bem como dos §§ 1.º e seguintes, 22.º e seguintes do KrW/AbfG, § 5.º, n. 1, do BImSchG, § 1a, n. 2, do WHG, que também compreende a **assistência a posteriori** e o **saneamento**. A assistência ao perigo tem lugar através de:

- **estratégias de prevenção** (evitar os resíduos pela reciclagem das substâncias utilizadas);
- **estratégias de redução** (poupança na utilização das fontes naturais, redução de resíduos através da produção pobre em resíduos e através da criação da produção pobre em resíduos);
- **estratégias de valorização** (reutilização de águas e de produtos ou de componentes de produtos [*reusing, refilling*], utilização de resíduos como matéria-prima secundária [através de *recycling*], eliminação de resíduos de forma a não agredir o ambiente).

A prevenção do perigo e a assistência ao perigo distinguem-se pelo critério da probabilidade de ocorrência do acontecimento danoso. Enquanto a prevenção do perigo assenta na suficiente probabilidade, a assistência ao perigo parte da remota possibilidade da suspeita de ocorrência do dano ou da **suspeita de perigo** ou do potencial de preocupação²⁰. Esta distinção reflete-se também nas exigências de causalidade, porque na assistência ao perigo não tem de ser efetuada a prova da causalidade direta e frequentemente não pode ser sequer efetuada devido ao insuficiente estágio do conhecimento²¹.

b. Prevenção do perigo e gestão do risco

O alargamento da fiscalização econômica à assistência ao perigo coloca a questão de saber como é que o **perigo** deve ser delimitado do **risco**²². Uma vez, o risco é entendido como um subcaso, situado abaixo do limiar do perigo, que compreende a possibilidade de ocorrência de um dano. Outras vezes, o risco é tomado como um conceito genérico que tem o perigo como um subcaso, que se caracteriza por abarcar um risco especialmente intenso²³. Independentemente da definição que seguirmos, verifica-se unanimidade no sentido de que a figura jurídica do risco permite a inclusão de decursos e efeitos de ocorrência improvável (veja-se também o § 2, n. 5, da UGB-KomE)²⁴. Em oposição ao perigo, o risco assenta na ocorrência futura, possível mas incerta, de um acontecimento danoso. A diferença para o perigo consiste, por conseguinte, no fato de o decurso danoso e a probabilidade de ocorrência não poderem ser suficientemente apreciados, nem de forma empírica nem de forma cognitiva²⁵. De forma correspondente, podemos caracterizar a regulação do risco como a decisão insegura que tem a sua expressão no **direito administrativo do risco**²⁶. O conceito jurídico-comunitário de risco afasta-se deste conceito. Ele apenas exige, nos termos do art. 4.º, n. 25, do Código Aduaneiro, “a probabilidade de ocorrência de um incidente”. Isto é válido especialmente para o aspecto parcial do **risco residual**, que assenta no fato de, não obstante as medidas de diminuição do risco, não ser possível uma certeza definitiva sobre a exclusão de danos.

Para o domínio do risco constituiu-se nos últimos tempos uma **gestão do risco**²⁷, à qual subjaz um **conceito global de vigilância do risco** (veja-se também o § 8.º, n. 2, do GPSG). O art. 4.º, n. 26, do Código Aduaneiro define a gestão do risco como segue: “a averiguação sistemática do risco e da execução de todas as medidas necessárias para a limitação do risco. Delas fazem parte atividades como a reunião de dados e informações, a análise e avaliação de riscos, a prescrição e a transposição de medidas, bem como a vigilância regular e a revisão deste processo e dos seus resultados”. Esta definição compõe-se de diversos passos, sendo certo, porém, que por enquanto nem todos os detalhes estão clarificados²⁸:

- **análise do risco**, como investigação e identificação de riscos para a segurança e para a saúde;
- **avaliação do risco**, como descrição e estimativa do potencial do risco (veja-se também o § 12.º, n. 2, do GPSG);
- **orientação do risco**, como processo da ponderação das diferentes medidas e ampla tomada em consideração de interesses, bem como de vantagens e inconvenientes;
- **comunicação do risco**, como intercâmbio interativo de informações e de opiniões sobre riscos (documentação, audição, esclarecimento, advertência etc.)²⁹.

Exemplos: § 6.º do GenTG, § 12.º do GPSG.

A Administração de gestão do risco também tem consequências orgânicas, na medida em que as instituições existentes não estejam equipadas.

Exemplo: Constituição de um instituto federal de avaliação do risco.

Porque a situação de perigo não termina necessariamente com o termo da atividade econômica ou com o encerramento da empresa, ganha importância, no Estado de prevenção, a fiscalização econômica *a posteriori*. Por conseguinte, o legislador deve criar deveres empresariais adequados e disponibilizar instrumentos que assegurem

um funcionamento da indústria e dos equipamentos, quanto possível, sem perigo.

Exemplo: Serviço de segurança, nos termos do § 7.º, n. 4, do BImSchG, para a prossecução das obrigações, nos termos do § 5.º do BImSchG.

II. Bens de proteção da fiscalização econômica

1. Os diferentes tipos de proteção de bens jurídicos

A fiscalização econômica tem em vista a proteção de bens jurídicos. Eles não podem ser determinados de forma uniforme, porque às leis de Administração econômica estão subjacentes diferentes fins de proteção. Os pontos de apoio podem ser bens jurídicos coletivos, individuais, pessoais e materiais:

- **proteção de bens jurídicos coletivos:** proteção de bens jurídicos coletivos no sentido do § 38.º, n. 2, da GewO, segurança e ordem, moralidade pública, proteção do ambiente, proteção da concorrência, proteção do patrimônio (arts. 30.º, 174.º, n. 1, do Tratado da CE, art. 37.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, § 1.º do BImSchG, § 27.ºc do LuftVG; § 2.º do TKG, § 2.º do EnWG);
- **proteção de bens jurídicos individuais:** saúde, vida (arts. 30.º, 174.º, n. 1, do Tratado da CE, art. 35.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 2.º, n. 2, da Lei Fundamental);
- **proteção de bens jurídicos pessoais:** proteção do consumidor, proteção da vizinhança, proteção dos trabalhadores, proteção da juventude, proteção dos hóspedes, proteção dos crentes, proteção dos concorrentes (art. 153.º Tratado da CE, art. 38.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, §§ 4.º e 5.º do GastG, § 1.º do LFGB, § 1.º do EnWG, § 5.º do GSPSG);
- **proteção de bens jurídicos materiais:** patrimônio, propriedade (art. 30.º do Tratado da CE, § 34c, n. 2, da GewO; § 1.º do BImSchG), proteção contra a fraude (§ 1.º do LFGB).

2. Em especial o direito de proteção do consumidor

Por vezes, desenvolveram-se âmbitos de proteção concretos para áreas jurídicas autônomas. Isto é válido, por exemplo, para o **direito de proteção do consumidor** (*protection des consommateurs, consumer protection*)³⁰. Este ramo do direito é, certamente, como de costume, um domínio do **direito econômico privado**, como se comprova da reavaliação do direito de proteção do consumidor do BGB, por ocasião da modernização do direito das obrigações³¹. Assim, o § 13.º do BGB define o **conceito de consumidor** (ver *supra* § 2 I 5c) e os §§ 312.º e seguintes do BGB ocupam-se de formas de venda especiais, relevantes para a proteção do consumidor. Mas o direito de proteção do consumidor também encontra, nos últimos tempos, crescente importância e reconhecimento no direito administrativo econômico. Isto é, nomeadamente, uma consequência do caráter transversal desta matéria jurídica³² que, especialmente no setor do direito de regulação, é um exemplo-modelo da cooperação entre direito privado e direito administrativo.

Exemplos: Direito de segurança das instalações e direito de segurança dos produtos (ver volume II § 46 II)³³, direito das manufaturas (ver volume II § 48 II 3), direito dos gêneros alimentícios (§ 1.º do LFGB)³⁴, direito das telecomunicações (§ 2.º, n. 2, segmento 1, do TKG), direito econômico da energia (§ 1 do EnWG)³⁵.

A reavaliação de direito administrativo econômico do direito de proteção do consumidor deve ser reconduzida sobretudo às normas do direito comunitário, que estabelecem padrões em muitos setores. No mínimo, os arts. 152.º e 153.º do Tratado da CE e os arts. 37.º e 38.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ocupam-se expressamente da **política do consumidor**, que se orienta a um **elevado nível de proteção**³⁶. De forma correspondente, a UE emitiu numerosas diretivas de proteção do consumidor, que estão desenvolvidas nas leis correspondentes.

III. Instrumentos da fiscalização econômica

A proteção de bens jurídicos pela via da fiscalização econômica ocorre através de normas e de medidas que têm lugar na adoção, no exercício e no encerramento da atividade econômica. Neste âmbito, o legislador e a Administração servem-se de diferentes técnicas de regulação, cuja intensidade de ingerência varia consoante os respectivos fins preventivos e que são sistematizados na doutrina segundo diferentes critérios.

1. Fiscalização do ingresso

- **Liberdade de anúncio e de inscrição.** Por vezes, renuncia-se completamente a uma vigilância de adoção para assegurar um desenvolvimento tão livre quanto possível de determinadas atividades econômicas ou a liberdade de prestação de serviços no mercado interno.

Exemplo: Liberdade de acesso ao telesserviço, no quadro dos §§ 2.º e 5.º do TDG; princípio do país de origem, nos termos do § 4.º do TDG (ver *supra* § 9 III 3).

- **Deveres gerais de informação.**

Exemplo: §§ 6.º e 7.º do TDG.

- **Proibição com reserva de anúncio, reserva de notificação, reserva de registro, reserva de inscrição ou reserva de comunicação.** Esta revela o mais pequeno efeito de ingerência, porque a atividade econômica pode ter tido início sem autorização ou admissão. A **obrigação de anúncio** visa uma informação da Administração, para que ela possa prosseguir as suas funções de vigilância.

Exemplos: § 14.º, n. 1, da GewO; §§ 15.º e 23.º, n. 1, do BImSchG; §§ 4.º e seguintes do ChemG; § 6.º do TKG; § 74a, n. 3, do AMG; § 15.ºa do GüKG; § 5.º do EnWG.

- **Proibição com reserva de admissão ou reserva de controle.** Só permite a adoção de uma atividade econômica quando é emitida a necessária admissão (autorização, licença, concessão,

consentimento — definição legal — § 15.º, n. 2, da GewO). Este controle **preventivo de admissão ou de abertura** (vejam-se também os §§ 50.º e seguintes do EATUGB) serve diferentes fins de direito administrativo econômico. Por isso, os critérios de admissão não são uniformes. Estes critérios podem ser relativos a pessoas e a coisas, e vão da prova de informação à comprovação pela experiência, até ao controle da idoneidade e da necessidade, bem como às garantias de responsabilidade.

Exemplos: § 4.º do BImSchG; § 30.º da GewO; §§ 55.º e 56.º da GewO; § 3.º do GüKG; § 2.º do GastG; § 33.º do BImSchG (admissão do tipo de construção); § 31.º do KrW/AbfG (instalações de eliminação de resíduos), § 49.º do KrW/AbfG (licença de transporte), § 52.º do KrW/AbfG (empresa de técnica de saneamento), §§ 52.º e seguintes do TKG (atribuição de frequência), § 4.º do EnWG, relativamente às diretivas de horas de levantamento e de aterragem (§ 27a do LuftVG), controle da colocação em funcionamento (§ 14.º, n. 1 e 4, do GPSG).

Relativamente ao controle **de abertura**, são atualmente reconhecíveis duas tendências opostas. Uma vez invoca-se, no quadro da desregulação, a supressão de autorizações (ver *supra* § 3 III). Outras vezes são estabelecidos novos controles de admissão, sobretudo no interesse da proteção do consumidor. A UE estabelece, no interesse da realização do mercado interno, uma outra liberalização do acesso ao mercado e instrumentos alternativos de vigilância. Especialmente a proposta de uma Diretiva de Prestação de Serviços da UE, de 13 de janeiro de 2004, deixa claro que a garantia de qualidade deve ter lugar especialmente através de institutos de autorregulação (certificação, código de conduta, garantia de responsabilidade) (ver *supra* § 9 VI 3). Neste contexto, foi introduzido, como instrumento intermédio, o instituto jurídico da **licença geral**, que pode substituir e complementar um controle de admissão individual.

Exemplos: Diretiva das licenças de telecomunicações (ver volume II § 51.º)³⁷⁻³⁸; licença geral de exportação da Comunidade n. UE 001³⁹.

- **Proibição com reserva de dispensa.** Esta permite à Administração econômica não só um controle prévio, no sentido de um controle de que nada há a opor, mas o impedimento de princípio de uma conduta qualificada de prejudicial dos pontos de vista social ou econômico.

Exemplos: § 56.º, n. 2, da GewO, § 23.º do LadSchG, §§ 9.º e seguintes do ArbZG, casas de jogo.

- **Proibição absoluta.** Este instrumento só raramente é necessário, por força dos direitos fundamentais da liberdade de profissão e do princípio da proporcionalidade da atuação do Estado (ver *supra* § 7 IV e § 21 III). A sua necessidade só poderá ser afirmada de forma ilimitada para o domínio da proteção da vida e da saúde e para o domínio do direito penal econômico.

Exemplos: § 5.º do LFGB (proibição de produção de gêneros alimentícios prejudiciais para a saúde); art. 3.º, n. 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (proibição do comércio de órgãos humanos).

- **Satisfação de determinado *standard*.**

Exemplos: § 23.º, n. 1, do BImSchG; § 19a do ChemG (boa prática laboratorial).

- **Controle isolado da idoneidade.**

Exemplo: § 38.º, n. 1, da GewO.

- **Prestação de um serviço de segurança.**

Exemplo: § 32.º, n. 3, do KrW/AbfG.

2. Fiscalização do exercício

Frequentemente, apenas no exercício de atividades econômicas surgem perigos para bens jurídicos dignos de proteção. Neste ponto, estão à disposição das autoridades da Administração econômica, no quadro de uma **reserva-vigilância**, um amplo leque de poderes de

controle e de ingerência, que aqui apenas exemplificativamente podem ser referidos.

- **Obrigações de anúncio e de comunicação.**

Exemplos: § 14.º da GewO (troca do objeto da atividade econômica); §§ 16.º e seguintes do ChemG; §§ 15.º e 52a do BImSchG; § 4.º do TKG.

- **Obrigações de concepção.**

Exemplo: § 19.º do KrW/AbfG (conceito de economia de resíduos).

- **Obrigações de caracterização e de indicação de advertência.**

Exemplos: § 8.º, n. 4, do segmento 4, do GPSG; § 7.º do TDG.

- **Proibições de tratamento, de circulação e de utilização.**

Exemplos: §§ 5.º e seguintes do LFGB; § 8.º, n. 4, segmento 2, do GPSG.

- **Dever de advertência da autoridade.**

Exemplo: § 8.º, n. 4, do GPSG.

- **Dever de controle do produto.**

Exemplo: § 8.º, n. 4, segmento 3, e n. 7 do GPSG.

- **Obrigações de anulação.**

Exemplos: § 24.º do KrW/AbfG; § 8.º, n. 4 e 7, do GPSG; AltfahrzeugVO; § 10.º do ElektronikgeräteG.

- **Obrigações de revogação.**

Exemplos: § 8.º, n. 4, em conjunto com o § 2.º, n. 17, do GPSG.

- **Obrigações de aceitação.**

Exemplo: § 4.º, n. 1a, do GSG.

- **Obrigação de comprovação do serviço de segurança.**

Exemplo: § 651k do BGB, em conjunto com o § 147b da GewO (para o preço de viagem, no caso de viagens com tudo incluído).

- **Instalação da atividade econômica.**

Exemplos: § 15.º, n. 2, da GewO; § 16.º, n. 3, da HwO; § 20.º, n. 2, do BImSchG.

- **Fixação de tarifas e de remunerações.**

Exemplos: § 51.º do PBefG, para a indústria dos táxis; § 27.º do TKG.

- **Recusa, revogação anulatória e revogação propriamente dita da atividade econômica.**

Exemplos: § 35.º da GewO; § 15.º do GastG; § 4.º, n. 4, do GPSG; § 5.º, frase 4, do EuWG; § 126.º do TKG.

- **Proibições de publicidade.**

Exemplo: § 22.º do LMBG.

- **Obrigações de prestar informação, de prestar declarações e de proceder a narrações de acontecimentos.**

Exemplos: § 8.º, n. 9, do GPSG, § 22.º do LSchlG; § 22.º do GastG; § 17.º da HwO; § 14.º, n. 8a, e § 29.º da GewO; § 40.º do KrW/AbfG; § 27.º do BImSchG; § 127.º do TKG; § 5.º do TDG.

- **Obrigações de prestar informação.**

Exemplos: § 1.º, n. 3, do LFGB; § 5.º, n. 2, do GPSG.

- **Obrigações de gravação e de revelação de dados relativos aos negócios e controle da proteção de dados.**

Exemplo: § 38.º, n. 3, da GewO.

- **Direitos de entrada e de visualização.**

Exemplos: § 22.º, n. 2, do GastG; § 17.º, n. 2, da HwO; § 52.º, n. 2, do BImSchG; § 8.º, n. 7, do GPSG; § 29.º da GewO; § 64.º, n. 4, do AMG.

- **Vigilância regular de instalações e de produtos.**

Exemplos: § 52.º, n. 1, do BImSchG; §§ 3.º, 14.º, n. 1, do GPSG; § 39.º, n. 1, do LFGB.

- **Controle da importação e da exportação.**

Exemplos: Arts. 37.º e seguintes e 183.º e seguintes do Código Aduaneiro; §§ 18.º e 54.º da Lei de Administração Aduaneira; § 4.º do *ZollfahndungsneuregelungsG*.

- **Obrigações de gravação, de apresentação e comprovação.**

Exemplos: § 6.º, n. 3, do GenTG; §§ 42.º e seguintes do KrW/AbfG; § 23.º, n. 2, do TKG.

- **Ônus e imposição *a posteriori*.**

Exemplos: § 17.º do BImSchG; arts. 5.º e 9.º da Diretiva IVU.

- **Obtenção de provas, medições, monitorizações.**

Exemplos: § 35.º e 51.º do EnWG, §§ 26.º e seguintes do BImSchG; § 8.º, n. 8, do GPSG; §§ 43.º e 50.º do LFGB.

- **Instituição dos delegados e responsáveis.**

Exemplos: §§ 53.º e seguintes do KrW/AbfG; §§ 53.º e seguintes do BImSchG; §§ 21a e seguintes do WHG, §§ 11a e seguintes do VAG.

- **Cumprimento da melhor técnica disponível (*best practical environmental option*).**

Exemplo: Art. 2.º, n. 11, da Diretiva IVU.

- **Exercício de boa prática técnica.**

Exemplos: § 17.º do BodSchG; § 8.º do KrW/AbfG; § 2a do PflSchG; § 13.º, n. 2, do WeinG.

- **Observação do mercado.**

Exemplos: § 14.º do GüKG; § 3.º, n. 2, do *ZollfahndungsneuregelungsG*.

3. Controle do termo da atividade

- **Obrigações de anúncio.**

Exemplo: § 14.º da GewO; § 6.º do TKG.

- **Obrigações de eliminação dos efeitos perigosos e de descontaminação.**

Exemplos: § 5.º, n. 3, do BImSchG; § 36.º do KrW/AbfG; *AltfahrzeugVO*.

- **Obrigação de prestar serviço de segurança.**

Exemplo: § 12.º, n. 1, e § 17.º, n. 4a, do BImSchG.

4. Punição da violação de obrigações

A fiscalização econômica orienta-se, no interesse de um cumprimento eficaz da função, à observância e à imposição das obrigações relativas à adoção, ao exercício e ao termo da atividade. Por isso, a violação das obrigações tem, por via de regra, necessidade de ser **punida**. A punição tem lugar através de medidas de direito administrativo (recusas e anulações de autorizações) e especialmente através de **contraordenações**⁴⁰ e do **direito penal**, bem como através de supressão de benefícios e de confisco de objetos.

Exemplo: §§ 144.º e seguintes da GewO; § 62.º do BImSchG; § 20.º do GPSG.

IV. Fiscalização econômica do Estado e autorresponsabilidade empresarial

1. Fiscalização econômica e princípio da cooperação

As obrigações, as ordens e as proibições de direito administrativo econômico, por um lado, são instrumentos aptos, eficientes e idôneos de prevenção do perigo e de proteção de bens jurídicos. A fiscalização econômica, por outro lado, é um **corretivo da liberdade do empresário** e expressão do **princípio do causador** (ver *supra* § 4 IV 3). Nesta base, coloca-se a questão de saber se a **regulação**, assente na imposição coativa de *command and control regulation* (a chamada *Administração de ingerência*⁴¹), não pode e não tem de ser complementada com instrumentos de economia de mercado baseados na autorresponsabilidade empresarial, no sentido de **responsabilidade pelos produtos, pelas instalações, pela empresa, pelo pessoal e pelo transporte**⁴². Devemos ter aqui em consideração que podem ajudar à aplicação ótima aqueles institutos jurídicos que fomentam o interesse próprio do empresário numa determinada conduta desejada de direito administrativo econômico e que podem desencadear medidas empresariais que vão para além da prevenção do perigo pelo Estado⁴³ e, assim, do **princípio da precaução**⁴⁴ e da **orientação do risco**⁴⁵.

No passado fracassou, em geral, a solução do monopólio estadual da prevenção do perigo e da assistência ao perigo. No entanto, desenha-se aqui nos últimos tempos, uma mudança na filosofia de segurança e na avaliação do risco, como se o **Estado não possuísse um monopólio da fiscalização econômica** e os bens jurídicos da segurança, da saúde, do ambiente e da proteção do consumidor fossem entretanto apreciados sob os **pontos de vista da concorrência, dos custos, da qualidade e da publicidade**⁴⁶.

Contra o sistema tradicional da fiscalização econômica argumentou-se que ele estava regulado de forma demasiadamente onerosa, burocrática, rígida e unilateral e que se concentrava em imposições e proibições. O direito de licenciamento seria demasiado pouco orientado aos custos reais, os quais não seriam devidamente tomados em consideração. Esta Administração econômica marcada pelo direito policial paralisaria o desenvolvimento técnico (“cartel de silêncio dos engenheiros”), cimentaria estruturas industriais (proteção da existência de *standards* técnicos ultrapassados, prazos de transição) e deformaria a concorrência. Por isso, foi proposto substituir o oneroso direito

administrativo de ordenação por instrumentos com cujo auxílio são corrigidos os efeitos econômicos prejudiciais do processo de mercado e do processo da concorrência⁴⁷. Em primeiro plano estão as imagens diretoras do **Estado mínimo, do Estado de ativação e do Estado de garantia**, que são orientadas ao fomento da iniciativa privada e à autorregulação em **equivalência funcional** da orientação de inspiração privada.

No entanto, esta mudança de paradigma cria novas regulações e funções de vigilância para o Executivo⁴⁸, porque o Estado tem de dar seguimento à **responsabilidade de garantia** (ver *supra* § 29 I 2).

2. Realização de funções de fiscalização econômica através de terceiros

a. Chamamento de particular e privatização de funções

A realização de funções de fiscalização econômica através de particulares tem lugar pelo chamamento ou incumbência de terceiros para a fiscalização econômica do Estado ou através da **privatização e concessão de funções** (ver *infra* § 40).

b. Certificação e declaração ambiental

A par destes modelos conhecidos surgiu, nos últimos tempos, o instituto jurídico da **certificação**, que serve à **garantia de qualidade** e à **prevenção do perigo** (vigilância de mercado). Este instituto abarca determinados produtos perigosos (DIN EN 45001), certas pessoas (DIN EN 45013) e sistemas de garantia de qualidade (DIN EN 45012) e tem lugar segundo os padrões da diretiva de direito comunitário convertida em direito alemão, através de serviços de controle independentes que, como **laboratórios de controle** ou **serviços de certificação**, são competentes para efetuar controles num determinado âmbito de funções e podem conferir certificados (marcas CE) (ver *supra* § 9 V 3 e *infra* § 34 III 7, bem como § 40 II). A admissão destes serviços tem lugar através de um **procedimento de acreditação**, nos termos do DIN EN 45003 ou com base nos §§ 11.º e § 17.º do GPSG, no que é controlada a verificação dos pressupostos de admissão (conhecimentos técnicos, idoneidade etc.). A acreditação visa, como

designação para um reconhecimento formal do Estado baseado na competência comprovada, assegurar a confiança no sistema comunitário de controle e de certificação. Por sua vez, os serviços de acreditação caem na vigilância do Estado, razão por que não se trata nem de um caso de aplicação da autorregulação, nem de um chamamento de particulares⁴⁹.

De modo idêntico se passam as coisas com o controle voluntário de gestão ambiental e de sistema de controle (*Environmental Management and Audit Scheme* — EMAS (sistema comunitário de ecogestão e auditoria) nos termos da Lei de Controle Ambiental, que sublinha a responsabilidade do empresário pela Proteção do ambiente e pelas consequências ambientais da sua atividade (ver o § 58.º e do BImSchG). Este controle tem por finalidade que os órgãos neutros que emitem pareceres sobre o ambiente confirmam para uma zona industrial, sob a forma de declaração ambiental, que ela satisfaz determinadas exigências ambientais (vejam-se também os §§ 164.º e s. da UGB-KomE)⁵⁰. Este instrumento, assente na concorrência e na assistência, destina-se a melhorar continuamente a proteção ambiental das empresas, a reduzir os custos ambientais, a minimizar os conflitos jurídicos, a reduzir os prêmios de garantia, a aumentar a tolerância ambiental e a imagem da empresa e a reforçar a responsabilidade de produção ecológica (ver *supra* § 9 V 3 e § 27 III 2)⁵¹.

Também a certificação de qualidade surge com vista a um controle da exploração empresarial de forma ambientalmente correta, nos termos das **normas ISO-14001, para os sistemas de gestão ambiental**, e nos termos das **normas ISO-9000, para os sistemas de gestão da qualidade**, que é frequentemente exigida das empresas fornecedores e de outros clientes como pressuposto do estabelecimento de contatos de negócios (certificação como pré-qualificação). Não é clara a relação das certificações entre si (ver *supra* § 9 V 3)⁵², as quais, devido a exigências diferenciadas, encontram-se numa forte concorrência. A Comissão Europeia reconheceu numa sua decisão que as normas ISO-14001 contêm exigências para o sistema de gestão ambiental que correspondem ao Regulamento Comunitário de Gestão Ambiental e Sistema de Auditoria⁵³. Esta afirmação significa que não

existe uma completa concordância no sentido de uma compatibilidade. Isto é válido precisamente para as normas ISO-9000, que não são ecologicamente orientadas. Por outro lado, atualmente ainda está em larga medida aberta a questão de saber em que proporção as declarações ambientais e outras certificações podem conduzir a uma redução das respectivas exigências de direito administrativo⁵⁴. Vai ao encontro do fim das certificações, do princípio da eficiência — no interesse de evitar o trabalho duplo — e do princípio da proporcionalidade a exigência de que tenham de recuar, especialmente, o *standard* de licença, as obrigações de controle e as obrigações de apresentar relatórios⁵⁵. De forma correspondente, a legislação prevê **facilidades de direito de fiscalização** para as **empresas auditadas**, quando se verifique a equivalência do *standard* de fiscalização (§ 58e do BImSchG, § 21h do WHG, § 55a do KrW/AbfG — ver também *infra* § 34 III 7)⁵⁶.

c. Para a normalização-DIN da prestação de serviços

Independentemente da proteção do ambiente, também há no setor da prestação de serviços uma grande necessidade de standardização, que constitua um código de boas práticas. Com base na normalização técnica, são cada vez mais aprovadas normas DIN, que se ocupam da qualificação e da qualidade de certos serviços. Estas normas servem ao fortalecimento da capacidade de concorrência e, por vezes, facilitam as necessárias pré-qualificações.

Exemplos: DIN-77 200 (indústria de guarda)⁵⁷, DIN-77 300 (indústria funerária).

A vantagem de tais corpos de normas reside na aceitação geral e na possibilidade de internacionalização do *standard*, que por vezes pode tornar supérfluas as regulações da lei.

3. Autofiscalização e autolimitação empresarial

a. Autofiscalização como fator de concorrência, de *marketing* e ambiental

A autorresponsabilidade empresarial é fomentada sobretudo pelo instrumento da **autofiscalização**. Esta figura jurídica assenta, por um

lado, na ideia econômico-empresarial de que toda a empresa tem de ter, a longo prazo, um **interesse concorrencial e de marketing**, no sentido de que as suas instalações, equipamentos, locais de produção e locais de venda se encontram numa situação irrepreensível e de que os seus produtos e serviços satisfazem elevadas exigências de qualidade. Este fim é prosseguido pela **customer relationship management**⁵⁸. Por outro lado, as exigências de qualidade e de *best-practice* podem ser pressuposto necessário para a entrada no mercado, porque elas são exigidas pelo concedente, no quadro do seu sistema de garantia de qualidade, como prova de uma relação de cliente. Trata-se aqui de de uma “coação voluntária” produzida na economia de mercado, que no entanto não deixa alternativa às empresas atingidas⁵⁹. O fim prioritário deste sistema de gestão orientado aos clientes é a criação e o desenvolvimento a longo prazo de relações profícuas com clientes, no sentido de uma vinculação aos clientes, pela satisfação dos clientes. O seu substrato jurídico é claro, se entendermos a *customer relationship management* simultaneamente como **gestão de qualidade empresarial** (*code of best practice*) para a proteção contra a responsabilidade de produto e como **compliance-management**⁶⁰ para a proteção contra direitos de reparação de danos e efeitos jurídicos *a posteriori* do Estado ou, em geral, como **gestão do risco empresarial** e conceito de vigilância (ver *supra* § 29 I 5). Porque neste contexto também se trata, respectivamente, de um “*legal risks*”, coloca-se, na perspectiva do direito administrativo econômico, a questão de saber se e em que medida, na equivalência funcional autorresponsável, interna ou externa, é necessário para o conceito de gestão de economia privada uma fiscalização econômica do Estado. Eventualmente, os serviços de vigilância podem se limitar a controles eventuais por amostra. A autofiscalização é, por conseguinte, um **sucedâneo da vigilância do Estado** e um caso de aplicação do **princípio da subsidiariedade** (ver *supra* § 12)⁶¹.

Exemplos: As garantias de responsabilidade podem substituir as licenças do Estado, porque as sociedades de seguros só seguram empresas econômicas após uma cuidadosa análise do risco e com base em condições de garantia negociadas⁶². A garantia de uma ampla prevenção do risco é, por exemplo,

assegurada através da prova de uma elevada percentagem de autoparticipação, bem como de encargos, determinadas certificações e qualificações mínimas. O instrumento da responsabilidade civil recorre a um instituto de controle jurídico-civil de fins de direito administrativo econômico⁶³ e revela, assim, a capacidade de prestação do ordenamento jurídico geral como fonte de orientação de direito administrativo. Numa advertência empresarial é dispensável proceder a uma informação de autoridade dirigida ao público em geral sobre um produto perigoso para a saúde (§ 40.º, n. 2, do LFGB). Aos parceiros económicos admitidos pela autoridade aduaneira são garantidas facilidades nos controles aduaneiros relevantes do ponto de vista da segurança e/ou simplificações, nos termos das normas aduaneiras (art. 5a do Código Aduaneiro).

Por outro lado, a autofiscalização assenta na ideia de **tomada em consideração de custos ambientais**, no sentido de uma aplicação consequente do princípio do causador. A escassez dos recursos ambientais é objeto da gestão empresarial dos custos, das produções e dos produtos (ver *supra* § 4 IV 3).

Exemplos: § 29a do BImSchG; §§ 22.º e seguintes do KrW/AbfG⁶⁴; § 5.º, n. 1, segmento 1; § 8.º, n. 4, do GPSG (reco interno da empresa, advertência e obrigações de informar).

b. Autocertificação

Uma forma especial de autofiscalização com efeitos para o exterior é a **autocertificação**. Esta tem lugar através da designação do produto com uma marca “CE”, pela qual o produtor confirma que o produto ou o serviço prestado satisfaz determinadas exigências estabelecidas nas normas de segurança de saúde e outras exigências de qualidade (a chamada **declaração de conformidade**). A autocertificação assenta em numerosas diretivas comunitárias transformadas em direito interno alemão (ver *supra* § 9 V 3). Por outro lado, a autocertificação visa evitar o duplo controle e facilitar o acesso ao mercado.

Exemplos: § 8.º do BauPG, §§ 5.º e 6.º do GPSG.

c. Acordos de autolimitação

Uma forma especial de autofiscalização são os acordos de autolimitação pelos quais os diferentes empresários e setores se obrigam (auto-obrigações, *code of conduct*) a tolerar, omitir ou adotar determinadas condutas económicas. Estes *gentlemen-agreements*

servem sobretudo à prevenção de medidas legais que ameaçam a chamada “*Knüppel-im-Sack-Politik*”. Aqui o Estado abdica da emissão de ordens ou proibições, porque confia na observância do acordo de autolimitação⁶⁵.

Exemplos: Código das recomendações de conduta dos produtores de medicamentos⁶⁶; promessas de obrigação das empresas, nos termos do § 32b do GWB, com o objetivo de a autoridade de controle não fazer uso dos seus poderes.

4. Soluções de preços e de quantidades

Entre as soluções orientadas ao mercado de vigilância estão também os instrumentos de preços e de quantidade. Na **solução de preços** o Estado impõe uma taxa para a otimização da proteção ambiental a cada empresa que causa ou de cuja instalação provém um ônus para o ambiente (poluição) (função de otimização). A taxa encarece a produção poluente e dá, assim, um impulso para prevenir as emissões (função de impulso). O emitente pode decidir livremente se reduz a afetação ambiental ou se paga a taxa. Estas soluções de preços, que também são caracterizadas de **taxas Pigou** (§§ 190.º e s. da UGB-KomE)⁶⁷, tomam em consideração internamente os efeitos externos e permitem, pela escolha de alternativa, a conduta de economia de mercado.

Exemplo: Taxa de saneamento, nos termos do §§ 3.º e 9.º, n. 4, do AbwAG⁶⁸.

Na **solução de quantidade** o Estado atribui, de acordo com a qualidade ambiental desejada, direitos de poluição. A solução de quantidade permite a oneração do ambiente com uma determinada substância poluidora até à quantidade máxima fixada. O emitente pode decidir livremente se reduz a poluição ambiental ou se pede um contingente de poluição. O alcançar o objetivo político-ambiental depende da quantidade dos direitos conferidos de emissão de poluição.

Uma forma especial da solução de quantidade segundo os critérios da economia de mercado é constituída pelo **sistema de certificado** ou **sistema de licença ambiental**⁶⁹, que foi praticado primeiramente nos EUA no quadro do revisto *Clean Air Act*⁷⁰. Segundo este modelo, a

poluição ambiental é limitada pelos direitos negociáveis de emissão, que existem em determinado número (contingente/objetivo de quantidade). O Estado, como serviço emissor, tem na sua mão a possibilidade de reduzir gradualmente a quantidade dos certificados de emissão de poluição (*allowances*) (componente dinâmica). A atribuição destes certificados pode ter lugar através de leilão ou de venda direta, sendo que o mercado determina o preço⁷¹. A venda de certificados excedentários constitui um incentivo financeiro para as empresas investirem em medidas de redução da poluição.

Esta concepção elevada do princípio do causador (ver *supra* § 4 IV 3) assenta também no **direito comercial de emissões** em vigor, cujo ponto de partida se encontra no art. 17.º do Conferência de Proteção do Clima Mundial, negociada no ano de 1997 — Protocolo de Quioto⁷². Este preceito prevê como possível o comércio de emissões e medidas complementares para a redução dos gases de efeito estufa. De forma correspondente, a CE aprovou a Diretiva 2003/87, que entretanto foi convertida em direito interno⁷³.

Segundo esta Diretiva, os gases de efeito estufa só podem ser lançados para a atmosfera se existir uma licença correspondente e a emissão estiver coberta por direitos de poluição ambiental. Para este fim, foi emitida a Lei de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa (TEHG), aplicável a toda Comunidade⁷⁴, a qual, nos termos do seu § 4.º, impõe uma obrigação de obtenção de licença para efetuar as respectivas emissões. Para a emissão desta licença é competente o Departamento Federal do Ambiente, que incumbiu o Serviço Alemão de Comércio de Emissões da prossecução destas funções. A regulação abarca cerca de 2.600 instalações industriais e centrais de energia eléctrica. Elas recebem certificados, primeiramente de forma gratuita, que, no caso de não utilização, podem ser vendidos através da bolsa às empresas cuja poluição se situa para além dos limites fixados. A emissão dos certificados é, nos termos do § 7.º do TEHG, objeto do chamado plano nacional de *allokation*, segundo o qual a quantidade disponível escasseará a longo prazo (“*cap and trade*”)⁷⁵. Estão previstos detalhes na Lei de Atribuição, de 2007, bem como no Regulamento de Atribuição.

V. Internacionalização da fiscalização econômica

A crescente regionalização e globalização das relações econômicas reflete-se também na realização da fiscalização econômica, que tem de levar em consideração esta internacionalização. Porque as empresas se podem furtrar, devido à mobilidade dos fatores de produção, ao controle nacional, há necessidade, por determinadas razões de ordem jurídica (proteção do consumidor, proteção da saúde, proteção do patrimônio) e de política econômica, em determinados setores, de *standards* uniformes transnacionais de fiscalização econômica⁷⁶.

Exemplos: Direito do mercado financeiro⁷⁷, direito dos meios de comunicação⁷⁸, direito ambiental, direito dos gêneros alimentícios.

São pressuposto de uma eficaz internacionalização da Administração econômica os acordos multilaterais e as organizações de controle, dotadas de suficientes poderes, que cooperem entre si. Relativamente ao controle, são possíveis diferentes modelos, que na prática também são realizados. Por um lado, a fiscalização econômica pode ter lugar através de um serviço central. Por outro lado, um órgão nacional, regional ou internacional, pode emitir normas de controle uniformes, que são aplicadas pelos respectivos serviços nacionais, como, por exemplo, no quadro de um controle **do país da sede** aceito para além das fronteiras (princípio do reconhecimento) (**fiscalização econômica transnacional** — ver *supra* § 2 I 5)⁷⁹.

Na falta de normas vinculativas de controle global, são considerados instrumentos de *softlaw* como primeiro passo para a harmonização.

Exemplo: A *International Association of Insurance Supervisors* faz parte das entidades mais importantes de fixação de *standards* para o controle dos seguros a nível mundial. Esta associação aprovou os chamados *core principles*, com caráter de recomendação, que, pela sua abordagem transcultural e baseada no consenso, pode ser modelo para a criação de direito vinculativo.

- 1 Ziekow, *Freiheit und Bindung des Gewerbes*, 1992; Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992, p. 27 e s.; idem, *ThürVBl.* 1996, 217, 220.
- 2 Neste sentido, Gramlich, *VerwArch.* 88 [1997], 598 e s.; Schuppert, *DÖV* 1998, 831 e s.; BAG, *NVwZ* 1999, 917 e s.
- 3 Breuer, in: *FS für Brohm*, 2003, p. 3, 7.
- 4 Cf., mais detalhadamente, Stober, in: *FS für R. Scholz*, 2007.
- 5 Masing, *Verw.* 36 [2003], 1, 31 e s.
- 6 Lühmann, *DVBl.* 1999, 752, 758.
- 7 Neste sentido, Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der EU*, 1996, p. 281 e s.
- 8 Cf., por exemplo, Schmidt, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2. ed., 2000, § 1 C IV; Ehlers, *Ziele der Wirtschaftsaufsicht*, 1997, que qualifica o controle da economia e a direção da economia como parte da tutela econômica, nas p. 43 e s. e 67 e s.; Gramlich, *VerwArch.* 88 [1997], 598 e s.; Kahl, *Die Staatsaufsicht*, 2000, p. 362, que afirma que o conceito “tutela econômica” seria relativamente pacífico.
- 9 T. Meyer, *Staatsaufsicht über Private, insbesondere Wirtschaftsunternehmen*, 1988; Mösbauer, *Staatsaufsicht über die Wirtschaft*, 1990; Lühmann, *DVBl.* 1999, 752 e s., e ainda Stober, in: Pitschas (ed.), *Integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2002, p. 21 e s.
- 10 Cf. Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992, p. 35, 46 e s., 130; Stober, *NJW* 1997, 889 e s.; R. Schmidt, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2. ed., 2000, § 1 C IV.
- 11 Neste sentido, Kahl, *Die Staatsaufsicht*, 2000, p. 32, 364; Schmidt-Aßmann, in: idem Hoffmann-Riem (ed.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, p. 13.
- 12 Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992, p. 52.
- 13 Neste sentido, Gramlich, *VerwArch.* 88 [1997], 598 e s.; Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992, p. 130.
- 14 Ehlers, *Ziele der Wirtschaftsaufsicht*, 1997, p. 43; BVerwG, *NVwZ* 2003, 95 e s.
- 15 BVerwG, *DVBl.* 1973, 857.
- 16 Sobre esta matéria, U. Beck, *Risikogesellschaft*, 1986; Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, p. 53 e s.; Scherzberg, *VerwArch.* 84 [1993], 484 e s.
- 17 Cf. R. Wahl, *Staatsaufgabe Prävention*, 1995; cf., mais detalhadamente, Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, p. 91 e s.; Ress, *VVDStRL* 48 [1990], p. 89; no mesmo sentido, Kahl, *Die Staatsaufsicht*, 2000, p. 378; Di Fabio, *ZLR* 2003, 163 e s.; Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2002, p. 252 e s.; Scherzberg, *VVDStRL* 63 [2004], 216, 219 e s.

- [18](#) Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, p. 50 e s.
- [19](#) Ossenbühl, *NVwZ* 1986, 161 e s.; cf. ainda sobre a delimitação Lübbe-Wolff, *NVwZ* 1998, 777 e s.
- [20](#) *BVerwGE* 65, 213, 320; 69, 37, 43; 72, 300, 314; Ossenbühl, *NVwZ* 1986, 161 e s.; Scherzberg, *VerwArch.* 84 [1993], 484, 495.
- [21](#) Gröschner, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, p. 35, 43; Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, p. 89.
- [22](#) Cf., mais detalhadamente, Murswiek, *Das Überwachungsverhältnis*, 1992, p. 80 e s.; Köck, *AöR* 121 [1996], 1 e s.; Lepsius, *VVDStRL* 63 [2004], 266 e s.
- [23](#) Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, p. 100; idem, *Jura* 1996, 566 e s.
- [24](#) J. Ipsen, *VVDStRL* 48 [1990], 177, 186 e s.; Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, p. 211 e s.
- [25](#) Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, p. 56; Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (ed.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, p. 277, 330; Brenner/Nehrig, *DÖV* 2003, 1024 e s.
- [26](#) K. Kern, *DVBl.* 2005, 153, 158.
- [27](#) Riedel (ed.), *Risikomanagement im öffentlichen Recht*, 1997; P. T. Stoll, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, 2003, p. 266 e s.; Trips, *NVwZ* 2003, 804 e s.; Schmalz, *DVBl.* 2004, 164 e s.
- [28](#) Cf. também Brenner/Nehrig, *DÖV* 2003, 1024, 1027; Hoffmann-Riem, *Verw.* 38 [2005], 145 e s.
- [29](#) Stoll, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, 2003, p. 284 e s.; Scherzberg, *VVDStRL* 63 [2004], 216, 255; Bohm, *NVwZ* 2005, 609.
- [30](#) Cf., por exemplo, Micklitz/Reich, *EuZW* 1992, 593 e s.; N. Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, 4. ed., 2003; Schnyder (ed.), *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 1995; Tonner, *JZ* 1996, 533 e s. Bülow/Artz, *Verbraucherprivatrecht*, 2003; Borchert, *Verbraucherschutzrecht*, 2. ed., 2003; Martis/Meinhof, *Verbraucherschutzrecht*, 2. ed., 2005.
- [31](#) Cf. Lei de 27-6-2000, BGBl. I, p. 897 e s., e para a nova versão, BGBl. I, 2002 p. 42 e s. e, mais detalhadamente, Roth, *JZ* 2001, 475 e s.
- [32](#) Graf/Paschke/Stober (ed.), *Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung*, 2003.
- [33](#) Klindt, *NJW* 2004, 465 e s.; Fluck/Sechting, *DVBl.* 2004, 1392 e s.
- [34](#) Bauschke, *Verbraucherschutz im öffentlichen Recht am Beispiel des Lebensmittelrechts*, 2005.
- [35](#) Ver nota na p. 55.

[36](#) Törnblom, in: Graf/Paschke/Stober (ed.), *Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerversantwortung*, p. 111 e s.; Klindt, *NJW* 2004, 465.

[37](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.

[38](#) Ver nota na p. 55.

[39](#) Anúncio de 11-9-2000, *BAnz* de 27-9-2000, n. 183, p. 19229 e s.

[40](#) Cf. Wolff/Bachof/Stober, § 65; Ambs, in: *Lexikon des Rechts, Gewerberecht*, 1999, p. 356 e s.

[41](#) BAG, *NVwZ* 1999, 917.

[42](#) Ronellenfitsch, *Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht*, 1995, p. 26 e s.; Schoch, *VVDStRL* 57 [1998], 210.

[43](#) Hoffmann-Riem, *WuV* 1983, 120 e s.; *Jahresgutachten 1984/85 des Sachverständigenrates*, p. 198.

[44](#) Cf. Comunicações da Comissão Europeia de 2-2-2000 e ainda Appel, *NVwZ* 2001, 395 e s.

[45](#) Scherzberg, *VVDStRL* 63 [2004], 216, 235 e s.

[46](#) Cf., mais detalhadamente, BVerwG, *DÖV* 1986, 198 e *BVerwGE* 81, 185; 95, 188, 197 e s.; Deregulierungskommission, *GewArch.* 1991, 256 e s.; Schmidt-Abmann, *DVBl.* 1993, 929 e s.; Koenig, *NVwZ* 1994; Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997; idem, *NJW* 1997, 889 e s.; Schmidt-Preuß, *VVDStRL* 56 [1997], 162 e s.; P. M. Huber, *DVBl.* 1999, 489 e s.; Marburger/Reinhardt/Schröder (ed.), *Rückzug des Ordnungsrechts im Umweltrecht*, 1999.

[47](#) *Jahresgutachten 1987/88 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, *BT-Ds.* 11/1317, p. 138 e s.; *Bericht Enquêtekommision Schutz des Menschen und der Umwelt*, *BT-Ds.* 12/8260, p. 300 e s.

[48](#) Cf., mais detalhadamente, Hoffmann-Riem, *DÖV* 1999, 221 e s.; Stober, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1997; Schmidt-Preuß, *VVDStRL* 56 [1997], 162, 173; Schuppert, *DÖV* 1998, 831, 835; Berg, entre outros, (ed.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, 2001.

[49](#) Kollmer, *GewArch.* 1999, 48 e s.; H. C. Röhl, *Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht*, 2000, p. 22; noutro sentido, Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1999, p. 332.

[50](#) Schmidt-Preuß, in: *FS für Kriele*, 1997, p. 1157 e s., e sobre a avaliação dos pareceres ambientais, 1998, *BT-Ds.* 13/10195, p. 151 e s.; Langerfeldt, *NVwZ* 2001, 538; Schickert, *Der Umweltgutachter der EG-Umwelt-Audit-Verordnung*, 2001.

[51](#) Cf. Scherer, *NVwZ* 1993, 11 e s.; Führ, *NVwZ* 1993, 858; Koenig, *NVwZ* 1994, 937, 940 e s.; J. P. Schneider, *Die Verwaltung* 28 (1995), 361 e s.; Lütkes, *NVwZ* 1996, 230 e s.; Bohne, *Erfahrungen mit dem Umweltauditgesetz*, 1998; Nissen, *Die EG-Öko-Audit-Verordnung*, 1999; numa perspectiva crítica, Heinelt/Malek/Töller, in: Hill/Hof (ed.),

Wirkungsforschung zum Recht, 2000, p. 319 e s.; Schäfer, *Öko-Audit als Instrument und Mittel der Deregulierung*, 2003.

[52](#) Bohnen, *BB* 1996, 1679 e s.; Schottelius, *NVwZ* 1998, 805 e s.; *Umweltgutachten*, 1998, p. 156.

[53](#) Decisão de 16-4-1997, *ABl.*, n. L 104, de 22-4-1997, p. 37.

[54](#) Böhm-Amtmann, *GewArch.* 1997, 353 e s.

[55](#) Neste sentido, Bohne, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (ed.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, p. 264 e s.; Rehbinder, *DVBl.* 1998, 1245; V. Schneider, *Öko-Audit und Regulierung im Immissionsschutzrecht*, 1999; Laskowski, in: Schuppert (ed.), *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat*, 1999, p. 93 e s.

[56](#) Lei de 27-7-2001, *BGBI.* I, p. 1950 e s. e ainda a fundamentação in: *BT-Ds.* 14/4599, p. 64 e s., 87; Jarass, *DVBl.* 2003, 299 e s.

[57](#) Cf., mais detalhadamente, Feuerstein, in: Stober/Olschok (ed.), *Handbuch des Sicherheitsgewerberechts*, 2004, p. 539 e s.

[58](#) Link (ed.), *Customer Relationship Management*, 2001; Stober, *DÖV* 2005, 333 e s.; Graf/Paschke/Stober (ed.), *Customer Relationship Management*, 2006.

[59](#) Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (ed.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, p. 277, 327 e s.

[60](#) Hauschka, *NJW* 2004, 257 e s.

[61](#) Neste sentido, Di Fabio, *VVDStRL* 56 [1997], 232, 248.

[62](#) E. Bohne, *DVBl.* 1994, 195, 200 e s.; Endres/Staiger, *WiSt.* 1994, 218 e s.

[63](#) Cf. Herbst, *Risikoregulierung durch Umwelthaftung und Versicherung*, 1996; Döring, *Haftung und Haftpflichtversicherung als Instrument einer präventiven Umweltpolitik*, 1999; D. Frank, *Umweltrecht und Wirtschaft*, 2000, p. 299 e s.

[64](#) Hendl, *NVwZ* 2003, 1168 e s.

[65](#) Schmidt-Preuß, *VVDStRL* 56 [1997] 162, 214 e s.; Di Fabio, *JZ* 1997, 969 e s.; Grewlich, *DÖV* 1998, 54 e s.; Fluck/Schmidt, *VerwArch.* 89 [1998], 220 e s.; D. Frank, *Umweltrecht und Wirtschaft*, 2000, p. 293 e s.; Frenz, *Selbstverpflichtungen der Wirtschaft*, 2001; Schendel, *NVwZ* 2001, 494 e s.; Köpp, *Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft*, 2001; numa perspectiva crítica, *Monopolkommission Hauptgutachten* 1994/95, p. 34 e s.

[66](#) Código da Indústria dos Medicamentos de 16-2-2004, *BAnz* 2004, n. 40, de 27-2-2004, p. 3545 e s., e ainda Balzer/Dieners, *NJW* 2004, 908 e s.

[67](#) A. C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 1932, Parte II, Cap. 9, London, e ainda Rosen/Windisch, *Finanzwissenschaft* I, 1992, p. 238 e s.

[68](#) *BVerwG*, *UPR* 1997, 332 e s. sobre o fim da lei.

[69](#) Bonus, *Marktwirtschaftliche Konzepte im Umweltschutz*, 2. ed., 1985; D. Frank, *Umweltrecht und Wirtschaft*, 2000, p. 304 e s.; Reh binder, *UPR* 2002, 1 e s.; Koch, *DBVl.* 2001, 1085 e s.

[70](#) Cf. ainda Hirte, *ZG* 1993, 72; Schmitt-Rady, *Die Umsetzung des Zertifikatsmodells im Luftreinhalte recht der USA*, 1999.

[71](#) G. Maier-Rigaud, *Umweltpolitik mit Mengen und Märkten*, 1994; A. Endres/Reh binder/Schwarze, *Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht*, 1994; Enders, *DÖV* 1998, 184.

[72](#) Corino/Jones/Hawkes, *EuZW* 2002, 165 e s.

[73](#) Cf. RL de 13-10-2003, *ABl. EG*, n. L 275, de 25-10-2003, p. 32 e s.; e ainda Epiney, *DVBl.* 2002, 579 e s.; J. Schlüter, *NVwZ* 2003, 1213 e s.; Burgi, *NJW* 2003, 2486 e s.; Reuter/Busch, *EuZW* 2004, 39 e s.; Michaelis, *NJW* 2004, 2127 e s.

[74](#) Cf. *BT-Ds.* 15/2540 e 15/2328; Lei de 8-7-2004, *BGBl. I*, p. 1578 e s.; cf., mais detalhadamente, BVerwG, *GewArch.* 2005, 417 e s.; Schweer/von Hammerstein, *TEHG, Kommentar*, 2004; Körner/Vierhaus, *TEHG, Kommentar*, 2005; Michaelis, *JA* 2005, 71 e s.; Kobes, *NVwZ* 2004, 513 e s.

[75](#) Cf., mais detalhadamente, a fundamentação in: *BT-Ds.* 15/2328, p. 7 e s.

[76](#) Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 7.

[77](#) Stober, in: Pitschas (ed.), *Integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2002, p. 21 e s.; Berkenbusch, *Grenzüberschreitender Informationsaustausch im Banken-, Versicherungs- und Wertpapieraufsichtsrecht*, 2004 e, em ligação com este, Ohler, in: Bungenberg/Danz e outros, *Recht und Ökonomik*, 2004.

[78](#) Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.

[79](#) Lühmann, *DVBl.* 1999, 752, 762.

§ 30. DIREÇÃO DA ECONOMIA

I. Função de direção da economia da comunidade europeia e dos Estados

Os Estados economicamente altamente desenvolvidos e as comunidades econômicas dirigem, de muitas maneiras e para além das funções até aqui abordadas, a vida econômica e ambiental numa perspectiva de previsão ativa, orientada numa determinada direção e centrada em pontos nucleares, com vista a conservar e a alcançar as situações econômicas desejadas, globalmente e em setores parciais¹. Podemos caracterizar esta forma de influência econômica pela designação de **direção econômica**. Esta é expressão da responsabilidade da Comunidade e do Estado, que dirigem a autorresponsabilidade empresarial de diferentes maneiras.

Por um lado, esta função sobrepõe-se à planificação econômica (ver *supra* § 28). No entanto, os instrumentos orientadores da direção econômica são amplos. Por outro lado, a direção econômica revela aspectos comuns com a fiscalização econômica (ver *supra* § 29). No entanto, não é padrão primário de regulação a prevenção dos perigos que emanam da economia, mas o **estabelecimento de determinados princípios econômicos** para a Administração das insuficiências constatadas do Estado.

Na verdade, a imprecisão conceptual² e a orientação político-econômica do instituto da direção econômica não justificam abdicar inteiramente desta categoria de função, como é exigido, por vezes, na doutrina³. Assim, a equiparação da **política econômica** à direção da economia desconhece, como tradicionalmente, a necessária distinção entre pontos de vista jurídicos, econômicos e político-ordenacionais. Estes seriam, tal como a substituição pelo conceito difuso de **conformação econômica**⁴, um passo atrás na sistematização do direito administrativo econômico⁵, porque este tipo de função é reconhecido como critério adequado de delimitação tanto no direito fiscal e no direito ambiental, próximos da Administração econômica, como na ciência econômica e no direito econômico⁶. Inversamente, não há razão para reduzir as funções da Administração econômica à direção

da economia⁷. Este capítulo desconhece os fins, que devem ser tratados de forma diversificada e diferenciada, do moderno direito administrativo econômico, que não se limitam (como revelam, por exemplo, o § 13.º do PBefG, o § 27c do LuftVG; os arts. 30.º e 32.º e s. do Tratado da CE) aos instrumentos de uma direção global⁸.

A direção da economia é uma função da Comunidade e do Estado, que decorre sobretudo dos arts. 2.º, 4.º, 32.º e seguintes, 70.º e seguintes, 98.º e seguintes do Tratado da CE, bem como dos arts. 20.º, 20a, 88.º e 109.º, n. 2, da Lei Fundamental⁹. É controversa a apreciação juridicamente dirigida da política industrial, prevista no art. 157.º do Tratado da CE. Por um lado, esta apreciação faz parte da política de infraestrutura e da política de fomento. Por outro lado, ela visa orientar e conformar as condições setoriais e estruturais de produção e de investimento, com efeito para o futuro¹⁰, para alcançar melhores resultados de mercado.

II. Para a tipificação das medidas de direção

Sobre a tipificação das técnicas de direção não há unanimidade na doutrina. Do ponto de vista teórico, podem-se dividir os instrumentos de exercício de influência consoante eles produzem efeitos globais ou parciais, diretos ou indiretos, na economia.

Não é admissível uma **direção global** que paralise total ou parcialmente o mercado livre, por razões jurídico-constitucionais. Uma tal solução iria sobretudo contra o conceito de economia de mercado aberto, com livre concorrência. Por isso, é de considerar, em qualquer caso, a **direção econômica parcial**. Esta diz respeito a determinados ramos da economia, domínios da política, situações econômicas ou regiões econômicas. Assim, verifica-se uma **direção direta** quando o Estado, através de regulações jurídicas (ordens, proibições, imposição de ônus), interfere unilateralmente no *status* de direito econômico. O efeito é indireto quando medidas estaduais visam produzir uma alteração da conduta de mercado, que no entanto depende da vontade dos participantes no mercado. Por conseguinte, esta técnica de direção, também caracterizada de **direção econômica desencadeadora de**

conduta, deixa ao cidadão econômico a liberdade de decisão jurídica, que apenas é orientada por determinadas condições gerais¹¹.

Exemplos: Normas de exploração, normas tributárias (como a fixação de taxas para os direitos de utilização de frequências — cf. o § 55.º, em conjunto com o § 142.º, n. 2, frase 4, do TKG)¹², monopólios estaduais e municipais, instrumentos de política monetária (ver *supra* § 14), concessão de funções públicas¹³, regulamentos de mercado¹⁴, regulações de preços (§ 27.º do TKG), orientação da imigração interna (§ 1.º do AufenthG).

¹ Cf. sobre esta descrição também Ehlers, *Ziele der Wirtschaftsaufsicht*, 1997, p. 67.

² Cf. C. Koenig, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994, p. 77 e s.; *BVerwGE* 71, 183, 190.

³ Neste sentido, Schmidt, § 7 I 1, p. 299; Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der EU*, 1996, p. 283.

⁴ Brenner, *idem*, p. 281 e s.

⁵ Neste sentido, Gröschner, *Wirtschaftsüberwachung*, in: *LdRW*.

⁶ P. M. Huber, *ZRP* 1994, 396, 399 e s.; cf. também Rosen/Windisch, *Finanzwissenschaft I*, 1992, p. 240, 266; *BVerfGE* 98, 106, 118.

⁷ Neste sentido, E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht II*, 2. ed., §§ 81 e s.; no mesmo sentido, Fikentscher, *Wirtschaftsrecht II*, 1983, § 24; Rittner, *Wirtschaftsrecht*, 2. ed., 1987, § 3 B IV 1, §§ 22 e s.; C. Koenig, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994, p. 77 e s.

⁸ Neste sentido, Schmidt, § 7 I 1; P. M. Huber, *ZRP* 1994, 396, 401; Kluth, *ZHR* 162 [1998], 657 e s.

⁹ *BVerfGE* 4, 7, 13; 67, 256, 274.

¹⁰ Oppermann, *Europarecht*, 3. ed., 2005, § 13 IV; Veelken, *Normstrukturen der Industriepolitik*, 1991, p. 27 e s.; H. Winter, *Interdependenzen zwischen Industriepolitik und Handelspolitik der Europäischen Gemeinschaft*, 1994; Immenga, *EuZW* 1992, 457 e *EuZW* 1994, 14 e s.; *Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten der Monopolkommission*, 1992, p. 17 e s.; W. Kösters, *WiSt.* 1994, 117, 120.

¹¹ Cf., sobre a tipificação, Kluth, *ZHR* 162 [1998], 658 e s.; *BVerfGE* 98, 106 e s.

¹² *BVerfGE* 98, 106, 117 e s.

[13](#) Bultmann, *Beihilfenrecht und Vergaberecht*, 2004, § 4.

[14](#) §§ 8.º, 22.º e 23.º do MOG, de 24-6-2005, BGBl., I, p. 1847 e s.

§ 31. FOMENTO DA ECONOMIA

I. Funções comunitárias e funções estaduais de fomento da economia

1. Fomento da economia como Administração de prestação e de poupança

O fomento da economia tem a categoria de função estadual e comunitária especialmente importante¹ e faz parte do núcleo do espectro da Administração autônoma municipal (ver *supra* § 8 III).

A expressão “**fomento da economia**” (*economic incentives*) impôs-se na legislação², na jurisprudência³ e na práxis administrativa em geral. A doutrina do direito econômico emprega a expressão “fomento da economia” sobretudo para caracterizar o fomento municipal da economia (ver *supra* § 8 III 1)⁴.

É duvidosa a questão de saber se a função de fomento da economia é suficientemente caracterizada através da descrição, que por vezes é feita, de direção econômica ou atribuição de subsídios⁵. Enquanto o direito da fiscalização econômica limita os direitos dos participantes na vida econômica, em princípio, por razões de segurança e de ordem públicas, e o direito de direção econômica limita aqueles direitos por razões de economia global (ver *supra* § 10 I)⁶ ou setorial (a chamada **Administração de ingerência**), o fomento da economia amplia os seus direitos pela garantia de prestações (a chamada **Administração de prestação**) ou pela **poupança de ônus**⁷. É que no centro está a preocupação da Administração Pública de dar às empresas diferentes incentivos para uma determinada conduta econômica esperada como favorável⁸. É certo que são pensáveis sobreposições das medidas de direção da economia e de fomento da economia, porque também o conceito de direção contém instrumentos de fomento e porque os apoios podem produzir efeitos negativos no caso concreto. De igual modo, o ponto central da direção da economia reside na oneração do cidadão econômico.

Relativamente à delimitação do fomento da economia em face da atribuição de subsídios, devemos levar em consideração que a função

de fomento da economia não se limita a uma atribuição de subsídios na geralmente designada **garantia de ajudas materiais ou financeiras**, sob a forma de prestações em dinheiro e de prestações materiais. Antes, pelo contrário, ela também compreende o vasto domínio de **prestação de serviços** (ver *infra* § 31 VI).

2. Fomento da economia como direito administrativo do risco

O fomento da economia, inspirado no direito comunitário ou no direito estadual, tem lugar, em princípio, em condições de insegurança, porque no momento das decisões de subvenção as consequências financeiras a elas associadas assentam em informações insuficientes e só em parte conhecidas. Por conseguinte, o fomento da economia também revela traços de um **direito administrativo econômico do risco**.

Exemplo: Na aprovação de garantias do Estado ou de capital de risco não podemos dizer se é atingido o orçamento do Estado e se serão alcançados os fins de fomento.

Isto significa que a prática de aprovação de subvenções tem de proceder, na sua atribuição, à análise do correspondente risco, que é idêntico à gestão do risco na fiscalização econômica (ver *supra* § 29 I 5)⁹.

Exemplo: Os empréstimos devem, em princípio, ser garantidos na forma habitualmente utilizada nos bancos (§ 3.º, n. 2, do KredAWAG).

A assunção dos riscos de fomento da economia é considerada sustentável no caso de se verificar a razoável perspectiva de um decurso sem anomalias do negócio apoiado.

II. Fundamentos jurídicos da função de fomento da economia

1. O fomento da economia pela Federação e pelos Estados federados

A função de fomento da economia está declarada em numerosas normas da Constituição e da lei ordinária. Assim, no art. 74.º, n. 1,

segmento 17, da Lei Fundamental fala-se de fomento da produção agrícola e florestal e no art. 91a, n. 1, da Lei Fundamental, fala-se de **melhoria da estrutura econômica regional** e da estrutura agrária. Indiretamente, a função de fomento da economia exprime-se no fim parcial do “**crescimento da economia**”, no equilíbrio econômico geral, baseado no art. 109.º, n. 2, da Lei Fundamental e no **princípio do Estado social e da proteção do ambiente** (ver *supra* § 6 e § 11). A par disso, diversas Constituições Estaduais (art. 164.º da BayVerf.; art. 55.º da SaVerf., para fomento da agricultura; art. 153.º da BayVerf.; art. 43.º da HessVerf.; art. 51.º, n. 2, e art. 65.º da RPVerf.; art. 54.º da SaVerf.) sublinham o fomento da agricultura e da média empresa (ver *supra* § 2 I 5c)¹⁰. Relativamente à função de fomento da economia, os Municípios podem apoiar-se no art. 28.º, n. 2, da Lei Fundamental¹¹. De resto, a função de fomento da economia é, pelo menos em domínios setoriais, uma área duvidosa, do ponto de vista do Estado de Direito, do Executivo, que em numerosos casos apenas se pode apoiar, no que respeita à falta de fundamentos jurídicos gerais e especiais, em **princípios orçamentais** (ver *supra* § 7 I), nas leis de planos económicos, nos planos gerais, em diplomas normativos e em **diretivas administrativas** (ver *supra* § 15 I 5)¹².

2. Fomento da economia e controle das ajudas¹³ pela União Europeia

a. Fim e primado do direito comunitário das ajudas

De uma forma particular, o fomento do direito económico é marcado pelo direito comunitário¹⁴. Este visa, em primeiro lugar, a constituição de um sistema destinado a proteger a concorrência dentro do mercado comunitário contra falsificações (art. 3.º, n. 1, letra g; arts. 87.º e s. do Tratado da CE). A este fim servem o **direito de promoção comercial**, o direito das ajudas e o direito de controle das ajudas da CE (ver, por exemplo, os arts. 36.º, 7.º, 76.º, 132.º, 157.º, 163.º do Tratado da CE). Enquanto o **direito das ajudas** diz respeito à própria garantia da CE das ajudas, como **fomento da economia da Comunidade** com o envolvimento dos Estados-membros¹⁵, o **direito de controle das ajudas** ocupa-se do controle do fomento da economia dos Estados-

membros¹⁶. Aqui o direito da CE sobrepõe-se ao respectivo direito nacional de fomento da economia e limita os poderes dos Estados-membros e dos Municípios (ver *supra* § 9 III).

b. Conceito de ajuda e normas de ajuda

No centro dos interesses está a questão de saber se e em que medida um subsídio do Estado é compatível com os objetivos do Mercado Comum. Esta questão aprecia-se pela interpretação do **conceito de ajuda (auxílio)**, que se encontra concretizado no art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE¹⁷. Tanto a letra do texto “auxílios, ... independentemente da forma que assumem”, como o apoio no efeito de um auxílio pela expressão “falseiem ou ameaçam falsear”, apontam no sentido de uma interpretação ampla do conceito de auxílio e, assim, da inclusão da **isenção de encargos** e dos **auxílios materiais**¹⁸. Uma interpretação demasiado restritiva, como, por exemplo, a limitação às prestações positivas na forma de subsídios, iria falsear, por outro lado, o fim de concorrência previsto no Tratado da CE e o fim de controle do procedimento de ajuda a ela associado. De forma correspondente, a Comissão emprega o conceito de “ajuda” num sentido amplo¹⁹. Verifica-se ajuda (auxílio) em toda a medida de um Estado-membro que reduz os encargos que normalmente uma empresa tem de suportar²⁰ ou que, pelo seu tipo ou efeito, é equivalente a tal medida. A Comissão emitiu, para guiar a apreciação da prática das ajudas, orientações e diretivas, bem como quadros comunitários para o controle das ajudas concretas dos Estados.

Exemplos: Quadros comunitários para ajudas estaduais no KMU²¹; diretivas para a atribuição de ajudas regionais pelos Estados²²; diretivas para as “ajudas de salvação” (*one time, last time*); diretivas sobre o crédito à exportação²³.

Estas normas da Comissão desempenham um papel-chave na apreciação da admissibilidade das ajudas. Não obstante, não é claro o significado prático deste corpo de regras, qual a sua natureza jurídica e em que medida estas regras têm apoio no direito comunitário. Por vezes, estes códigos são qualificados como **autovinculação da discricionariedade da Comissão**²⁴. No interesse de “mais” juridicidade (reserva de lei), segurança jurídica, transparência e

eficiência, os arts. 89.º e 132.º do Tratado da CE autorizam a emissão de **regulamentos de execução de subsídios** e de **diretivas de harmonização**. Desta faculdade fez entretanto uso o Conselho, por diversas vezes (ver volume II § 55):

- Regulamento sobre a aplicação dos arts. 87.º e 88.º do Tratado da CE a determinados grupos de ajudas horizontais²⁵. Este regulamento autoriza a Comissão, pela primeira vez, à emissão de regulamentos, limitados no tempo, de isenção de grupos²⁶. Os regulamentos de isenção de grupos estabelecem que determinadas categorias de ajudas estaduais não caem no âmbito de aplicação dos arts. 87.º e seguintes do Tratado da CE.

Exemplos: Regulações de bagatelas ou “**regulações *de-minimis***”, pelas quais são isentos da **obrigação de notificação**, que noutras situações é exigida²⁷. Estas dizem respeito a ajudas que não ultrapassem o montante máximo de 100.000 euros. As **ajudas dos Estados a favor de pequenas e médias empresas** (para a definição, ver *supra* § 2 I 5c) não estão sujeitas ao dever de comunicação, nos termos do art. 88.º, n. 3, do Tratado da CE, se a máxima intensidade admissível da ajuda ilíquida não ultrapassar nas ajudas ao investimento, em geral, 15% nas pequenas empresas e de 7,5 % nas médias empresas²⁸.

- Regulamento sobre normas especiais para a aplicação do art. 87.º do Tratado da CE (**regulamento do procedimento de subvenções** — ver, mais detalhadamente, volume II § 55 IV)²⁹.
- **Diretiva para a harmonização das normas importantes sobre o seguro do crédito à exportação**, para a cobertura de negócios de médio e longo prazo³⁰.

Estas normas conduziram, é certo, a uma simplificação da Administração e descongestionaram a Comissão no seu controle. Independentemente disso, a Comissão planeja, no quadro de uma reforma das ajudas, a emissão de um regulamento geral de isenção de grupos, com o fim de isentar, em geral, determinadas ajudas dos Estados-membros do dever de comunicação. Por outro lado, a

Comissão pretende, no futuro, prosseguir um novo método de controle. Este deve orientar-se não só pelo formalmente configurado art. 87.º do Tratado da CE, mas também pela ideia fundamental da análise econômica. Neste contexto, o critério consiste em saber se uma ajuda é apta para corrigir o mau funcionamento do mercado, se ela dá um impulso à empresa e se a conduta alvejada não poderia ser mais bem alcançada de outro modo. Este esquema de controle constitui uma variante econômica do princípio da proporcionalidade.

c. Pressupostos da atribuição de ajudas e efeitos jurídicos

O art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE pressupõe que se trate de ajudas garantidas pelo Estado ou de meios do Estado. **Meios do Estado** são benefícios que provêm diretamente do orçamento da Federação e dos Estados federados. Esta condição não se verifica quando o meio de fomento, por força de uma lei do Estado, tem de ser atribuído a empresas privadas e é encaminhado para outras empresas.

Exemplo: Meio de fomento que são ganhos devido a contribuições especiais e a contribuições de compensação, como, por exemplo, o fomento de venda e de *marketing*, nos termos do § 37.º e seguintes do Weingesetz.

As **ajudas garantidas por meios estaduais** são vantagens garantidas pelo Estado a uma instituição pública ou privada, por si nomeada ou constituída, e que são imputadas ao Estado. Para o preenchimento do conceito de ajuda não é suficiente que uma empresa da Administração Pública só indiretamente seja controlada pelo Estado. É exigível, suplementarmente, o exercício material de uma influência dominante³¹.

O art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE abarca apenas o **favorecimento de determinadas empresas** (ver *supra* § 2 I 5c) ou ramos de produção. Por um lado, este pressuposto não se verifica quando se trata de uma vantagem que é proporcionada a todos os participantes econômicos, de forma neutra do ponto de vista da concorrência.

Exemplo: As medidas nacionais que preveem, em certos casos, um benefício nas faturas de energia não são ajudas do Estado no caso de elas serem garantidas a todas as empresas que exercem a sua atividade no país³².

Por outro lado, não há “ajuda” no caso de uma distinção entre empresas no domínio das operações, se a distinção tiver lugar a partir da natureza ou da estrutura interna da regulação do ônus em questão³³.

É certo que o conceito de empresa não está clarificado neste preceito com mais detalhe. No entanto, a letra do texto e o fim exigem que não só empresas privadas, mas também **empresas públicas, empresas de direito público, entes da Administração organizados segundo o direito privado** (sociedades de responsabilidade limitada, sociedades anônimas) no sentido dos arts. 86.º e 16.º do Tratado da CE (ver *supra* § 24 I), bem como *public private partnerships* caiam no âmbito de aplicação, porque todas as formas de manifestação podem, no caso de benefícios, falsear a concorrência³⁴. Saber se um benefício de uma empresa pública é relevante, do ponto de vista das ajudas, é uma questão que deve ser apreciada de acordo com o chamado *private investor-test*³⁵. Segundo este teste, não há ajuda quando um proprietário privado já teria estado em situação equivalente à situação da Administração Pública com um emprego equivalente de capital ou com outra medida a favor da empresa pública.

Da referência ao conceito de empresa resulta que a previsão do art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE não está preenchida no caso de as ajudas servirem ao **fomento das infraestruturas em geral**³⁶, serem **motivados pela política econômica**³⁷ ou compensarem obrigações econômicas comunitárias, nos termos dos arts. 86.º e 16.º do Tratado da CE.

Exemplo: Os subsídios públicos para a manutenção da circulação urbana e regional, no sentido dos §§ 8.º, n. 4, e 13a do PBefG, não caem no art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE no caso de se tratar de uma compensação que constitui a contraprestação por serviços efetuados pelas empresas beneficiadas para a prossecução de serviços econômicos coletivos³⁸.

O art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE pressupõe que a ajuda **falseia a concorrência ou ameça falseá-la**. Um **falsear a concorrência** deve, pois, ser aceito quando a capacidade de concorrência do empresário beneficiado é melhorada em face dos outros empresários que não receberam qualquer ajuda³⁹. Este efeito deve ser afirmado quando as empresas subvencionadas estão na situação de oferecer as suas

mercadorias e serviços, devido à ajuda, a preços mais baixos, de tal modo que os concorrentes sofrem uma desvantagem concorrencial.

d. Proibição de ajudas e procedimento de ajudas

O direito das ajudas caracteriza-se por admitir exceções à **proibição de ajuda** consagrada no art. 87.º, n. 1, do Tratado da CE. A Comissão controla permanentemente as normas existentes de ajuda (o chamado **procedimento repressivo**), bem como a compatibilidade de novas ajudas (o chamado **procedimento preventivo**), nos termos do art. 88.º, n. 1 e 3, do Tratado da CE⁴⁰ (ver volume II § 55 IV).

O procedimento a observar rege-se pelo **regulamento dos procedimentos de subvenções**. Esta codificação é o resultado da experiência prática de anos. Ela visa garantir um eficaz e eficiente procedimento administrativo, bem como o aumento da segurança jurídica e da transparência. O regulamento contém diversas definições de ajuda e ocupa-se detalhadamente do procedimento relativo às ajudas comunicadas e às ajudas ilegais, à aplicação ilícita e às regulações de ajudas existentes (ver volume II § 55 IV)⁴¹.

e. Ajudas legítimas, nos termos do art. 87.º, n. 1 e 2, do Tratado da CE

São compatíveis com o Mercado Comum as ajudas previstas no art. 87.º, n. 2, do Tratado da CE (as chamadas **exceções da lei**). Delas fazem parte, entre outras, ajudas para a economia de determinados territórios da República Federal da Alemanha atingidos pela divisão da Alemanha. É certo que não se verifica o fim originário de fomento na forma do chamado **fomento de zona**. No entanto, numa interpretação correta desta cláusula estão abrangidas as ajudas destinadas a ultrapassar as consequências da divisão depois da reunificação⁴². A favor desta interpretação aponta o fato de o art. 87.º, n. 2, letra c, do Tratado da CE não ter sido considerado inaplicável às consultas relativas ao Tratado de Amesterdã de 2 de outubro de 1997⁴³. No entanto, esta cláusula deve ser interpretada, devido ao seu caráter de exceção, em conformidade com o sistema. Por isso, esta previsão é inaplicável não apenas quando imperam condições idênticas de vida no Leste e Oeste da Alemanha. Antes, pelo contrário, segundo a jurisprudência, apenas são abrangidas as desvantagens que dizem

respeito ao isolamento resultante da construção e conservação das fronteiras⁴⁴.

Enquanto o art. 87.º, n. 2, do Tratado da CE declara a compatibilidade de determinadas ajudas por força do direito primário, o art. 87.º, n. 3, do mesmo Tratado contém uma série de **previsões de exceção e de isenção** para os órgãos comunitários competentes, as quais são concretizadas por diretivas⁴⁵.

No caso concreto, trata-se dos seguintes tipos de subvenção:

- isenções nos termos do art. 87.º, n. 3, letras a a d, por decisão discricionária da Comissão;
- isenções, nos termos do art. 87.º, n. 3, letra e, por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão; e
- isenções, nos termos do art. 88.º, n. 2, por decisão do Conselho, a pedido dos Estados-membros.

O art. 87.º do Tratado da CE deixa intocadas as normas especiais que permitem uma ajuda. Isto é válido, por exemplo, para o setor da agricultura (art. 34.º, n. 2, e art. 36.º do Tratado da CE)⁴⁶ e para o setor dos transportes (art. 73.º do Tratado da CE).

III. A dimensão político-ordenacional e de princípio econômico do fomento da economia

Tal como a direção da economia, também a função de fomento da economia possui uma componente de política de ordenação. Se partimos do sistema aqui tratado da economia de mercado aberta e da obrigação do Estado social e ambiental (ver *supra* §§ 5 e s.), então é certamente legítimo o fomento da economia, por exemplo, na forma de **fomento dos fundamentos existenciais, de nível médio e de ambiente** (cf. o § 2.º do KredAWAG)⁴⁷. Por outro lado, a **responsabilidade do empresário** não pode ser demasiado secundarizada pela assunção de responsabilidade comunitária e estadual. No entanto, este perigo é tanto mais real quanto mais intensamente for apoiada a economia e quanto mais for deslocado o risco empresarial para a Administração Pública. São, em geral,

conhecidos os efeitos negativos das subvenções, que paralisam a iniciativa dos empresários e impedem a inovação (a chamada **mentalidade de subsídio**). Sejam lembradas apenas as divisas efeito de aceitação, efeito de habituação, mentalidade de proprietário, efeito de acumulação e carreira subvencionada⁴⁸.

Em especial, não pode ser função do Estado a conservação (pelas ajudas recebidas) de empresas que têm a sua existência ameaçada. Tais subvenções falseiam a concorrência, onerando as empresas concorrentes. Estas subvenções impedem a mudança de estrutura e perturbam o processo de seleção da economia de mercado⁴⁹. Por outro lado, elas vinculam recursos econômicos a serviços inadequados e, do ponto de vista da política orçamental, não são suscetíveis de serem responsabilizadas (**princípio da poupança** — ver *supra* § 10 IV). Em geral, é posta em dúvida a sua eficácia econômica⁵⁰.

Estes perigos só são evitáveis se a atribuição de subvenções estiver vinculada a determinadas normas gerais econômicas e de política de ordenação juridicamente fixadas, transparentes e controláveis. O supremo princípio tem de ser o de que as ajudas econômicas do Estado só podem ser **ajudas para o autoauxílio**. Esta máxima diretora não corresponde apenas ao **princípio da subsidiariedade** (ver *supra* § 12)⁵¹. Ela é também a premissa de uma ajuda temporalmente limitada e degressiva, isto é, uma ajuda orientada à supressão (a chamada “*sunset-legislation*”) (ajudas de adaptação na mudança de estrutura, ajudas à produtividade)⁵², que em regra têm de ser controladas quanto à subsistência da sua justificação no quadro de um controle **do sucesso**⁵³.

É certo que de há muito é exigida uma completa **supressão das subvenções**⁵⁴, a qual é uma função permanente de toda ordem estadual orientada à economia de mercado⁵⁵. No entanto, é questionável saber se a política que age com “soluções de embalagem” e compromissos estranhos, e as associações representativas de interesses têm a força necessária para exigir a devolução das subvenções. Tal exigiria uma **lei-quadro das subvenções** ou uma **lei de limitação das subvenções**⁵⁶ que operasse com conceitos claros e critérios

vinculativos de atribuição e previsa um controle eficaz das subvenções ou um complemento da Lei dos Princípios Orçamentais (HGrG), através de um capítulo dedicado às “subvenções”.

IV. Para a tipificação das medidas de fomento

A abertura de conteúdo da função de fomento da economia corresponde à diversidade das medidas e instrumentos com os quais a CE, o Estado e os Municípios apoiam as empresas. Os especialistas acreditam inclusivamente que, na prática, desenvolveu-se e estabeleceu-se uma densa e confusa rede de medidas de fomento da economia que foge a qualquer abrangência sistemática⁵⁷. Esta apreciação pode estar correta do ponto de vista quantitativo. Mas qualitativamente temos de lhe opor o fato de os instrumentos de fomento em geral se reduzirem a determinados tipos, que encontraram a sua consagração nas leis, nas ordens orçamentais, nos planos orçamentais e nas diretivas de fomento. Para a precisão podemos fazer a distinção entre fomento da economia com efeito de serviço e com efeito de conduta. **Medidas de prestação** (de serviço) são incentivos financeiros sob a forma de dinheiro, prestações de valor pecuniário ou redução de ônus, as quais se refletem diretamente de forma favorável na situação patrimonial do empresário atingido e obrigam a uma conduta determinada (por exemplo, à criação de postos de trabalho). Por **medidas que se refletem na atuação** entendemos o estabelecimento de condições-gerais favoráveis destinadas a produzir efeitos positivos na atuação econômica da economia privada (ver *infra* § 31 VI).

V. Fomento econômico de prestação

O fomento econômico de prestação tem lugar, em princípio, pela garantia de prestações públicas (as chamadas **subvenções de prestação**) e pela redução das prestações que devem ser efetuadas (as chamadas **subvenções de redução** ou **redução de ônus**)⁵⁸. Esta classificação assenta também no § 12.º, n. 4, do StabG, na jurisprudência comunitária e no Tratado AGCT/OMC sobre as subvenções (ver volume II, § 54)⁵⁹. O Governo federal planeja uma

adaptação permanente das subvenções de redução em subvenções de prestação, a fim de evitar especialmente as desvantagens de benefícios fiscais (nenhuma base orçamental, difícil tributação e controle)⁶⁰.

1. Fomento da economia através da realização de prestações

- **Subsídios a fundo perdido**⁶¹ (*extra-pay*, ajudas no sentido do § 14.º do HGrG). Estes subsídios exigem de quem recebe as subvenções uma determinada ação ou omissão econômica e não têm de ser pagos em retorno. Estes subsídios surgem, em diferentes formas, em quase todos os programas de fomento da economia. Eles são atribuídos, entre outros, como subsídios ao investimento, à demolição, aos juros e ao aconselhamento, como subsídios de apoio à formação (a chamada *Meister-BAföG*⁶²), como subsídios às despesas com os salários na colocação de desempregados de longa duração⁶³ ou como subsídio de transição para desempregados, como incentivo à adoção de uma atividade independente. Uma outra variante é o chamado subsídio de fundação, nos termos do § 57.º, n. 1, do SGB III, que apoia a adoção de uma atividade autônoma e visa combater o trabalho clandestino⁶⁴. Por outro lado, estes subsídios são utilizados no caso de medidas de ordenação do mercado da CE como ajudas relativas às superfícies⁶⁵ e aos produtos (§ 6.º do MOG)⁶⁶.

- **Prêmios e preços.** Estas ajudas constituem a situação clássica da “subvenção *ex-post*”, porque elas são pagas na base de normas econômicas dirigidas aos empresários econômicos a apoiar. Elas são, nomeadamente, utilizadas para a obtenção de mão de obra nos domínios regionais ou setoriais em perigo, para o encerramento de empresas não rentáveis, para os meios de transporte ou para as superfícies (prêmios de demolição e de encerramento de atividade), para o fomento da produção cinematográfica (prêmios à realização de filmes, preços dos filmes), bem como para a execução de medidas de ordenação do mercado da CE (prêmios de não comercialização, prêmios de produção).

- **Empréstimos sem juros ou com juros bonificados** (§ 3.º, n. 2, do KredAWAG). Estes asseguram àquele que recebe a subvenção uma

vantagem em dinheiro em face das condições habituais do mercado. Os empréstimos subvencionados fazem parte das formas mais frequentes de manifestação do fomento da economia. Eles são, na maior parte das vezes, atribuídos mediante intervenção de instituições de crédito de direito público (como o Instituto do Crédito à Reconstrução — § 3.º do KredAWAG) ou de bancos internos de meios públicos. Neste âmbito, os bancos privados atuam como meros intermediários das subvenções⁶⁷. Porque os subsídios só são utilizados uma vez e produzem os efeitos indesejados da aceitação, por vezes é exigida a substituição do princípio do subsídio pelo princípio do crédito.

- **Fianças** (§ 23.º do HGrG, § 3.º, n. 3, do KredAWAG). Estas obrigam àquele que concede as subvenções a assegurar as obrigações daquele que recebe as subvenções no caso da sua incapacidade de pagamento. Deste modo, é elevada a credibilidade daquele que recebe a subvenção e são minorados os riscos políticos e econômicos⁶⁸. As fianças são usadas sobretudo para a conservação da empresa e para o fomento externo da economia⁶⁹. Em sentido restrito, não se trata de uma fiança na acepção do direito civil, mas de contratos de seguro ligados ao fomento externo da economia (**seguro de crédito à exportação**). Neste âmbito, a remuneração da garantia é fixada em função dos riscos assumidos pelos Estados.

- **Garantias** (§ 23.º do HGrG). Estas obrigam aquele que atribui as subvenções a uma compensação financeira no caso de os negócios de risco daquele que recebe as subvenções serem malsucedidos. As garantias têm, em diversas perspectivas, semelhança com as fianças, mas concentram-se sobretudo em investimentos e em instituições de crédito. Elas não oneram o orçamento público, são orientadas ao risco e são utilizadas para os mesmos fins das fianças⁷⁰. Assim, a garantia de câmbio do Estado cobre o risco do câmbio no caso de negócios de exportação feitos a longo prazo⁷¹. Outras garantias cobrem riscos políticos (nacionalização, expropriação, guerra).

- **Subvenções naturais**. Estas obrigam aquele que atribui a subvenção à disponibilização de coisas que conferem ao destinatário das subvenções um benefício em face das condições tradicionais de

mercado. Destas subvenções faz parte sobretudo a venda a preços reduzidos de terrenos industriais e comerciais, bem como o arrendamento a preços reduzidos de locais comerciais, de parques industriais e tecnológicos etc., no interesse da fixação das empresas económicas, para apoiar os fundadores de empresas ou por razões de ajuda de sobrevivência.

- **Preferência no caso de concessão de funções públicas.** A participação com preferência nas concessões públicas é uma subvenção, porque o seu destinatário recebe a concessão em condições que não seriam aplicáveis nas condições normais de mercado (pagamento de um preço suplementar). A concessão de funções com preferência serve aos grupos que estão em desvantagem e ao fomento do nível médio industrial ou do nível médio regional dos oferentes. Devido às numerosas normas em sentido oposto, especialmente normas de direito comunitário, estas subvenções só são lícitas quando se verificarem pressupostos restritos (ver os §§ 97.º e s. do GWB e *infra* § 37).

- **Isenções de antigos ônus.** Estas isenções obrigam aquele que atribui a subvenção a assumir a responsabilidade pela disponibilização, isenta de substâncias prejudiciais, das superfícies e instalações contaminadas. Visa-se deste modo reduzir os entraves ao investimento⁷².

- **Reduções de preço.** Estas legitimam o destinatário da subvenção a exigir a restituição de um montante, direito que apenas assiste a um determinado círculo de pessoas (redução do preço do gasóleo, que se tornou mais caro, utilizado pelos agricultores).

- **Vantagens de utilizador** (no sentido do § 88.º do EATUGB, § 204.º da UGB-KomE). Estas legitimam uma determinada conduta económica depois de estarem preenchidos determinados pressupostos (tempo mais ampliado de partida e de aterragem para os aviões que fazem menos ruído).

- **Assunção das perdas.** Estas obrigam a entidade que atribui a subvenção a suportar as perdas da empresa, como forma de assegurar a sobrevivência da mesma.

- **Participações em empresas.** Estas elevam a capacidade de crédito e reduzem o risco de perda da empresa apoiada.

- **Dotação com capital de risco** (§ 2.º, n. 1 e 1b, do KredAWAG)⁷³.

- Pouco desenvolvido está o apoio estadual dos chamados **negócios de *countertrade*** que, como trocas, negócios de compensação ou recompra etc., desempenham um papel importante no comércio internacional em situações de crise, bem como nas relações comerciais com ordens econômicas pouco desenvolvidas e na falta crônica de divisas⁷⁴. Porque, por vezes, estas formas de negócio constituem a única possibilidade de exportação e de importação, é oportuno que a liquidação ou o financiamento do risco econômico e político destes negócios também sejam tratados como negócio com dinheiro à vista ou com crédito.

2. Fomento da economia através de redução dos encargos

- **Redução dos impostos.** Estas constituem uma renúncia do Estado à cobrança de impostos e conduzem a uma diminuição das receitas orçamentais⁷⁵. Os fins da redução dos impostos e os fins da concessão de ajudas são em larga medida coincidentes⁷⁶.

Exemplos: Amortizações especiais e amortizações de poupanças com vista a apoiar pequenas e médias empresas, nos termos do § 7g do EStG. O fim destes instrumentos consiste em antecipar no tempo as reduções provenientes dos efeitos de redução do capital próprio e facilitar o financiamento de futuros investimentos⁷⁷.

- **Redução de taxas.** Estas constituem uma renúncia, da entidade que tem direito à sua cobrança, às respectivas receitas e levam à diminuição das receitas.

Exemplo: Tomada em consideração de fins de proteção ambiental no cálculo da taxa devida.

- **Redução de contribuições.** Estas constituem uma renúncia da entidade que tem direito à sua cobrança e levam a uma diminuição das receitas.

Exemplo: Diminuição do encargo de contribuição a pagar, nos termos do § 135.º, n. 5, do BauGB⁷⁸.

VI. Fomento da economia com efeito sobre a conduta

Independentemente das prestações financeiras e de valor pecuniário, a CE, a Federação, os Estados federados e os Municípios devem conformar, no quadro da sua competência e da política econômica prosseguida, em geral, as condições gerais econômicas, financeiras e político-sociais, de modo a ser assegurada, a longo prazo, a concorrência e reforçada a capacidade de prestação econômica sem a garantia de ajudas públicas, bem como a liberdade de decisão da empresa, a aptidão para enfrentar o risco e a capacidade de inovação do empresário. Atualmente, o fomento do direito econômico ainda mostra em demasia um lado de impato monetário. Este aspecto restritivo esquece que o fomento da economia só funciona efetivamente se se verificarem os pressupostos administrativos. Com o direito de subvenção aplicável, a Administração Pública cai, cada vez mais, numa “armadilha de subvenção”. Por conseguinte, são necessários esforços para clarificar o poder de subvenção e o fomento da economia, o que aqui só a título de exemplo pode ser referido⁷⁹.

Exemplos: Concentração das competências de fomento da economia num só órgão (*one-stop-agency*); rápidas decisões sobre os pedidos de subvenção; procedimento simples de atribuição das subvenções; aconselhamento sobre a criação de *stocks*, o comércio externo, as tecnologias, as feiras (§ 2.º, n. 2, frase 2, do KredAWAG).

VII. Criminalidade no fomento econômico

As oportunidades constituídas pelas prestações públicas em dinheiro encobrem em si o perigo de abuso. Por isso, devem ser encontrados mecanismos que caracterizem com precisão os fatos relevantes para a atribuição de subvenções, antes da sua atribuição, e que imponham a devolução das prestações que não foram legalmente recebidas ou que não foram legalmente utilizadas (ver volume II, §§ 59 e s.)⁸⁰ e ⁸¹. Por outro lado, a fraude de subvenção é punível nos termos do § 264.º do StGB. Também a CE atribui — como refere art. 280.º do Tratado — ao combate às fraudes uma grande importância⁸² e, por isso, criou um **serviço europeu próprio para o combate à fraude**.

VIII. Regras de subvenção de economia mundial

1. Regime de subvenção e conceito de subvenção

A dimensão internacional do direito das subvenções exprime-se no Tratado AGCT/OMC, de 1994. Pela primeira vez, este Tratado estabelece para os Estados-membros, com a revisão do **Código de Subvenções do AGCT** e com base nos arts. VI e XVI do Tratado AGCT, um regime vinculativo de subvenções⁸³, que fixa a legitimidade das subvenções sob a forma de um **modelo de semáforo** (categoria vermelha = proibição; categoria amarela = contestável; categoria verde = permitido). As normas fundamentais baseiam-se — de forma idêntica ao direito de subvenção da CE — no crescimento jurídico realmente comprovável das subvenções econômicas internacionais e na convicção, economicamente fundada, de que as subvenções estaduais têm um efeito de falsificação da concorrência (veja-se também o art. XVI do AGCT e o art. XV do AGCS) e perturbam os interesses normais de comércio entre os Estados, podendo dificultar a liberalização. O acordo especial de subvenção⁸⁴, que entretanto foi convertido na CE pela emissão de um “Regulamento Antissubvenção”⁸⁵, ocupa-se do **conceito de subvenção**⁸⁶ e da delimitação entre medidas de infraestrutura e de subvenção não específicas, sendo que um anexo introduzido contém exemplos de subvenções à exportação. Subvenção no sentido do art. 1.º, n. 1, do Acordo é todo o contributo financeiro pela Administração Pública ou qualquer forma de apoio às receitas ou aos preços. Quanto seu conteúdo, faz-se uma distinção entre subvenções proibidas, subvenções impugnáveis e subvenções não impugnáveis⁸⁷. Em especial, são proibidas as subvenções que se orientam a um aumento das exportações ou a uma utilização privilegiada dos produtos nacionais. Simultaneamente, fica claro que são permitidas as ajudas à investigação regional e determinadas ajudas ambientais. O fim das normas de subvenção consiste em estabelecer um equilíbrio adequado entre os interesses do Estado nacional e os interesses da economia internacional, em conseguir uma disciplina reforçada e em alcançar maior transparência.

2. Controle das subvenções

O regime material das subvenções é acompanhado de normas jurídicas de procedimento. Para que a OMC possa efetuar um controle **das subvenções**, o Acordo sobre Subvenções contém uma obrigação de notificação anual e *ex post* de todos os programas de subvenção adotados pelos membros da OMC (a chamada **obrigação de transparência** — ver volume II, § 55 V)⁸⁸. Para os programas de subvenções não contestáveis está prevista uma **notificação voluntária ex ante**, que antecede o pagamento dos programas. Quando a Comissão de Subvenções-OMC esteja de acordo com os programas notificados, eles já não poderão ser postos em causa na posterior implementação nem pela OMC, nem através de um procedimento aduaneiro nacional de compensação. De resto, o Acordo prevê mecanismos de resolução de conflitos e abre para os setores econômicos em causa possibilidades de proteção jurídica⁸⁹. No quadro do procedimento de ajudas, nos termos dos arts. 4.º e 7.º do Acordo sobre Subvenções, o órgão de resolução de conflitos pode recomendar a revogação da ajuda e autorizar o Estado-membro requerente a adotar medidas contrárias, como, por exemplo, a imposição de taxas aduaneiras de compensação. É certo que o Acordo sobre Subvenções exclui a economia do Estado e o setor da prestação de serviços. Mas as normas de subvenção no comércio internacional de prestação de serviços são objeto de um grupo de trabalho da OMC, que tem por função elaborar as propostas correspondentes. No entanto, independentemente disto, podemos já hoje falar de um **princípio jurídico de legitimidade limitada das subvenções**⁹⁰.

¹ BVerfGE 15, 235, 240.

² BFH, NVwZ 2003, 1414, sobre o § 5, n. 1, segmento 18, do KStG.

³ BGH, NJW 2005, 2458 e s.

[4](#) Mombaur, *DÖV* 1989, 234; Ehlers (ed.), *Kommunale Wirtschaftsförderung*, 1990; Dieckmann/König (ed.), *Kommunale Wirtschaftsförderung*, 1994.

[5](#) R. Schmidt, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, v. I, 2. ed., 2000, p. 65 e s.; Schmidt-Abmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. ed., 2004, p. 37.

[6](#) BFH, *NVwZ* 2003, 1414.

[7](#) *BVerfGE* 72, 175, 194; Gröschner, in: Huber (ed.), *Thüringer Staats- und Verwaltungsrecht*, 2000, p. 494 e s.

[8](#) Zacher, *VVDStRL* 25 [1966], 263; BFH, *NVwZ* 2003, 1414 e s.

[9](#) Wegmann, *Verwaltung und Management*, 2002, 201 e s.

[10](#) Krüdwagen, *GewArch.* 1999, 235 e s.; Rodi, *Die Subventionsordnung*, 2000, § 9; Willems, *Die Förderung des Mittelstandes*, 2003, p. 76 e s.

[11](#) Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, § 10.

[12](#) Neste sentido, BGH, *NJW* 2005, 2458 e s.

[13](#) Controle das ajudas é o controle dos subsídios financeiros que a União Europeia assumiu, incidindo o controle especialmente sobre a forma como são aplicados esses subsídios. (N. do T.)

[14](#) Kokott, *DVBl.* 1993, 1235 e s.; Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der EU*, 1996, p. 314 e s.; Stolba, *Europäisierung staatlicher Beihilfen*, 1998, p. 62 e s.; Ossenbühl, *DÖV* 1998, 811 e s.; Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1999, p. 358 e s.

[15](#) Kiethe, *EuZW* 1993, 180 e s.; Kiethe/Schwab, *DZWiR* 1994, 344 e s.

[16](#) Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, § 6; idem, in: *FS für Selmer*, 2004, p. 479 e s.; Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2005, §§ 30 e s.

[17](#) Stolba, *Europäisierung staatlicher Beihilfen*, 1998, p. 171 e s.; Soltesz, *EuZW* 1998, 747 e s.

[18](#) Cf. *EuGHE* 1987, 4013, 4037; EuGH, *EuZW* 1993, 289; EuGH, *EuZW* 1999, 506, 534 e s., e 2000, 723 e s.; Götz, in: *FS für K. Vogel*, 2000, p. 579 e s.; Sedemund, in: von Danwitz (ed.), *Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht*, 2000, p. 32 e s.

[19](#) EuGH, *EuZW* 2005, 499 e s.

[20](#) *EuGHE* 1961, 1, 42 e s.; EuGH, *EuZW* 1998, 473 e *EuZW* 2005, 499; cf. também Koenig/Kühling, *EuZW* 1999, 517, 520.

[21](#) ABl. EG C, n. 213, de 19-8-1992, p. 2, e ainda *EuZW* 1992, 459; Koenig/Kühling, *DVBl.* 2000, 1025.

[22](#) Erlbacher, *EuZW* 1998, 517 e s.

[23](#) ABl. EG L, n. 32, p. 1 e s.

[24](#) Cf. Schütterle, *EuZW* 1995, 391 e s.; Jestaedt/Häsemeyer, *EuZW* 1995, 787 e s.; Koenig/Kühling, *EuZW* 1999, 517, 519; idem, *DVBl.* 2000, 1025 e s.

[25](#) Regulamento n. 994 do Conselho, de 7-5-1998, ABl. EG, n. L 142, p. 1 e s.

[26](#) Bartosch, *NJW* 2001, 921 e s.; Sinnaeve, *EuZW* 2001, 69 e s.; Zuleger, *EuZW* 2003, 270 e s.

[27](#) Regulamento (EG) n. 69 da Comissão, de 12-1-2001, sobre a aplicação dos arts. 87.º e 88.º do EGV à ajuda “*de-minimis*”, ABl. EG, n. L 10, p. 30 e s., de 13-1-2001; cf. também EuGH, *EuZW* 2000, 723.

[28](#) Regulamento (EG) n. 70 da Comissão, de 12-1-2001, ABl. EG, n. L 10, p. 33 e s., de 13-1-2001, e ainda Bartosch, *NJW* 2001, 921 e s. e Sinnaeve, *EuZW* 2001, 69 e s.

[29](#) Regulamento n. 659 do Conselho, de 22-3-1999, ABl. EG, n. L 83, p. 1 e s.; criticamente, Koenig/Kühling, *EuZW* 1999, 517 e s. e, mais detalhadamente, Lindner, *BayVBl.* 2002, 193 e s.; Bartosch, *EuZW* 2004, 43 e s.

[30](#) Cf., mais detalhadamente, Greuter, in: Ehlers/Wolffgang (ed.), *Rechtsfragen der Ausfuhrkontrolle und Ausfuhrförderung*, 1997, p. 67 e s.; RL n. 98/29/EG do Conselho, de 7-5-1998, ABl. EG, n. L 148, p. 22 e s.

[31](#) EuGH, *EuZW* 2002, 468 e s.

[32](#) EuGH, *NVwZ* 2002, 842 e s.

[33](#) EuGH, *EuZW* 2005, 499 e s.

[34](#) Cf., mais detalhadamente, Albin, *DÖV* 2001, 890 e s.; Koenig/Kühling, *DÖV* 2001, 881 e s.

[35](#) Cf., mais detalhadamente, Rodi, in: *FS für Selmer*, 2004, p. 479, 484 e s.

[36](#) Koenig/Scholz, *EuZW* 2003, 133 e s.

[37](#) Modlich, *GewArch.* 1996, 227 e s.; Soltesz, *EuZW* 2001, 107 e s.

[38](#) EuGH, *NJW* 2003, 2515, e ainda Franzius, *NJW* 2003, 3029 e s.; Kühling, *NVwZ* 2003, 1202 e s.; Michaelis/Kühschelm, *EuZW* 2003, 520 e s.; Kämmerer, *NVwZ* 2004, 28 e s.

[39](#) *EuGHE* 1994, 3289, 3847.

[40](#) Kritisch Bartosch, *EuZW* 2004, 43 e s.

[41](#) Sinnaeve, *EuZW* 1998, 268 e s.; Kruse, *NVwZ* 1999, 1049 e s.; J.-P. Schneider, in: Stober/Vogel (ed.), *Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand*, 1999, p. 41 e s., 50 e s.

[42](#) Cf., mais detalhadamente, Schütterle, *EuZW* 1994, 715 e s.; idem, *EuZW* 1997, 33; Uerpmann, *DÖV* 1998, 226 e s.; Kruse, *EuZW* 1998, 229 e s.; Sydow, *JuS* 2005, 97 e s.

[43](#) Streinz, *EuZW* 1998, 139; Uerpmann, *DÖV* 1998, 226 e s.; EuG, *DVBl.* 2000, 337 e s.

[44](#) EuG, *DVBl.* 2000, 337, n.m. 134 e s.; EuGH, *EuZW* 2000, 723 e s.; Vogt, *Rechtsprobleme der europäischen Beihilfeaufsicht*, 2000.

[45](#) EuGH, *EuZW* 1997, 217 e s.

[46](#) Cf., mais detalhadamente, Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, p. 181 e s. e 212 e s.

[47](#) *BVerfGE* 23, 50, 60; 13, 97, 107; 19. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 15/1635, p. 11.

[48](#) Bohling, *Wirtschaftspolitische und wirtschaftsverfassungsrechtliche Probleme staatlicher und kommunaler Subventionen*, 1989; Dickertmann/Diller, *WiSt.* 1989, 166 e s., 594 e s.; *Monopolkommission, Hauptgutachten* 1994/95, p. 45; Nieder-Eichholz, *Die Subventionsordnung*, 1995; Siebert, *Der Kobra-Effekt*, 2001.

[49](#) Cf. também 20. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 16/1020, p. 5; Jahresgutachten 1995/96 des Sachverständigenrates, *BT-Ds.* 13/3016, p. 214, sobre as minas de carvão.

[50](#) Cf., mais detalhadamente, G. Werner, *Subventionsabbau*, 1995, p. 35 e s.; 15. *Subventionsbericht*, *BT-Ds.* 13/2230, p. 25; 16. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/8420, p. 9.

[51](#) Pitschas, in: Stober/Vogel (ed.), *Subventionsrecht auf dem Prüfstand*, 1999, p. 26 e s.; Stober, in: Hill/Hof (ed.), *Wirkungsforschung zum Recht II*, 2000, p. 251, 254; 19. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 15/1635, p. 11.

[52](#) 16. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/8420, p. 9; 17. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/1500, p. 9; *BVerfGE* 105, 17 e s.; Schwarz, *JZ* 2004, 79 e s.

[53](#) 15. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/2230, p. 32 e s.; 16. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/8420, p. 33; 19. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 15/1635, p. 42 e s.; 20. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 16/1020, p. 1 e s.; Berthold/Donges, *WiSt.* 1996, 490 e s.; Ehlers, *DVBl.* 1993, 861 e s.; Pitschas, in: Stober/Vogel (ed.), *Subventionsrecht auf dem Prüfstand*, 1999, p. 27; Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, § 18.

[54](#) Spannowski, *JZ* 1992, 1160; cf. ainda Sache 3/82, *Fragen der Subventionspolitik*; 15. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/2230, p. 9 e o Jahresgutachten des Sachverständigenrates 1994/95, *BT-Ds.* 12/6170, p. 260 e s.; Fleckenstein, *WuV* 1989, 103 e s.; Dickertmann/Diller, *WiSt.* 1990, 38 e s.

[55](#) 14. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 12/5580, p. 25; 16. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/8420, p. 9; 17. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 14/1500, p. 9; 19. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 15/1635, p. 12.

[56](#) Neste sentido, *Monopolkommission, Hauptgutachten* 1994/95, p. 46 e s.; *BT-Ds.* 15/2061, de 20-11-2003.

[57](#) Fleckenstein, *WuV* 1989, 103.

[58](#) Neste sentido, BGH, *NJW* 2005, 2458 e s.

[59](#) Cf., mais detalhadamente, sobre o conceito de subvenção, Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, § 2.

[60](#) 20. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 16/1020, p. 9.

[61](#) Subsídio a fundo perdido é um tipo de subsídio atribuído pela União Europeia relativamente aos quais não há obrigação de devolver o dinheiro recebido no caso de ele

ser aplicado nos termos em que foram concedidos. São, pois, subsídios sem retorno. (N. do T.)

[62](#) § 12, do *Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz*, de 23-4-1996, *BGBI. I*, p. 623; cf., mais detalhadamente, Beckmann, *GewArch.* 1997, 89 e s.; Hablitzl, *WiVerw.* 2003, 248 e s.

[63](#) “Desempregados de longa duração” são aqueles que, nos termos da lei, estão em situação de desemprego por um período de tempo igual ou superior a um limite fixado na lei. O limite aqui referido é geralmente de mais de 12 meses. (N. do T.)

[64](#) Lei de 20-7-2006, *BGBI. I*, p. 1706, 1717.

[65](#) Reporta-se a superfícies comerciais. (N. do T.)

[66](#) *Marktordnungsgesetz* de 24-6-2005, *BGBI. I*, p. 1847 e s.

[67](#) § 3, do *Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur*; § 13 do *Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz*; cf. Habersack, *ZHR* 159 [1995], 663; Schütterle, *EuZW* 1995, 391 e s.; Bals, *Vergabe und Abwicklung öffentlicher Förderkredite über Hausbanken*, 2003.

[68](#) Flessa, *Bürgschaften des Staates und der Kreditgarantiegemeinschaften*, 1989; M. Henke, *Die staatliche Exportkreditversicherung in der Bundesrepublik Deutschland: Hermes-Deckungen*, 1990; von Kageneck, *Hermes-Deckungen*, 1991; Bödeker, *Staatliche Exportkreditversicherungssysteme*, 1992; K. Möller, *Staatsbürgerschaften im Lichte des EG-Beihilferechts*, 2001.

[69](#) Greuter, in: Ehlers/Wolffgang, *Rechtsfragen der Ausfuhrkontrolle und Ausfuhrförderung*, 1997, p. 57 e s.; Wolfram, *Staatliche Export-Kreditförderung*, 2003, p. 73 e s.

[70](#) BGH, *MDR* 1977, 475.

[71](#) Siebelt, *NJW* 1994, 2860 e s.

[72](#) Vierhaus, *NVwZ* 2004, 418 e s.

[73](#) *WagniskapitalförderungsgG*, de 30-7-2004, *BGBI. I*, p. 2013.

[74](#) Schobeß, *Barter- und Gegengeschäftsverträge im deutsch-russischen Handels- und Rechtsverkehr*, 1996; Tietje, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO-Rechtsordnung*, 1998, p. 43 e s. e 55 e s.; Julius, *RIW* 1999, 594 e s.

[75](#) *BVerfGE* 105, 17 e s.

[76](#) Cf., mais detalhadamente, Trzaskalik, Gutachten E zum 63. *DJT* 2000, p. 65 e s.; *BVerfGE* 97, 67, 76 e s.

[77](#) *BT-Ds.* 12/4487, p. 33 e s.; Wacker, *WiSt.* 1994, 135; Olbertz, *BB* 1996, 1967.

[78](#) *BVerwG*, *NVwZ-RR* 1990, 433; *BVerwGE* 90, 202 e s.; cf. também VGH München, *NJW* 1992, 2652.

[79](#) Cf., mais detalhadamente, Jahresgutachten 1995/96 des Sachverständigenrates, *BT-Ds.* 13/3016, p. 90 e s.; Stober, *BB* 1996, 1845 e s.; idem, in: Stober/Vogel (ed.), *Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand*, 1999, p. 5 e s.

[80](#) Ver nota na p. 55.

[81](#) Partsch/Schaffner, *NJW* 1996, 2492.

[82](#) Heine, *WuV* 1996, 149 e s.; Ehlermann/Schütterle, *EuZW* 1996, 234 e s.; Regulamento da UE de 11-11-1996, ABl. EG, n. L 292, de 15-11-1996, p. 2 e s., e ainda Kuhl/Spitzer, *EuZW* 1998, 37 e s.; Sieber, *ZRP* 2000, 187 e s.; Haus, *EuZW* 2000, 745 e s.

[83](#) Cf., mais detalhadamente, Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, p. 136 e s.; T. Becker, *Das WTO-Subventionsübereinkommen*, 2001; Rydelski, *EG und WTO Antisubventionsrecht*, 2001; Ehlers/Wolfgang/Pünder (ed.), *Rechtsfragen der Ausfuhrförderung*, 2003; C. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 429 e s.

[84](#) Reimpresso in: *BT-Ds.* 12/7986, p. 386 e s.; cf., mais detalhadamente, 16. Subventionsbericht, *BT-Ds.* 13/8420, p. 47, e Meng, in: Stober/Vogel (ed.), *Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand*, 1999, p. 71 e s.

[85](#) Regulamento de 22-12-1994, ABl. n. L 349, p. 1 e s., de 31-12-1994; Rydelski, *EuZW* 1996, 423 e s.; Wolfram, *Staatliche Export-Kreditförderung*, 2003; cf. ainda Ehlers, in: *FS für Selmer*, 2004, 287 e s.

[86](#) Cf., mais detalhadamente, Grave, *Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen*, 2002; C. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 453 e s.

[87](#) Ohlhoff, *EuZW* 2000, 645 e s.

[88](#) Cf., mais detalhadamente, C. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 450 e s.

[89](#) Cf., mais detalhadamente, Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995, p. 251 e s.; T. Becker, *Das WTO-Subventionsübereinkommen*, 2001; C. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 471 e s.

[90](#) Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000, p. 104 e s.

D. ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 32. ATUAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Princípio da liberdade de escolha e delimitação

Na discussão em torno das funções e instrumentos não se questionou se a Administração econômica está, perante o cidadão, no âmbito do direito público ou do direito privado. O nosso ordenamento jurídico assenta tradicionalmente na divisão entre **direito público e direito privado**¹. A Administração Pública não se limita, necessariamente, a fazer uso do **direito especial** que lhe foi atribuído, o direito público. As autoridades da Administração econômica não têm necessariamente de agir de forma ingerente, com poderes de autoridade e unilateralmente. Para a prossecução das funções que lhe foram confiadas, elas também podem se servir dos **meios de conformação do direito privado** que são, até certo ponto, por razões de otimização dos institutos jurídicos, substituíveis e combináveis (o chamado **princípio da liberdade de escolha**²). Deste ponto de vista parte também o direito comunitário, que faz referência à divisão referida (ver, por exemplo, os arts. 86.º, 238.º e 282.º do Tratado da CE). Nesta base, observa-se nos últimos tempos certa tendência para a multiplicação do recurso às formas de organização e de atuação de direito privado.

Tomando em consideração o princípio da liberdade de escolha e, assim, os efeitos jurídicos a ela associados (via de recurso, responsabilidade, vinculações jurídicas), é claro que a delimitação do direito público em face do direito privado adquire um importante significado prático no domínio do direito administrativo econômico. Esta delimitação não suscita quaisquer dificuldades no caso de o legislador ter adotado uma regulação formal ou materialmente exaustiva.

Exemplos: § 8.º, n. 4, da HwO; § 12.º da HwO; § 112.º, n. 3, da HwO (via de direito administrativo); § 62.º, § 68.º, do OWiG (via de recurso ordinário, no caso de recurso contra uma ordem de pagamento de taxa, devido a contraordenações de direito administrativo econômico); § 29.º da Lei para a Execução da Organização Comum de Mercado e dos Pagamentos Diretos³ (tribunais financeiros para os conflitos sobre a fixação de cortes, tarifas de exportação e reposições de exportação); § 75.º, n. 4, do EnWG (tribunal estadual superior como tribunal de recurso); § 21.º, n. 6, do BImSchG (via de recurso ordinário); § 26.º da Lei do Apoio à Formação de Aperfeiçoamento (via de recurso ordinário para conflitos de contrato de empréstimo); § 9.º do IFG (reclamação e recurso hierárquico necessário).

Na ausência de normas especiais, deveremos recorrer aos critérios de delimitação desenvolvidos pela ciência jurídica e pela jurisprudência (sobre/subordenação, interesses públicos ou privados, tradição, participação de um ente de autoridade etc.), mas que aqui não podem ser apresentados⁴.

Exemplos: A atividade de aconselhamento de uma câmara de comércio e indústria (IHK) sobre as “razões de existência” tem a natureza de direito público, porque faz parte das funções que foram transferidas para as câmaras de comércio e indústria, nos termos do § 1.º do IHKG⁵. O Instituto Federal de Prestação de Serviços Financeiros atua, no exercício da sua tutela, com poderes de autoridade. A regulação das telecomunicações é uma função de autoridade (art. 87f, n. 2, frase 2, da Lei Fundamental).

II. Relações de dois níveis e relações mistas de direito administrativo econômico

No direito administrativo há relações jurídicas nas quais o direito privado e o direito público têm aplicação simultânea, embora se trate de uma relação de vida unitária. Isto diz respeito, sobretudo, às chamadas **relações jurídicas de dois níveis**. Estas relações reportam-se a duas partes separadas de procedimento, das quais o primeiro capítulo de procedimento (a questão do “se”) pertence sempre ao direito público e o segundo capítulo de procedimento (a questão do “como”) tanto pode ser configurado pelo direito público como pelo direito privado⁶. As críticas apresentadas contra esta bipartição de condições de vida unitárias⁷, não conseguiram se impor até agora contra a legislação e contra a prática.

Exemplos: Segundo os códigos municipais, os industriais podem utilizar as **instituições públicas do Município** com base em princípios idênticos. Assim, a questão da admissão à utilização desta instituição (por exemplo, relativamente à atribuição de lugares de banca nas festas populares) é de direito público, enquanto o segundo grau — a utilização no caso concreto — pode ser regulada pelo direito privado⁸. Se um concorrente privado na **atividade econômica de um Município** (ver *supra* § 24 V e *infra* § 33 I 2), por exemplo no domínio dos serviços funerários, considerar que há uma violação jurídica, então a questão de saber se a empresa econômica pode, em geral, funcionar, constitui uma questão de direito público pelo fato de a questão da legitimidade das operações econômicas estar regulada nos códigos municipais⁹ e não como o Município deve agir em face do cidadão quando este exige os serviços funerários das empresas municipais respectivas (por exemplo, celebração de um contrato de compra e venda de caixão). Relativamente à **concessão de funções públicas**, o legislador decidiu-se, com a regulação nos §§ 97.º e seguintes do GWB, em geral, por uma conformação privada (ver *infra* § 37). A questão de saber quando são aplicáveis estas normas (sobre este aspecto, ver *supra* § 24 IV 3) é uma questão que, segundo opinião controversa, é de direito público¹⁰.

A prática conhece relações jurídicas que umas vezes são de um nível e outras vezes são de dois níveis¹¹.

Exemplos: As subvenções tanto podem ser atribuídas por ato administrativo como por contrato de direito público, embora em certos casos possam estar associadas a um procedimento de direito público quanto ao consentimento (primeiro nível) e a um contrato de direito privado quanto à concretização (segundo nível) na forma de um contrato de empréstimo ou de um contrato fiança (ver volume II, § 55 VI)¹² e ¹³. O pagamento de um prémio (de um filme) não é, em face da aprovação, um “segundo ato” autónomo, no sentido da teoria dos dois níveis, mas representa o cumprimento e o *terminus* previsto na autorização.

Também surgem relações jurídicas mistas no domínio da concessão a particular de funções estaduais da Administração econômica (ver *infra* § 40). O concessionário atua ao abrigo do direito público, na medida em que para tal esteja legitimado por força da lei, isto é, na medida em que lhe tenham sido conferidas competências de direito público¹⁴.

[1](#) Wolff/Bachof/Stober, § 22.

[2](#) Cf., sobre a problemática e sobre os efeitos jurídicos, Wolff/Bachof/Stober 1, § 23; *BVerfGE* 68, 193, 213; VerfGH NW, *NWVBl.* 1992, 14; OVG Berlin, *NJW* 1991, 715.

[3](#) Lei de 24-6-2005, *BGBI.* I, p. 1847 e s.

[4](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 22.

[5](#) BVerwG, *NJW* 1992, 1641.

[6](#) Wolff/Bachof/Stober, § 22 III 4 d e Bals, *Vergabe und Abwicklung öffentlicher Förderkredite über Hausbanken*, 2003.

[7](#) Cf. Ehlers, *GewArch.* 1999, 305 e s.

[8](#) VGH München, *GewArch.* 1982, 98; OVG Münster, *OVGE* 24, 175; BVerwG, *VerwRspr.* v. 20, 715; HessVGH, *GewArch.* 1994, 287; Dietlein, *Jura* 2002, 445 e s.

[9](#) *BVerwGE* 39, 329; VGH Mannheim, *NJW* 1984, 251; OVG Münster, *NVwZ* 2003, 1520 e s.; Ehlers, *DVBl.* 1998, 497, 503; Tettinger, *NJW* 1998, 3473; Pagenkopf, *GewArch.* 2000, 177; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, 535; noutro sentido, OLG Düsseldorf, *DÖV* 2001, 912 e s.

[10](#) OVG Koblenz, *DVBl.* 2005, 988.

[11](#) VGH Kassel, *NVwZ* 1990, 879; OVG Münster, *DVBl.* 2005, 1276.

[12](#) Ver nota na p. 55.

[13](#) BGH, *VerwRspr.* v. 27, 417; BGH, *NJW* 1997, 257 e s. e 328 e s.; BGH, *DVBl.* 2000, 557 e s.; BVerwG, *NJW* 2006, 536 e s.; OVG Koblenz, *DÖV* 1993, 351; OLG Naumburg, *NVwZ* 2001, 354 e s.; noutro sentido, OVG Münster, *DVBl.* 2005, 1276, que parte de uma relação de direito privado.

[14](#) *BVerwGE* 61, 222.

§ 33. VINCULAÇÃO E LIBERDADE DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Vinculações na atuação de direito privado

1. Vinculações na atuação de direito privado da Administração e na concessão de funções

Enquanto as exposições até agora feitas se ocuparam da aplicabilidade dos meios de conformação de direito privado e da delimitação do direito público em face do direito privado, coloca-se agora a questão de saber se e em que medida as autoridades de Administração econômica estão subordinadas, na sua atuação, a vinculações, isto é, se se podem apoiar em espaços de liberdade que também influenciem as exigências que a economia faz à Administração. Neste contexto, devemos fazer a distinção entre dois complexos: por um lado, devemos controlar em que âmbito a Administração econômica tem de respeitar normas de direito público na sua **atuação de direito privado** (ver *supra* § 24, relativamente às formas de manifestação e às vinculações de direito constitucional); por outro lado, devemos investigar em que âmbito existe uma vinculação geral e margens de conformação nas **atuações de direito público** (II).

Na **atuação de direito privado da Administração** subsistem, em princípio, as vinculações que tradicionalmente se aplicam à atuação de direito público¹. De forma especial, os benefícios subordinados ao direito administrativo só podem ser vinculados a obrigações de direito civil quando se verificarem determinados pressupostos (proibição de ligação ilegal de assuntos de administração, nos termos do § 56.º, n. 1, do VwVfG).

Exemplo: Na opinião do Supremo Tribunal Federal, não se verifica violação da proibição de ligação quando um Município vende um imóvel rústico ligado à obrigação de satisfazer a necessidade de aquecimento através de uma central térmica explorada por uma sociedade pertencente ao próprio Município².

No caso de **aprovisionamentos e investimentos** da Administração Pública, há vinculações a respeitar, nos termos dos §§ 97.º e seguintes

do GWB e do Regulamento de Concessão (ver *supra* § 24 IV e *infra* § 37).

2. Vinculações na atividade econômica da Administração Pública

a. Vinculações de direito municipal

As vinculações na **atividade econômica da Administração Pública** não estão reguladas de maneira uniforme, porque a regulação faz parte do patrimônio dos Estados federados (ver *supra* § 15 I 2). Considerando a crescente atividade econômica municipal, o legislador estadual alterou, nos últimos tempos e de modo diferenciado, as condições gerais das atividades empresariais dos Municípios. Por um lado, os respectivos pressupostos de legitimidade foram reforçados e, por outro lado, condições gerais das atividades empresariais dos Municípios foram flexibilizadas, a fim de se evitar a rigidez econômica e ir ao encontro das necessidades econômicas dos Municípios³. Deve ser feita distinção entre a legitimidade da utilização das possibilidades de estruturação orgânica do direito privado e as demais vinculações de direito administrativo⁴. Por vezes, a utilização é expressamente permitida, proibida (por exemplo, para os bancos, nos termos do § 107.º, n. 6, da NWGemO) ou só é permitida quando se verificarem determinados pressupostos. Às **caixas econômicas públicas** aplicam-se normas especiais. Em princípio, as cidades e os Municípios só podem constituir, dirigir e ampliar consideravelmente empresas econômicas se tal for **exigido por um fim público da empresa** e esta estiver, pelo seu tipo e âmbito, numa relação adequada com a **capacidade de prestação** dos Municípios e com a **necessidade previsível**⁵.

Por vezes, é ainda exigido que o fim não seja ou **não possa vir a ser prosseguido tão bem e de forma tão econômica** por outrem (§ 85.º, n. 1, segmento 3, da RPGemO; art. 87.º, n. 1, segmento 4, da BayGemO — a chamada **cláusula de subsidiariedade simples**)⁶. Desta maneira, tem de ficar claro que a atividade econômica dos Municípios é secundarizada em face da economia privada. Por conseguinte, os Municípios estão obrigados a fazer prova. Por isso,

eles são, por vezes, expressamente obrigados a recuperar ofertas e a proceder a cálculos comparativos (ver, por exemplo, § 100.º, n. 3, da BbgGemO). No seu conteúdo, estas normas correspondem a uma **obrigação de controle de privatização**⁷.

Por vezes, é exigido um **interesse público vinculativo** para a atividade empresarial da Administração Pública e que o fim em vista **não possa ser melhor alcançado, na perspectiva econômica, através de uma atividade econômica privada** (§ 102.º, n. 1, segmento 3, da BWGemO, § 107.º, n. 1, segmento 3, da NWGemO, § 108.º, n. 1, segmento 3, da Nds.GemO, § 97.º, n. 1, segmento 3, da SächsGemO — a chamada **cláusula de subsidiariedade qualificada**)⁸. Esta exigência legítima corresponde ao princípio da subsidiariedade (ver *supra* § 12) e à decisão a favor do Estado fiscal (ver *supra* § 24 V 7).

Inversamente, por vezes, é permitido aos Municípios um **engagement econômico supralocal e estrangeiro**, desde que permaneçam salvaguardados os interesses legítimos das respectivas corporações territoriais municipais (cf. o art. 87.º, n. 2, da BayGemO, § 107.º, n. 3 e 4, da NWGemO). Isto é problemático do ponto de vista do direito constitucional (ver *supra* § 24 V 4)⁹.

Do ponto de vista do direito procedimental, estas vinculações são, por vezes, flanqueadas, na medida em que, por exemplo, nos termos do § 107.º, n. 5, da NWGemO ou do § 95.º, n. 3, frase 1, da SächsGemO, os órgãos da Administração autônoma local têm de ter ouvido a manufatura, a indústria e o comércio (**obrigação de audição econômica**) e na medida em que nas fundações de empresas e nas participações em empresas devem ser investigadas as consequências para as manufaturas e para a restante economia de nível médio (**obrigação de análise do mercado**)¹⁰. Não é clara a questão de saber se estes limites são suficientes para manter a atividade econômica devidamente balizada¹¹.

Em primeiro lugar, a violação de normas de economia municipal pode ser criticada e impedida através de **medidas de tutela municipal**. Disto deve ser distinguida a questão de saber se também as **empresas concorrentes** podem se basear nestas normas. Seria este o caso se elas fossem emitidas não só no interesse público, mas também no interesse

individual e se fundassem direitos **subjettivos** exequíveis¹² (ver *infra* § 33 II 2).

Exemplo: Afastando-se da sua origem histórica, o § 107.º, n. 5, da NWGemO, visa proteger, simultaneamente, a economia local privada¹³.

Assim, são de se considerar duas vias de imposição: o **direito da concorrência** e o **direito municipal**, como direito de proteção da concorrência. Independentemente disso, deve ser atribuído às câmaras de indústria e comércio, bem como às câmaras de manufaturas, um direito autônomo de fiscalização e de impugnação¹⁴.

b. Vinculações de direito da concorrência

Mas a proteção da concorrência¹⁵ já se revelou insuficiente no passado, desde logo pelo fato de nas normas do direito da concorrência estar em primeiro plano apenas a conduta de mercado de particulares¹⁶. É certo que, nos últimos tempos, diversos tribunais superiores de Estados federados têm considerado verificar-se, no caso de uma violação de normas de economia municipal, simultaneamente, uma violação do § 1.º do UWG¹⁷. A inclusão da atividade econômico-produtiva dos Municípios no âmbito de proteção foi fundamentada pela figura jurídica do **progresso pela violação do direito**¹⁸. No entanto, esta interpretação é atacável, porque colide com o fim do § 1.º do UWG, que não tem em vista a proteção contra limitações da economia municipal. Sobre esta questão, o Supremo Tribunal Federal constatou que o § 1.º do UWG não funda um direito à concorrência privada, porque ele não tem em vista o controle da retidão da conduta de mercado dos Municípios¹⁹.

Exemplo: Uma violação das normas de economia municipal pela atividade de um Município no setor da valorização de automóveis antigos não tem por consequência que a conduta criticada seja contrária à concorrência²⁰.

Por isso, é exigido, complementarmente, um **direito de concorrência fundado no direito público**, devido às atividades econômico-produtivas dos Municípios, como tradicionalmente crescentes e transbordantes para novos setores²¹, que controle eficazmente a atividade econômica e vise uma orientação por vias

reguladas. No entanto, esta exigência não foi levada em consideração na revisão do UWG²². Por outro lado, não é claro o alcance da **Lei Contra as Limitações de Concorrência** (GWB) nas atividades municipais²³.

As proibições de criação e as limitações de atuação podem ainda resultar, indiretamente, da **atribuição de funções** dos entes administrativos.

Exemplo: Assim, por exemplo, uma câmara de artífices não pode explorar uma empresa econômica sob a forma de uma sociedade de responsabilidade limitada, nem por si própria, nem com o auxílio de uma participação, que tenha por objeto assumir e executar serviços de construção de qualquer tipo²⁴.

II. Vinculações e espaços de liberdade na atuação de direito público

1. Conceitos jurídicos indeterminados e margem de apreciação

Se as autoridades de administração econômica atuarem em face do cidadão econômico com base em normas de direito público, então é possível e obrigatória, frequentemente, uma decisão determinada com base em situações de fato reguladas de forma inequívoca. O caráter inequívoco verifica-se especialmente quando o legislador emprega determinados conceitos jurídicos ou fixa o fim da lei (ver *supra* § 2 IV 3).

No entanto, frequentemente, o legislador e a autoridade regulamentar não podem regular com precisão a multiformidade da vida econômica e a evolução da técnica, porque o direito tem de ser dinâmico e nem todas as necessidades de regulação são previsíveis. Por isso, o legislador e a autoridade regulamentar servem-se, frequentemente, de **conceitos jurídicos indeterminados** de contornos pouco definidos (ver *supra* § 7.º, III, 3, e §§ 27.º e s.). O preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados mediante os fins fixados pelo legislador é função típica dos órgãos de aplicação do direito²⁵. Reconhece-se, em geral, que este chamado **método da**

cláusula geral é em larga medida adequado, também no direito econômico, para permitir soluções justas²⁶.

Exemplos: § 35.º da GewO — “falta de idoneidade”; § 68.º, n. 1, da GewO — “prazo mais alargado”²⁷.

Os conceitos jurídicos indeterminados podem conter, simultaneamente, uma **margem de apreciação**, com a consequência de que a autoridade de administração econômica dispõe, do lado da previsão da norma, de uma margem de flutuação de decisão. Diferentemente dos simples conceitos jurídicos indeterminados, as margens de apreciação só limitadamente são controláveis jurisdicionalmente²⁸. Isto está ligado ao fato de a decisão de apreciação constituir um juízo de valor altamente pessoal, por conseguinte, irrepetível. Esta decisão assenta numa situação não compreensível ou não repetível por livre escolha, que deve ser apreciada em última responsabilidade ou em última vinculação por um órgão administrativo colegial de peritos, para o efeito designado. Um caso especial de margem de apreciação é a chamada **margem de prognose**, que visa sobretudo garantir decisões orientadas para o futuro no direito administrativo econômico. Em oposição à margem de apreciação clássica, na qual é apreciada uma situação de fato existente no passado ou no presente, a margem de prognose diz respeito a uma apreciação de previsão de decisões econômicas, que não admitem uma solução inequívoca²⁹. Em face do art. 20.º, n. 3, e do art. 19.º, n. 4, da Lei Fundamental, uma margem de apreciação só estará justificada quando se verificarem pressupostos restritos³⁰.

Exemplos: Decisões de controle da câmara de artífices e das comissões de controle³¹, na medida em que se trate de uma avaliação específica do controle e não apenas de uma simples diferença de opinião. As soluções sustentáveis são controláveis jurisdicionalmente³². A decisão sobre a capacidade de funcionamento da indústria local de táxis, nos termos dos §§ 13.º e 47.º do PBefG³³; avaliação do caráter de atração e do poder mobilizador de negócios de feirante, no quadro do § 70.º, n. 3, da GewO³⁴; atribuição do qualificativo “especialmente valioso” aos filmes das casas de cinema³⁵; controle da qualidade do vinho pelo aspecto, pelo cheiro e pelo sabor (controle dos sentidos, nos termos do § 31.º, n. 3, do WeinG)³⁶; margem política das câmaras

(profissionais) na realização das suas funções³⁷; existência de um fim público na atividade econômica municipal³⁸.

2. Direitos jurídico-materiais e jurídico-procedimentais dos sujeitos econômicos

Relativamente à realização das liberdades de circulação e dos principais direitos fundamentais econômicos existe, na vigência da Lei Fundamental, geralmente, liberdade de ação e/ou um **direito** a que as autoridades da Administração econômica defiram um requerimento no caso de estarem preenchidos os pressupostos de fato. Estes direitos realizam-se em diferentes relações jurídicas³⁹. Em qualquer caso, nem toda a norma de direito público que interfere na esfera de interesses do particular tem **caráter jurídico-subjetivo**, para além do seu âmbito de aplicação jurídico-objetivo. Antes pelo contrário, deve tratar-se de uma norma que foi emitida não apenas no interesse do público em geral, mas também no interesse individual⁴⁰. O respectivo conteúdo deve ser averiguado pela via da interpretação (ver *supra* § 2 IV). Isto também é válido para a posição jurídica de **concorrentes, vizinhos, trabalhadores, consumidores** e de outros terceiros dignos de proteção no direito administrativo econômico⁴¹. Nos últimos tempos, observa-se um alargamento dos direitos subjetivos no interesse de uma Administração Pública transparente.

Exemplos: § 1.º do IFG, § 1.º do UIG.

O significado dos direitos subjetivos do cidadão econômico reside no fato de eles serem pressuposto da defesa processual e, assim, da imposição jurídica, por exemplo, no sentido do art. 19.º, n. 4, e no do art. 93.º, n. 1, segmento 4a, da Lei Fundamental, bem como do § 42.º, n. 2, da VwGO. Os direitos subjetivos podem ter conteúdo jurídico-material e jurídico-procedimental.

Exemplos: Direitos subjetivos materiais: § 70.º, n. 1, da GewO; § 6.º do BImSchG; direitos de proteção de terceiros a favor dos vizinhos, nos termos do § 18.º do GastG. **Direitos subjetivos de direito procedimental:** § 28.º, n. 1, do VwVfG (direito de audição), § 25.º, n. 1, e § 71c do VwVfG; § 150.º da GewO (direito de informação); § 4.º UIG (direito às informações ambientais)⁴²; § 19.º, n. 1, do BDSG (direito à informação); §§ 2.º, 2a 9.º da BImSchVO (direito ao

aconselhamento)⁴³; § 97.º, n. 7 do GWB (direito à observância do procedimento na atribuição de concessões públicas)⁴⁴; direito ao acesso não discriminatório à rede; direito à boa administração, no sentido do art. 41.º da Carta de Direitos Fundamentais⁴⁵; acesso a documentos da UE, nos termos do art. 255.º do Tratado da CE⁴⁶; direito de um membro do IHK a consultar um relatório⁴⁷.

Não é clara a questão de saber se e em que medida existem discrepâncias entre o direito subjetivo dos Estados-membros e o direito comunitário⁴⁸. Por outro lado, é controversa a questão de saber se os participantes na concorrência podem ir contra a concorrência econômica do Estado, uma vez que as normas de direito municipal não estão formuladas de forma inequívoca no sentido de que os direitos subjetivos e os direitos fundamentais não protegem contra a concorrência (ver *supra* § 24 e § 33 I 2)⁴⁹.

Os acordos de direito internacional público econômico legitimam, devido à grande elasticidade das normas e dos princípios das negociações bilaterais, em princípio, apenas os Estados contratantes como sujeitos de direito internacional público (ver *supra* § 17 V)⁵⁰. No entanto, nos últimos tempos, estão à disposição procedimentos com os quais as empresas podem obter proteção jurídica (o chamado *third track*)⁵¹.

Por vezes, o legislador e a jurisprudência excluem o reconhecimento de direitos subjetivos do cidadão econômico, por diferentes razões.

Exemplos: O § 3.º, n. 2, do HGrG; o art. 94.º, n. 3, do SächsVereG (não há um direito às subvenções previstas no orçamento)⁵². Nos termos do § 4.º, n. 4, da Lei de Tutela de Prestação de Serviços Financeiras, o Instituto Federal prossegue as funções que lhe foram confiadas apenas no interesse público⁵³.

Por vezes, os direitos subjetivos são limitados a favor da prossecução de determinados interesses públicos.

Exemplo: § 3.º do IFG, em face da Agência de Rede Federal.

3. Discricionariedade da Administração econômica

Nestes e noutros casos é atribuída discricionariedade à Administração econômica (**princípio da oportunidade**). Esta discricionariedade caracteriza-se pelo fato de à Administração ser atribuído um espaço de liberdade, porque a sua conduta não pode nem ser plenamente determinada através de uma lei, nem ser integralmente controlada por um tribunal. Por conseguinte, a discricionariedade revela aspectos paralelos com a margem de apreciação. Mas distingue-se desta pela possibilidade de existência de várias decisões do lado da estatuição. A existência de uma discricionariedade exprime-se sobretudo pelo emprego da cláusula “pode” nas leis⁵⁴. Deve ser feita aqui a distinção entre **discricionariedade quanto ao “se”** e **discricionariedade de escolha**. Na discricionariedade quanto ao “se”, trata-se de uma questão de saber “se” há intervenção, e na discricionariedade de escolha trata-se de “como” deve ter lugar a intervenção.

Exemplos: § 15.º, n. 2, da GewO; § 42.º, n. 2, frase 2, do KrW/AbfG; § 45.º da StVO, para a atribuição de possibilidades de estacionamento dos residentes⁵⁵; § 4.º, n. 1, frase 2, da UIG, relativamente ao tipo e ao modo de acesso às informações⁵⁶; § 47.º do OWiG, relativamente à punição de contraordenações.

Inversamente, existem normas relativamente às quais a jurisprudência recusa o reconhecimento de direitos de discricionariedade aos particulares.

Exemplo: Um industrial não tem direito ao exercício livre de erro da discricionariedade na decisão sobre a colocação de placas de indicação do caminho dentro da localidade para a sua empresa, porque as placas visam indicar o caminho para dentro da localidade e servir instituições com significativa importância para a circulação e não também proteger interesses de concorrência ou outros interesses económicos dos industriais⁵⁷. Na exigência de devolução de ajudas financeiras que foram atribuídas contra o direito comunitário não se verifica a discricionariedade, existente no direito alemão, no interesse da imposição do direito comunitário (ver volume II § 55 VIII 5)⁵⁸⁻⁵⁹.

Se a autoridade está autorizada a agir segundo a sua discricionariedade, então ela tem de exercê-la, nos termos do § 40.º do VwVfG, no respeito pelo fim da autorização⁶⁰ e deve respeitar os limites da lei. O requerente ou o atingido possui então, em face da

Administração, um **direito** subjetivo formal **ao exercício sem erro da discricionariedade**. A discricionariedade é, frequentemente, orientada por normas da lei (a chamada **discricionariedade orientada**). Nestes casos, a lei tem em vista atingir um determinado resultado. Quando a Administração adere a esta intenção, passam a ser dispensáveis outras considerações.

Exemplo: Os princípios jurídico-orçamentais da rentabilidade e da poupança, consagrados no § 6.º do HGrG, adquirem um significado de orientação da discricionariedade no caso de revogação de uma subvenção que foi atribuída⁶¹.

Tratando-se de bens e de prestações de serviços escassos, o exercício da discricionariedade é cunhado pelo critério da justa tomada de decisão. Nesta perspectiva, falamos da chamada **discricionariedade distributiva**⁶².

De resto, a discricionariedade é muitas vezes vinculada por regulamentos internos da Administração. É certo que o juiz não pode colocar a sua discricionariedade no lugar da discricionariedade da Administração, porque tem de respeitar a liberdade de decisão do Executivo no quadro da separação de poderes. Mas o juiz pode controlar as **decisões discricionárias**, nos termos do § 114.º da VwGO, quanto aos seus vícios. Os vícios que seguem conduzem à ilegalidade e à anulação da decisão da Administração:

- **ficar aquém da discricionariedade:** verifica-se se a discricionariedade não foi exercida, ou porque ela não foi tomada enquanto tal, ou porque a autoridade erroneamente se considerou vinculada;
- **exceder a discricionariedade:** verifica-se quando, no exercício da discricionariedade, é escolhido um efeito jurídico que não está previsto na lei;
- **exercer erradamente a discricionariedade:** verifica-se quando a autoridade exerce a discricionariedade, mas não de forma correspondente ao fim da autorização. Neste caso são possíveis diversos vícios. A decisão discricionária assenta num fato falso ou em considerações não objetivas, não está suficientemente fundamentada ou não foi respeitado o art. 3.º

da Lei Fundamental (ver *supra* § 23 III). Não objetiva é também a conexão ilícita de obrigações da Administração, como, por exemplo, a “venda” de atos discricionários;

- **redução da discricionariedade a zero:** verifica-se quando a Administração deixa de ter uma margem de discricionariedade, isto é, quando o poder de decisão se restringe a uma única possibilidade de decisão correta. Para tal há diferentes causas, que também podem radicar nos direitos fundamentais e no direito comunitário (exigência de devolução de subvenções)⁶³.

Da margem de apreciação e da discricionariedade deve ser distinguida a chamada **discricionariedade de planificação**, que adquire importância para a Administração econômica no quadro da planificação setorial, territorial e de desenvolvimento. Aqui não são impostos efeitos jurídicos, nem é efetuada uma subsunção. Antes pelo contrário, são formulados fins e pretensões, isto é, interesses, que têm de ser levados em consideração e ponderados tanto uns contra os outros, como entre si. Por isso, a discricionariedade de planificação é juridicamente avaliável e conduziu a uma “doutrina própria de vícios de ponderação”⁶⁴.

Exemplo: Liberdade conformadora de planificação da autoridade quanto à regulação do tempo de funcionamento de um aeroporto⁶⁵.

4. Obrigações dos sujeitos econômicos

Os direitos do cidadão econômico não estão isolados. Nas relações de direito administrativo econômico eles correspondem a diferentes obrigações que visam sobretudo a observância do direito administrativo econômico (ver *supra* §§ 28 e s.). Além disso, são impostas aos cidadãos econômicos diferentes **obrigações de contribuição** (impostos, taxas, contribuições, contribuições especiais — ver *supra* § 15 I 1⁶⁶). Estas servem à participação financeira da Administração Pública no rendimento privado, nas empresas e no consumo, e servem ainda aos fins de orientação (ver *supra* § 30), à cobertura das despesas da Administração ou, em geral, ao

financiamento da Administração econômica e à fiscalização econômica (ver *infra* § 44).

- [1](#) BGH, *NJW* 1992, 171, 173, e *NJW* 2003, 2451; Wolff/Bachof/Stober, § 23 V 2.
- [2](#) BGH, *GewArch.* 2003, 84.
- [3](#) Cf., mais detalhadamente, Schink, *NVwZ* 2002, 129 e s.; Burgi, in: *FS für Brohm*, 2002, p. 35, 40.
- [4](#) Cf., mais detalhadamente, Ehlers, *DVBl.* 1998, 497 e s.; Badura, *DÖV* 1998, 818 e s.; Moraing, *WuV* 1998, 233 e s.; Held, *WuV* 1998, 264 e s.; Enkler, *ZG* 1998, 328 e s.
- [5](#) Knemeyer/Kempen, in: Achterberg/Püttner/Knemeyer (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht II*, 2. ed., 2000, § 17; Meyer, *WuV* 2003, 57 e s.
- [6](#) RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 325 e s.
- [7](#) Berg, *WuV* 2000, 141 e s.
- [8](#) *Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/95*, p. 40.
- [9](#) Cf., mais detalhadamente, Knauff, *VR* 2005, 145 e s.
- [10](#) Cf. Pegatzky/Sattler, *NVwZ* 2005, 1376.
- [11](#) Skeptisch Stober, in: Schmidt-Trenz/Stober (ed.), *Dritter Sektor im 21. Jahrhundert*, 2006.
- [12](#) Em sentido afirmativo, Frotscher, § 3 II; Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 711 e s.; Eisenmenger, *Neuregelung des öffentlichen Unternehmensrechts*, 2004, p. 140 e s.
- [13](#) *NW LT-DS*. 12/3730, p. 106; RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 325, 329; BGH, *NJW* 2003, 586 e s.; OVG Münster, *NVwZ* 2003, 1520, com outras referências, e *GewArch.* 2005, 75; Pegatzky, *NVwZ* 2005, 1376; numa perspectiva crítica, Antweiler, *NVwZ* 2003, 1465 e s.
- [14](#) Stober, *NJW* 2002, 2366 e, em sentido afirmativo, T. Franz, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, 2005, p. 803.
- [15](#) BGH, *NJW* 1990, 2815, 2817 e 3199 e s.; BGH, *GewArch.* 1998, 389; OLG Düsseldorf, *NWVBl.* 1997, 353 e s.; OLG Hamm, *JZ* 1998, 576 e s., e ainda Otting, *DÖV* 1999, 549 e s.; Schliesky, *DVBl.* 1999, 78 e s.; Otto, *GewArch.* 2001, 361 e s.
- [16](#) Cf., sobre a situação atual da controvérsia, Otto, *GewArch.* 2001, 361 e s.; Diefenbach, *WiVerw.* 2003, 99 e s.; Ehlers, *Gutachten E zum 64. DJT* 2002, p. 87 e s.
- [17](#) OVG Münster, *NVwZ* 2003, 1520 e s.

- [18](#) Cf. OLG Düsseldorf, *NJW-RR* 1997, 1470 e s., e *DVBl.* 2001, 1283; no mesmo sentido, W. B. Schönemann, *WRP* 2000, 1008; A. Fuchs, in: *FS für Brohm*, 2002, p. 275 e s.
- [19](#) BGH, *NJW* 2002, 2645 e *NJW* 2003, 586, e BGH, *GewArch.* 2002, 322 e s.; cf. também Antweiler, *NVwZ* 2003, 1466 e s.
- [20](#) BGH, *NJW* 2003, 586.
- [21](#) Cf. Schliesky, *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 1997, p. 290 e s.; Faßbender, *NJW* 2004, 816 e s., com outras referências; *BVerfGE* 105, 252, 267 e s.
- [22](#) Köhler, *NJW* 2004, 2121 e s.
- [23](#) BGH, *GewArch.* 2003, 86, e *DVBl.* 2006, 116.
- [24](#) OVG Koblenz, *GewArch.* 1980, 339; cf. Erdmann, *DVBl.* 1998, 13 e s.; Kannengießer, *WuV* 1998, 182 e s.; Kormann/Lutz/Rührmair, *Beteiligungen von Handwerksorganisationen an privatrechtlichen juristischen Personen*, 2002.
- [25](#) *BVerwGE* 72, 73, 77; *BVerfG*, *NJW* 1987, 3175; Wolff/Bachof/Stober, § 31 III.
- [26](#) *BVerfGE*; 31, 33, 42; Gusy, “Technische Normen im Wirtschaftsverwaltungsrecht”, in: *LdRW*.
- [27](#) *BVerwG*, *DVBl.* 1991, 940.
- [28](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 31 III.
- [29](#) Cf. *BVerwGE* 62, 330, 340.
- [30](#) *BVerwG*, *NVwZ* 1991, 568; *BVerwG*, *DÖV* 1996, 963, e, sobre o direito comunitário, EuGH, *DVBl.* 2000, 337, 340; Pache, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001, p. 111.
- [31](#) OVG Schleswig, *NVwZ-RR* 1995, 393; VGH München, *NJW* 1982, 2685.
- [32](#) *BVerfGE* 84, 34, 50, 59 e s.; *BVerwGE* 91, 262.
- [33](#) *BVerwGE* 64, 238, 242; 79, 208; 82, 295, 299; OVG Berlin, *GewArch.* 2000, 338.
- [34](#) OVG Lüneburg, *GewArch.* 1982, 304.
- [35](#) VGH Kassel, *NJW* 1998, 1426.
- [36](#) VGH Mannheim, *BWVPr* 1979, 253; noutro sentido, *BVerwGE* 94, 307.
- [37](#) Pagenkopf, *GewArch.* 2000, 177 e s.
- [38](#) OVG Brandenburg, *GewArch.* 2005, 31.
- [39](#) Cf., mais detalhadamente, Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992; Wolff/Bachof/Stober, § 32 V e §§ 44 e s.; Vogler, *Der Genehmigungsanspruch*, 2000.
- [40](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 43.
- [41](#) Cf., mais detalhadamente, P. M. Huber, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht* 1991, p. 298 e s.; Schmidt, *NJW* 2002, 25 e s.; *BVerwG*, *GewArch.* 2001, 39 e s.
- [42](#) *BVerwG*, *NJW* 1997, 753, e *GewArch.* 1999, 378; *BVerwGE* 108, 369 e s.; EuGH, *DVBl.* 1999, 1494; Cf. também EGMR, *NVwZ* 1999, 57.

- [43](#) Cf., mais detalhadamente, Grünning, *VR* 1991, 8 e s.
- [44](#) BGH, *DVBl.* 2005, 848.
- [45](#) Bullinger, in: *FS für Brohm*, 2002, p. 25 e s.
- [46](#) Riemann, *Die Transparenz der Europäischen Union*, 2004; EuGH, *EuZW* 1996, 153 e s.
- [47](#) *BVerwGE* 120, 255.
- [48](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 43 IV 4.
- [49](#) Bejahend Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, p. 711 e s.; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, p. 267 e s.; OVG Münster, *NVwZ* 2003, 1520 e s., bem como *NVwZ-RR* 2005, 198, e ainda Antweiler, *NVwZ* 2003, 1467 e s.; Grooterhorst/Törnig, *DÖV* 2005, 685 e s.
- [50](#) Epping, *Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998, p. 278; Kuschel, *EuZW* 1995, 685 e s.; EuGH, *EuZW* 1996, 118; EuGH, *EuZW* 2000, 276 e 2001, 529, bem como 656; EuGH, *EuZW* 2005, 214; BGH, *NJW* 1995, 2174, para a Carta das Nações Unidas; Sack, *EuZW* 1997, 650, para as regras GATT/WTO; ver também Kreuzer, *JA* 1998, 731 e s.; Petersmann, *EuZW* 1997, 325, 650; Heselhaus, *DVBl.* 2001, 616 e s.
- [51](#) Berrisch, *EuZW* 1999, 101; Dörr, *JZ* 2005, 905, 908; Schwartmann, *Private im Wirtschaftsvölkerrecht*, 2005.
- [52](#) *BVerwGE* 104, 220 e s.
- [53](#) BGH, *NJW* 2005, 742; EuGH, *EuZW* 2004, 689.
- [54](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 31 IV.
- [55](#) *BVerwG*, *NJW* 1988, 729.
- [56](#) *BVerwG*, *NJW* 1997, 753.
- [57](#) *BVerwG*, *NJW* 1990, 400.
- [58](#) Ver nota na p. 55.
- [59](#) Wolff/Bachof/Stober, § 51 V 3.
- [60](#) *BVerwG*, *NJW* 1997, 753.
- [61](#) *BVerwGE* 105, 55 e s.
- [62](#) VGH Mannheim, *NVwZ-RR* 2001, 159 e s.; OVG Lüneburg, *NJW* 2003, 531 e s.
- [63](#) *BVerwGE* 84, 86 e s. e 322, 334; OVG Weimar, *GewArch.* 2002, 325 e s.
- [64](#) *BVerwGE* 48, 63 e s.; OVG Bremen, *DVBl.* 1994, 767; cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 31 V.
- [65](#) OVG Bremen, *DVBl.* 1994, 767 e s.
- [66](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 42.

§ 34. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. O ato administrativo econômico no sistema das formas de atuação

Quando as autoridades de administração econômica atuam perante os sujeitos econômicos de direito público, está à sua disposição um amplo *instrumentarium* de formas de atuação, que se encontra regulado, em certa medida, nas **leis de procedimento administrativo** da Federação e dos Estados federados¹.

Enquanto para o direito privado da economia o contrato é a forma típica de atuação, no centro da prática do direito administrativo econômico está a atuação da autoridade através de atos administrativos, como habitualmente, quantitativamente e qualitativamente. Os reconhecimentos do instituto das **relações jurídicas de direito administrativo econômico**² são apenas pouco alterados nesta posição dominante do ato administrativo, porque esta forma de atuação também é indispensável, no futuro, para a prossecução das funções de fiscalização econômica, de direção econômica e de fomento da economia. No entanto, desenha-se, especialmente sob a influência do direito comunitário, uma progressiva evolução da atuação administrativa unilateral para a atuação administrativa cooperante, da atuação administrativa de prestação para a atuação administrativa de garantia, da atuação administrativa repressiva para a atuação administrativa preventiva, da atuação administrativa dos Estados-membros para a atuação administrativa europeia, da atuação administrativa formal para a atuação administrativa informal, da atuação administrativa definitiva para a atuação administrativa provisória, da atuação administrativa de direito público para a atuação administrativa direito privado e da atuação administrativa do Estado para a atuação administrativa privatizada³.

II. Conceito e sistematização dos atos da administração econômica

1. Características do ato administrativo

A forma de atuação “ato administrativo” apresenta, a par do **significado material** para aqueles que por ele são atingidos, **marcas jurídico-procedimentais e processuais**. De forma especial, a proteção jurídica aprecia-se pela existência de um ato administrativo (procedimento de recurso, nos termos dos §§ 68.º e s. da VwGO — ver *infra* § 38 II 2 —, procedimento de recurso, nos termos do § 42.º da VwGO). Por isso, é decisiva a questão de saber se estão preenchidos os diferentes elementos do conceito de ato administrativo previsto no § 35.º do VwVfG, os quais possuem função de delimitação⁴.

Os atos administrativos devem surgir no âmbito do **direito público**. Deve tratar-se de medida de uma autoridade administrativa, no sentido do § 1.º, n. 4, do VwVfG.

Exemplos: Departamento Federal da Economia, Autoridade de Ordenação Industrial, repartição de finanças.

Os atos administrativos regulam, em geral, **casos concretos**.

Exemplos: Autorização de exploração industrial, proibição de exploração industrial, concessão de subvenções.

Dos atos administrativos que regulam casos concretos devem ser distinguidas as chamadas **disposições gerais**, nos termos do § 35.º, frase 2, do VwVfG.

Exemplos: Afetar imóveis rústicos municipais a uma praça de mercado; licenças-tipo; formas de instruções dirigidas a músicos de rua⁵; proibição de venda de determinados produtos; § 54.º, n. 2, do LFGB; § 55.º, n. 2, do TKG, para a atribuição de frequências.

Os atos administrativos devem conter uma **regulação** dotada de efeito jurídico direto, dirigido para o exterior. Mediante este critério verificamos se a medida modifica a posição jurídica dos atingidos. Esta característica serve, por exemplo, à delimitação do ato administrativo em face de simples atuações puramente internas da Administração.

Exemplo: É duvidosa a questão de saber se tem caráter de regulação uma comunicação de uma câmara (ordem profissional) que contém a intenção de anulação de um registro de um empresário industrial de manufatura⁶. Não é

claro o caráter de regulação de uma advertência de direito público⁷ ou de uma admoestação (§ 25.º, n. 1, frase 2, do GüKG).

2. Ato administrativo e direito comunitário

A **Comissão Europeia** emite atos administrativos econômicos na forma de **decisões**, por força do art. 249.º do Tratado da CE. Por conseguinte, o procedimento orienta-se pelos termos do art. 250.º do Tratado da CE⁸. As decisões têm os efeitos de um ato administrativo nacional, sem que para isso necessitem da cooperação dos Estados-membros.

Exemplo: Decisão sobre a legitimidade de ajudas, nos termos dos arts. 87.º e 88.º do Tratado da CE, combinado com o art. 7.º do Regulamento do Procedimento de Atribuição de Subvenções.

O caso normal é que o direito comunitário seja executado pelo direito procedimental nacional (ver *supra* § 13 IV). No entanto, o direito comunitário pode, com base no primado de aplicação, modificar o procedimento administrativo e impor um controle da compatibilidade com o Tratado da CE. Por conseguinte, desenha-se uma tendência para a **responsabilidade comunitária das formas de atuação e de procedimento**⁹.

Exemplos: Direito da técnica genética, direito das telecomunicações e direito dos géneros alimentícios (ver volume II, § 53 III e § 51 III 5 e VI)¹⁰.

Especialmente os arts. 4.º e seguintes do Código Aduaneiro da União Europeia, criado à imagem do § 35.º do VwVfG, demonstra que o ato administrativo é reconhecido como forma de atuação comunitária¹¹. Simultaneamente, o **princípio do reconhecimento recíproco** garante que os atos administrativos nacionais se apliquem dentro da Comunidade e, assim, produzam efeito extraterritorial¹² (os chamados **atos administrativos transnacionais** — ver *supra* § 9 III 2 e § 16).

Exemplos: Admissão de negócios bancários de empresas estrangeiras, nos termos do § 53b do KWG; licença comunitária, nos termos do § 5.º do GüKG.

3. Para a prática dos atos de administração econômica

Os atos de administração econômica devem ser classificados, devido aos efeitos jurídicos a eles associados, em diferentes categorias¹³, que no entanto só de forma selectiva podem ser referidos.

Consoante o efeito jurídico, limitativo ou ampliativo, de um ato administrativo na esfera jurídica dos destinatários, deve ser feita a distinção, nos termos do § 48.º, n. 1, do VwVfG, entre atos administrativos desfavoráveis e favoráveis, bem como entre atos administrativos de efeito duplo. Os atos administrativos **desfavoráveis** interferem na posição jurídica do cidadão económico (por exemplo, autorização-recusa e autorização-privação). Os atos administrativos **favoráveis** melhoram a posição jurídica dos destinatários (por exemplo, a autorização, a emissão de licenças ou a atribuição de subvenções). Os atos administrativos de **efeito duplo** tanto produzem efeitos jurídicos desfavoráveis como efeitos jurídicos favoráveis. Quando o efeito duplo assenta exclusivamente em posições jurídicas dos destinatários da disposição, falamos de ato administrativo **misto** (por exemplo, a emissão de autorização de exploração de um restaurante, acompanhada de uma cláusula acessória desfavorável). Pelo contrário, se os efeitos desfavoráveis e favoráveis de um ato administrativo se distribuírem pelos destinatários e por terceiros, estamos perante um chamado **ato administrativo com efeito para terceiros** (por exemplo, a decisão sobre o trabalho aos domingos para empregadores e trabalhadores)¹⁴.

Finalmente, os atos administrativos também devem ser delimitados entre si sob o aspecto dos vícios. Ao contrário dos atos administrativos **legais**, os atos administrativos **ilegais** contrariam o direito vigente no momento da sua prática, incluindo o direito comunitário (ver *infra* § 34 III 3). Estes atos podem, nos termos do § 42.º do VwVfG, ser anulados quando se verificarem determinados pressupostos. Os atos administrativos **irregulares** assentam num vício manifesto de escrita ou de cálculo. Nos termos do § 42.º do VwVfG, estes atos podem ser corrigidos. Os atos administrativos são nulos quando se verificarem os pressupostos do § 44.º do VwVfG¹⁵.

Por vezes, os **vícios** são **irrelevantes**, se eles puderem ser sanados com base no § 45.º do VwVfG ou apenas conduzirem à prorrogação do

prazo nos termos do § 58.º da VwGO.

III. Licenças de direito administrativo econômico

1. Licenças de caráter real e pessoal

Qualidade de ato administrativo têm sobretudo as autorizações, as concessões e as licenças. Estas desempenham, no direito administrativo econômico, um papel muito importante, porque, em numerosos casos, o legislador faz depender de uma **admissão** a adoção e o exercício de determinadas atividades economicamente relevantes (ver *supra* § 29 III e volume II § 46 II e III)¹⁶. No § 50.º do EATUGB fala-se de controle **de abertura**. As licenças têm um efeito legalizador e dão, com isto, às empresas, **segurança nos seus planos** (ver *infra* § 34 V). As licenças necessárias para a adoção de atividades de direito administrativo econômico podem ser tipificadas por intermédio de critérios que estão previstos como pressupostos de licenciamento nas leis em concreto. Trata-se aqui de critérios relativos a coisas e relativos a pessoas.

Na **licença real** é autorizada uma coisa enquanto tal (por exemplo, a constituição e a exploração de uma instalação, no sentido do § 4.º do BImSchG) ou um produto (ver o volume II, § 46 II)¹⁷. A licença diz respeito apenas à instalação material, à situação local e à característica dos locais empresariais etc. A licença é emitida sem tomar em consideração a pessoa do seu detentor. Trata-se de uma **autorização material**. Isto significa que a atribuição material tem efeitos a favor e contra o sucessor jurídico. Nos últimos tempos, assiste-se a uma ampliação dos fins de proteção abarcados pela licença.

No caso da **licença pessoal**, a autorização é emitida a uma pessoa determinada (ver volume II, § 46 III)¹⁸. A autorização só produz efeitos, favoráveis e desfavoráveis, para esta pessoa. O sucessor jurídico que assume a exploração da empresa necessita de uma nova concessão pessoal. A **autorização puramente pessoal** liga-se exclusivamente aos elementos pessoais do explorador industrial (idoneidade, experiência, capacidade econômica de prestação, no sentido do § 3.º do GüKG). A **autorização relativa a um espaço** liga-

se a elementos pessoais e materiais. Se for iniciada uma atividade econômica necessitada de licenciamento sem a respectiva licença, a continuação da exploração poderá ser impedida (a chamada **ilegalidade industrial formal** — ver volume II, § 46 I 8¹⁹⁾²⁰.

2. Procedimento administrativo

a. Procedimento administrativo geral

A decisão sobre uma licença de direito administrativo econômico é habitualmente precedida de um **procedimento administrativo geral**, nos termos dos §§ 9.º e seguintes do VwVfG. Este procedimento administrativo geral só é legal se estiverem preenchidos determinados pressupostos formais, regulados nos §§ 37.º e seguintes do VwVfG. Por outro lado, a conformação do procedimento de licenciamento e/ou administrativo é regulada, por vezes, nas **leis de direito administrativo econômico**, as quais têm precedência, como regulações especiais que são, sobre as normas do VwVfG.

Exemplos: Os §§ 11.º e seguintes do PBefG e o § 9.º da BImSchVO regulam o procedimento de licenciamento e os §§ 97.º e seguintes do GWB regulam o procedimento de concessão (ver *infra* § 37).

Na sequência da progressiva integração europeia, o procedimento administrativo é, não obstante a autonomia procedimental de princípio dos Estados-membros, cada vez mais, alterado e dominado pelas normas jurídicas comunitárias²¹. Esta mudança também tem efeitos terminológicos, como revela a frequente utilização de conceitos estrangeiros no direito administrativo econômico alemão: “**procedimento de notificação**”, “**procedimento de registro**” e “**certificação**”²².

Exemplo: Notificação de ajudas e licença, nos termos do art. 87.º do Tratado da CE, em combinação com o Regulamento de Procedimento de Subvenções da CE (ver o volume II, § 55)²³.

Por outro lado, o direito de procedimento administrativo é influenciado por normas da OMC, que produzem efeitos em numerosos procedimentos de direito comunitário e dos Estados-membros.

Exemplos: Procedimento aduaneiro, procedimento de subvenções, procedimento de gêneros alimentícios²⁴.

b. Procedimento administrativo de risco e de concessão como procedimento administrativo especial

Independentemente do fato de os procedimentos de direito administrativo econômico não serem estruturados segundo padrões uniformes (ver *infra* § 37, para o procedimento de concessão na atribuição de funções), devemos fazer a distinção, no quadro da importância crescente da divisão do direito administrativo econômico do risco (ver *supra* § 29 I 5, § 29 IV 4e, § 31 I 2), entre procedimento administrativo em geral e procedimento administrativo do risco, os quais fazem exigências específicas na conformação do procedimento.

Exemplos: Procedimento administrativo nos domínios do direito dos produtos químicos, direito dos gêneros alimentícios, direito dos medicamentos, direito da segurança dos aparelhos e direito da segurança dos produtos, direito da técnica genética e direito das subvenções.

Aqui os conceitos de análise do risco, de avaliação do risco, de orientação do risco e de gestão do risco desempenham um papel de destaque. O **procedimento administrativo do risco** tem a função de permitir à Administração a tomada de decisões exequíveis, não obstante faltarem provas empíricas para as relações causa-efeito e não obstante a previsibilidade ser indeterminada²⁵. Generalizando, com base no exemplo do direito da técnica genética, são característicos, entre outros, os seguintes passos procedimentais:

- aconselhamento da autoridade na antecâmara do procedimento administrativo (§ 2.º do GenTVfV);
- obrigação de averiguação e de avaliação (§ 6.º do GenTG);
- nomeação de um diretor de projeto e de um delegado para a segurança biológica (§ 6.º, n. 4, do GenTG);
- avaliação do risco pela autoridade (§§ 11.º e 12.º do GenTG);
- reunião central dos dados (§ 29.º do GenTG);
- tomada de posição da Comissão Central de Segurança Biológica (§§ 5.º e 7.º do GenTG);
- obrigações de vigilância do explorador (§ 6.º, n. 3, do GenTG);

- adaptação da primeira decisão (§§ 6.º e s., e 16.º do GenTG).

Por vezes, a admissão de determinadas atividades de direito administrativo econômico depende de um procedimento de hasta pública ou de concurso público, para o qual vigoram determinados princípios. Com este procedimento especial, a autoridade deve descobrir quem está mais apto para fazer uso eficiente da autorização atribuída. Por isso, a autoridade tem de fixar com detalhe, na fase preparatória, as regras e os critérios.

Exemplo: § 61.º do TKG.

c. Princípios de procedimento

O procedimento administrativo econômico é caracterizado por numerosos **princípios de procedimento**, que não podemos aqui analisar pormenorizadamente²⁶. Contudo, os passos procedimentais fixados por lei apenas refletem o decurso externo do procedimento. A par deste, existem etapas de procedimento **informal**²⁷.

Em geral, os atos administrativos econômicos devem, para ser legais, satisfazer exigências formais e materiais. Os **vícios de forma** baseiam-se no modo do surgimento, no procedimento e na forma. Os **vícios materiais** dizem respeito ao conteúdo de regulação do ato administrativo. Daí resulta o **esquema de controle**, que em princípio é válido não só para as licenças, mas também para as recusas e para as proibições.

3. Legalidade dos atos de administração econômica

a. Legalidade formal

aa. Competência:

- em razão do território (§ 3.º do VwVfG; § 3.º, n. 7, do GüKG);
- material (Código Industrial ou IHK);
- funcional-hierárquica (Código Industrial, autoridade de controle industrial).

bb. Normas de procedimento e de colaboração:

- participação de envolvidos e de terceiros atingidos (§§ 13.º e s. do VwVfG, § 10.º do BImSchG);
- cooperação do cidadão econômico através de requerimento (§ 35.º, n. 6, da GewO; § 11.º, n. 1, do GenTG) ou de audiência (§ 28.º do VwVfG, § 14.º do PBefG); concretização do *dossier* de requerimento (§ 54.º, n. 3, do LFGB);
- cooperação de outras autoridades (§ 35.º, n. 4, da GewO, § 14.º do PBefG, § 3.º, n. 5a, do GüKG) ou de comissões especiais (§ 7.º do FilmföG);
- cooperação de instituições comunitárias (art. 87.º do Tratado da CE²⁸ e § 16.º, n. 3, do GenTG);
- controle da suportabilidade ambiental (§ 1.º, n. 2, do BImSchG);
- advertência antes da recusa (§ 25.º, n. 1, frase 2, do PBefG) ou ameaça antes da revogação (§ 12.º, n. 2, segmento 3, do WHG).

cc. **Normas sobre a forma** (§ 37.º, n. 2, do VwVfG, § 3.º do GastG, § 3.º, n. 3a, do GüKG, § 10.º, n. 7, do BImSchG) e **normas sobre o conteúdo** (§ 17.º do PBefG, § 21.º, n. 9, da BImSchVO).

dd. **Determinação do conteúdo** (§ 37.º, n. 1, do VwVfG).

ee. **Fundamentação** (§ 39.º do VwVfG, § 15.º do PBefG, § 73.º, n. 3, da VwGO).

ff. **Observância dos prazos** (§ 54.º, n. 3, do LFGB).

gg. **Publicação e meios de impugnação** (§§ 41.º, 43.º do VwVfG, § 15.º do PbefG, § 10.º, n. 7, do BimSchG, § 73.º, n. 3, da VwGO).

b. Legalidade material

aa. Fundamento jurídico:

- verificação de um fundamento jurídico, por exemplo no caso de atribuição de subvenções ou de uma norma de competência (ver *supra* § 7 I e § 25 II);
- eficácia do fundamento jurídico (constitucionalidade da norma);

- verificação dos pressupostos de fato da decisão (subsunção da situação de fato ao fundamento jurídico; observância dos deveres, nos termos do § 5.º do BImSchG);
- correta aplicação e interpretação dos fundamentos jurídicos (correto preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados e de espaços de apreciação e correto exercício da discricionariedade — *ver supra* § 33 II).

bb. **Destinatário certo e possibilidade de atuação material e jurídica** (§ 5.º, n. 1, segmento 4, do BImSchG).

cc. **Conformidade com o direito constitucional material, com a proporcionalidade** (*ver supra* § 7.º IV), **respeito pela autovinculação, conformidade com os direitos fundamentais** (*ver supra* §§ 19.º e s.).

dd. **Conformidade com o direito comunitário material** (*ver supra* § 2 IV 3).

Em certos casos, o conteúdo da decisão de licenciamento é estabelecido pela lei.

Exemplos: § 17.º do PBefG, § 11.º da *Gentechnik-VerfahrensVO*.

4. Procedimento formal e por etapas

Para determinadas instalações ou projetos, são obrigatórios **procedimentos de licenciamento formais** especialmente onerosos que, por vezes, são ajustados na forma da chamada fixação do plano. Estes procedimentos também são caracterizados como “licenças de empresas com impacto no direito da planificação” (*ver volume II, § 46 II 3*)²⁹.

Exemplos: Procedimento de licenciamento, nos termos dos §§ 10.º e seguintes do BImSchG, em conjunto com os §§ 4.º e 9.º da BImSchVO; admissão de instalações de eliminação de resíduos, nos termos do § 31.º do KrW/AbfG; procedimento de licenciamento, nos termos do §§ 6.º e seguintes do LuftverkehrsG³⁰.

No que respeita à onerosa marcha do procedimento, as leis de licenciamento preveem, frequentemente, uma divisão por etapas do procedimento. A licença por fases ou por partes corresponde às necessidades da prática econômica e aos interesses gerais, porque se atinge um paralelismo de procedimentos e porque ainda podem ser

levados em consideração progressos da ciência e da técnica³¹. O procedimento por fases de licenciamento visa, por um lado, criar segurança ao destinatário da licença e ao investidor, porque é decidido de forma definitiva, no âmbito da respectiva permissão, quanto à suscetibilidade de licenciamento. Por outro lado, o procedimento faseado de licenciamento visa resolver situações complexas de licenciamento em passos parciais, sem que se perca de vista a capacidade de licenciamento do projeto global³². As decisões têm lugar com base num juízo global positivo e provisório. Dois instrumentos estão à disposição: a licença parcial e a pré-decisão.

Exemplos: §§ 8.º e 9.º do BImSchG; § 7a do AtomG; § 8.º, n. 3, do GenTG; § 57b do BBerGG; § 13.º do UVPG.

A licença parcial é a licença de uma parte do projeto, por conseguinte, de um capítulo da construção ou da edificação de uma instalação, a qual tem, pois, de ter lugar ligada à licença de exploração³³. A pré-decisão é a decisão sobre um pressuposto em concreto de uma licença (por exemplo, sobre o local).

Do ato administrativo e da pré-decisão devemos distinguir o **ato administrativo provisório**, que no direito de fiscalização econômica também é usualmente chamado de “admissão do início antecipado”.

Exemplos: § 33.º do KrW/AbfG; § 9a do WHG; § 11.º do GastG; § 8a do BImSchG.

Também noutros domínios — sobretudo no âmbito do direito de fomento econômico — há a necessidade econômica desta figura jurídica, porque, por exemplo, as subvenções econômicas têm de ser rapidamente aprovadas no caso de se destinarem a atingir o seu fim³⁴. Esta forma de atuação pode ser qualificada de ato administrativo com conteúdo de regulação limitado no tempo, porque estes atos emanam antes de ser efetuada uma averiguação definitiva de fato e de direito e sob a reserva de controle posterior e de uma decisão definitiva³⁵. Estes atos encerram, assim, um elevado risco empresarial, mas em face deste está um benefício de maior celeridade. Assim, sobre o requerente recai o ônus de prova. Ele não goza de qualquer proteção da expectativa e

não pode invocar o desaparecimento de um enriquecimento. A Administração é desonerada de um risco de prazo³⁶.

5. Práxis de licenciamento e exigências da economia

A apresentação do procedimento de licenciamento pode dar a impressão de que um cidadão que quer desenvolver uma atividade econômica apenas tem de percorrer um procedimento de licenciamento (**licença global**). Na realidade, vigora a exigência de **licenças paralelas** para o mesmo processo econômico e para a mesma situação de vida, que deve ser apreciada de maneira uniforme. Geralmente, são necessárias **diversas licenças** para as empresas e para as instalações que, em princípio, estão umas ao lado das outras e que, por conseguinte, têm de ser requeridas separadamente (**princípio da separação ou princípio da acumulação**), embora as diferentes licenças possam ter efeitos vinculativos³⁷.

Exemplos: Da licença de utilização da propriedade para a exploração de um restaurante, através da emissão de uma licença de construção, não se segue que é dispensável uma autorização nos termos da Lei dos Restaurantes e vice-versa³⁸. Para montar um balcão de vendas na via pública é necessário obter previamente uma licença de utilização privativa do domínio público³⁹.

Por isso, é louvável que, em certos casos, o legislador tenha previsto a substituição de outras decisões ou a chamada **concentração de licenças**. Assim, no caso de certas licenças, a lei prevê que elas substituem ou abarcam todas as outras ou diferentes outras licenças. Contudo, também é referido o efeito dilatatório. A concentração de licenças desencadeia, simultaneamente, uma concentração de competências, no sentido de uma “*one stop agency*” próxima da economia⁴⁰.

Exemplos: § 13.º do BImSchG; § 75.º, n. 1, do VwVfG; §§ 57a e 57b, n. 3, do BBerGG.

Não obstante esta e outras simplificações administrativas, são criticados na práxis econômica o excessivo **formalismo** e a **demora** do procedimento administrativo⁴¹. Esta conformação burocrática é contrária ao princípio da **economia de procedimento**, consagrado no §

10.º, frase 2, do VwVfG, sendo que os controles de suportabilidade ambiental ainda reforçam a problemática⁴². Por conseguinte, devemos lembrar que também a economia é orientada para o procedimento administrativo célere, não complicado, previsível e flexível e para a rápida atuação administrativa. Neste âmbito, devem ser consideradas as máximas do **fator localidade**, do fator concorrência, do fator tempo (alterações do ciclo de inovação) e do fator custos. Por outro lado, devem ser respeitados os direitos fundamentais, os quais podem vir a ser depreciados por uma duração excessiva do procedimento⁴³. Por isso, a Administração deve adaptar-se ao ritmo da economia e agir ali de forma orientada à procura, cooperante e célere, em que o processo de adaptação econômica e de desenvolvimento é impedido por um procedimento administrativo complexo e lento⁴⁴. Neste âmbito, **cláusulas de experiência e de comprovação** podem desempenhar um papel significativo no desenvolvimento.

Exemplos: § 13.º da GewO, § 32.º do GastG, § 2.º, n. 7, do PBefG.

Esta problemática também foi reconhecida pela Comissão Europeia, que apresentou, em 13 de janeiro de 2004, uma **proposta de diretiva sobre a prestação de serviços no mercado interno**, a qual visava a **eliminação de obstáculos à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços** (ver *supra* § 9 VI 3).

6. Aceleração do procedimento e privatização do procedimento

Nos últimos tempos, o tema **aceleração do procedimento** tem ocupado intensamente numerosas comissões de peritos e a comunidade científica⁴⁵, que propuseram diversas soluções diferentes. Também o legislador aproveitou as críticas para proceder a diversas reformas no sentido da aceleração do procedimento⁴⁶. Uma baliza é constituída, especialmente, pelas normas de procedimento dos §§ 71a e seguintes do VwVfG, introduzidas no ano de 1996, que se ocupam da rápida execução de projetos no quadro de uma **“operação econômica do requerente”**. Os diferentes modelos de procedimento, baseados no princípio da cooperação, visam garantir novos impulsos

administrativos para as licenças que são relevantes do ponto de vista dos investimentos e do ponto de vista do território econômico da Alemanha⁴⁷. O capítulo introduzido no VwVfG é um corpo estranho na estrutura desta lei, que no mais é considerada, deliberadamente, em geral e tecnicamente, neutra. Simultaneamente, a revisão é insuficiente, porque não se aplica às admissões de profissões e aos procedimentos de fixação de planos. Ela limita-se apenas a aspectos parciais do procedimento e nada diz, abstraindo da solução de preclusão prevista no § 71d, n. 2, do VwVfG, sobre as sanções no caso de inobservância das normas. Também no direito de procedimento das subvenções a iniciativa de aceleração passou, até o presente, sem deixar rastro⁴⁸.

7. Potencial de aceleração do procedimento

Se examinarmos minuciosamente os potenciais de aceleração e de simplificação dos pontos de vista lógico-sistemáticos, então resulta a seguinte sequência de controle:

- controle da questão de saber se é, em geral, necessária uma licença para determinadas situações de fato econômicas. Não seria este o caso se fosse suficiente um procedimento de **anúncio, de registro, de inscrição, de notificação** ou uma autofiscalização (ver *supra* § 29 IV 3), ou se fosse de considerar uma **solução de garantia**⁴⁹. **Uma aceleração adicional pode ser alcançada através do procedimento eletrônico** (§ 14.º, n. 4, frase 3, da GewO)⁵⁰;
- controle da questão de saber se não poderão ser reduzidas as **exigências de procedimento**, por ele poder ser reconduzido aos resultados de outro procedimento;

Exemplo: Transferência dos resultados de controle de exploração ambiental ou de um controle de gestão da qualidade para outras licenças (§ 58e do BImSchG, § 21h do WHG, § 55a do KrW/AbfG; § 4, n. 1, 9a da BImSchVO)⁵¹.

- controle da possibilidade de uma licença geral, no sentido do § 6.º, n. 2, do BimSchG;

- controle da questão de saber se não serão suficientes licenças-tipo, nos termos do § 33.º, combinado com o § 4.º, n. 1, frase 3, do BImSchG⁵². Estas licenças são adequadas a projetos, produtos e instalações suscetíveis de standardização. No entanto, elas não se aplicam no caso de haver necessidade de serem controlados pressupostos individuais de localização ou de produtos;
- controle da questão de saber se não poderá ter lugar o **modelo de prazo**. Segundo este modelo, o procedimento deve ser concluído, por exemplo, nos termos do § 71b do VwVfG, no prazo adequado e a licença deve ser emitida dentro de um determinado prazo (§ 10.º, n. 6a, do BImSchG; § 47a, n. 3, do LMBG; § 27.º do AMG, § 11.º, n. 6, e § 16.º, n. 3, do GenTG). No entanto, este instrumento cai no vazio quando o prazo não é respeitado e a licença não é emitida tacitamente — como acontece no § 15.º, n. 1, frase 5, do PBefG e no § 15.º, n. 2, frase 2, do BImSchG (**ficção de licença**)⁵³;
- controle da questão de saber se não deverá ser introduzido um **procedimento-estrela**, no sentido do § 71d do VwVfG. Segundo este procedimento, a autoridade competente deve, simultaneamente e mediante fixação de prazo, envolver todos os titulares de interesses públicos relevantes (**coordenação do procedimento**), para alcançar um processamento paralelo do requerimento. Complementarmente, deve ser considerada a convocação de uma **conferência de requerimento**, nos termos do § 71e do VwVfG e do § 5.º do UVPg (**procedimento *scoping***), sob a direção de um gestor de procedimento⁵⁴;
- controle da questão de saber se, sob o ponto de vista da **privatização do procedimento**, podem ser integrados peritos externos. Este tipo de privatização caracteriza-se pelo fato de as pessoas privadas darem contributos para os diferentes passos do procedimento ou influenciarem todo o procedimento administrativo, inclusivamente a decisão final. Este modelo de procedimento⁵⁵, que também está previsto no § 89.º do UGB-

KomE, pode ter lugar pela intervenção de diferentes auxiliares de procedimento.

Verifica-se uma privatização tradicional do procedimento nos casos da **concessão** e da **assistência administrativa** (ver *infra* § 40). Novas formas são o **perito ambiental**, no quadro do controle industrial do ambiente, bem como os peritos externos, como delegados e como **gestores de projetos** e como **mediadores** (§ 124.º do TKG, § 45.º do LFGB)⁵⁶.

Independentemente destas reflexões, devemos ter em consideração que as **obrigações de orientação** da Administração econômica em face do cidadão econômico só rudimentarmente estão desenvolvidas e que devem ser reformuladas (ver *supra* § 31 VI)⁵⁷. Assim, não é suficiente o direito de informação das autoridades sobre as possibilidades de redução e da aceleração do procedimento, como está previsto no § 71c do VwVfG. Pelo menos aos “fundadores existenciais” e às pequenas empresas devem ser atribuídos direitos de esclarecimento, de aconselhamento, de informação e outros direitos de procedimento, tal como estão previstos no direito social (ver *infra* § 39 I)⁵⁸. Só deste modo poderá ser reduzido o poder excessivo da Administração, contrabalançada a relação entre grandes e pequenas empresas e ativado o papel servidor da Administração.

8. Cláusulas acessórias

Os atos da Administração econômica não são, geralmente, emitidos de forma ilimitada. Se assim fosse, a complexidade do objeto de regulação não poderia ser, na prática, tomada em consideração. Antes pelo contrário, muitas leis de Administração econômica preveem que os atos administrativos possam ser acompanhados de **cláusulas acessórias**⁵⁹. Estas cláusulas servem à orientação detalhada dos atos da Administração econômica e permitem um tratamento flexível pela Administração. Na falta de uma regulação expressa da lei, apenas são lícitas, nos termos do § 36.º, n. 1, do VwVfG, cláusulas acessórias nos atos administrativos favoráveis relativamente aos quais há um **direito** (por exemplo, a maioria das autorizações de indústria) se dessa forma

se visar assegurar o cumprimento dos pressupostos legais do ato administrativo. Assim, a recusa de uma licença ou a anulação de uma licença já emitida pode ser evitada através de cláusulas acessórias⁶⁰.

Exemplo: É emitida uma autorização para o exercício da indústria de leilões acompanhada da indicação de que o requerente deve provar que tem os conhecimentos necessários exigidos pelas normas sobre as transações de imóveis (§ 34b, n. 4, da GewO).

Se a emissão de um ato administrativo estiver na discricionariedade funcional da autoridade (ver *supra* § 33 II 3), o ato administrativo pode ser acompanhado de cláusulas acessórias, na medida em que estas cláusulas não vão contra o fim da autorização. Por conseguinte, deve existir uma relação material entre o ato administrativo e a cláusula acessória.

Exemplo: Um projeto de investigação é subvencionado com a indicação de que, no caso de não realização do projeto, o subsídio deverá ser devolvido dentro de um prazo razoável.

Enquanto as condições, os termos, as reservas de revogação e as reservas de licenciamento limitam no tempo, os modos atingem o conteúdo da licença (modo modificativo) ou uma obrigação que vai para além disso (modo autónomo). Os modos *a posteriori*, por exemplo, no sentido do § 17.º do BImSchG, têm em vista a conservação da licença ou a adaptação à respectiva evolução.

9. Normas fundamentais de uma efetiva gestão de licença

Do ponto de vista do cidadão económico requerente, devem ser respeitadas, no interesse de um procedimento de licenciamento efetivo, especialmente, as seguintes normas fundamentais escalonadas no tempo:

- integral preparação, interna à empresa, do projeto de licenciamento e **criação de um gestor do projeto** (que normas e prazos devem ser respeitados? Quais as autoridades competentes? Que licenças já foram emitidas?);
- **chamamento ao procedimento de peritos e conselheiros externos** à empresa;

- estabelecimento de **contatos informais com a autoridade de licenciamento** (obtenção de informações sobre o procedimento de licenciamento, o seu decurso e os documentos necessários, clarificação de questões prévias e técnicas);
- **inclusão dos terceiros atingidos** pelo projeto de licenciamento (clarificação de questões com os vizinhos);
- **conferência preparatória** com todos os serviços participantes no projeto de licenciamento;
- **apresentação de requerimento e conferência de pedido**, persistência num procedimento em estrela, ou seja, de uma coordenação de procedimento;
- controle **da licença**, inclusivamente das cláusulas acessórias, respeito pelos prazos de impugnação.

IV. Anulação e extinção de atos da Administração econômica

Da emissão de um ato administrativo devem ser distinguidas a **anulação** e a extinção, como realidades opostas. Leis especiais, tal como os §§ 48.º e seguintes do VwVfG subsidiariamente aplicáveis, referem numerosas razões para a eventual eliminação de um ato administrativo. Por um lado, os atingidos podem confiar inteiramente em que, uma vez que lhes seja concedida a licença, irão mantê-la. Isto é importante, especialmente para as autorizações econômicas e para as concessões de subvenções, uma vez que elas desencadeiam, a longo prazo, “disposições” (*Dispositionen*) econômicas que devem ser asseguradas através de licenças. Por outro lado, a Administração deve atuar em conformidade com a lei. Este conflito impõe uma ponderação dos interesses e pode conduzir à anulação do **efeito legalizador do ato administrativo**⁶¹.

Se um **ato administrativo legal** tiver de ser extinto, então ele deverá ser revogado, nos termos do § 49.º do VwVfG. As **previsões da revogação** encontram-se em leis especiais, incluindo as leis que regulam a emissão do ato administrativo.

Exemplos: § 15.º do GastG; § 21.º do BImSchG; § 3.º, n. 5, do GüKG.

A revogação pode ter por efeito desencadear um **direito de indenização** que, nos termos do § 49.º, n. 6, do VwVfG, dirige-se à reparação do **dano de expectativa** (o chamado interesse negativo).

A caracterizada “revogação anulatória” de atos administrativos ilegais está igualmente regulada tanto em lei especial como subsidiariamente no § 48.º VwVfG.

Exemplos: § 15.º do GastG; § 25.º do PBefG; § 35.º do KreditwesenG.

É problemática a revogação de atos administrativos favoráveis que não assentam em prestações em dinheiro ou em espécie. Nos termos do § 48.º, n. 3, do VwVfG, estes atos são livremente revogáveis. Por conseguinte, enquanto no caso de prestações em dinheiro ou em espécie é, por vezes, garantida a validade, aqui há apenas a proteção do património⁶².

A “ilegalidade”, no sentido do § 48.º do VwVfG, significa **ilegalidade jurídica externa**. Ela é questionável na atribuição de subvenções por meio de normas internas da Administração, que apenas podem ter efeito interno (ver *supra* § 15 I 5)⁶³.

A revogação propriamente dita e a revogação anulatória do ato administrativo desencadeiam, nos termos do § 49a do VwVfG, um **direito de reparação** e um **direito a juros**. Relativamente ao âmbito da reparação, é feita remissão no § 49a, n. 2, do VwVfG para os §§ 812.º e seguintes do BGB⁶⁴. A prestação de reparação deve ser fixada, nos termos do § 49a, n. 1, frase 2, do VwVfG, por ato administrativo escrito⁶⁵.

Por razões de segurança jurídica e de proteção da expectativa, a autoridade tem, nos termos do § 48.º, n. 4, e do § 49, n. 2, do VwVfG, de tomar uma decisão dentro de um ano após a tomada de conhecimento das razões que conduzem à anulação⁶⁶. As decisões estão, na sua globalidade, na **discricionariedade** (ver *supra* § 33 II 2)⁶⁷, na medida em que não existam quaisquer regulações especiais ou o direito comunitário não obrigue a outra interpretação.

A par da anulação, pode ocorrer, eventualmente, no direito de licenciamento, a **caducidade** determinada por lei, conducente à supressão de um ato administrativo⁶⁸. Isto se aplica, antes de mais

nada, quando o objeto da licença não é implementado, ou seja, quando não foi feito uso da licença dentro do prazo estabelecido.

Exemplos: § 49.º, n. 2, da GewO; § 8.º do GastG; § 18.º do BImSchG; § 26.º do PBefG; § 27.º do GenTG.

[1](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, §§ 44 e s.

[2](#) Cf. Wolff/Bachof/Stober, § 32 V, §§ 44 e s.

[3](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 44 I 3.

[4](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 45.

[5](#) VGH Mannheim, *GewArch.* 1986, 365.

[6](#) Em sentido afirmativo, mas sem fundamentação convincente, BVerwG, *DVBl.* 1991, 946.

[7](#) Em sentido afirmativo, VG Frankfurt, *NJW* 2004, 1059, para o § 36, n. 2 KW; cf. também Rädler, *NVwZ* 2000, 1260.

[8](#) Cf. EuGH, *EuZW* 1992, 90.

[9](#) Caspar, *DVBl.* 2002, 1437 e s.; Wolff/Bachof/Stober, § 1 I 3 e 4.

[10](#) Ver nota na p. 55.

[11](#) Pernice/Kadelbach, *DVBl.* 1997, 1100, 1104.

[12](#) Pernice/Kadelbach, *DVBl.* 1997, 1100, 1109 e s.; Neßler, *NVwZ* 1995, 863 e s.; Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 7.

[13](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 46.

[14](#) BVerwG, *GewArch.* 2001, 39 e s.

[15](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, §§ 48 e s.

[16](#) Ver nota na p. 55.

[17](#) Idem.

[18](#) Idem.

[19](#) Idem.

[20](#) BVerwG, *GewArch.* 1997, 76.

[21](#) EuGH, *JZ* 1999, 196 e s., com comentário de von Danwitz; cf. também EuGH, *DVBl.* 1993, 1307.

[22](#) Cf., mais detalhadamente, M. Schröder, in: *FS für Ritter*, 1997, p. 957 e s.

- [23](#) Ver nota na p. 55.
- [24](#) Caspar, *DVBl.* 2002, 1437 e s.
- [25](#) Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (ed.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, p. 277, 330.
- [26](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, §§ 58 e s.
- [27](#) J. Ipsen, *VVDStRL* 48 [1990], 177, 193.
- [28](#) EuGH, *EuZW* 1990, 163.
- [29](#) Ver nota na p. 55.
- [30](#) *BVerwGE* 75, 214.
- [31](#) *BVerwGE* 72, 300, 310.
- [32](#) *BVerwG*, *NVwZ* 1993, 578, 580; numa perspectiva crítica, Fluck, *VerwArch.* 86 [1995], 468 e s.
- [33](#) *BVerwG*, *DVBl.* 1990, 58.
- [34](#) *BVerwGE* 67, 99; OVG Münster, *NWVBl.* 1992, 279 e 297, e *NWVBl.* 1994, 107.
- [35](#) Cf. VGH Mannheim, *GewArch.* 1990, 418 e s.; OVG Münster, *DÖV* 1991, 561, e *NVwZ* 1993, 76.
- [36](#) Götz, *JuS* 1983, 924; Peine, *DÖV* 1986, 849.
- [37](#) *BVerwG*, *NVwZ* 1989, 258; Schmidt-Preuß, *DVBl.* 1991, 229 e s.; Seidl, *Parallele Genehmigungsverfahren im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1994.
- [38](#) *BVerwGE* 84, 11; OVG Münster, *NWVBl.* 1995, 316 e s.
- [39](#) VGH Mannheim, *NVwZ-RR* 2000, 837.
- [40](#) Stober, *NVwZ* 2003, 1349 e s.; Dietz, *DÖV* 2005, 772 e s.; Schönleiter, *GewArch.* 2006, 69 e s.
- [41](#) Ziekow, *Die Dauer von Zulassungsverfahren*, 2005.
- [42](#) Cf., mais detalhadamente, Frank, *Umweltrecht und Wirtschaft*, 2000; Stober/Vogel (ed.), *Umweltrecht und UGB aus der Perspektive der Wirtschaft*, 2000; Bohne (ed.), *Das Umweltgesetzbuch als Motor oder Bremse der Innovationsfähigkeit in Wirtschaft und Verwaltung*, 1999.
- [43](#) Ziekow, *DVBl.* 1998, 1101 e s.; Steinbeiß, *DVBl.* 1998, 809 e s.
- [44](#) Bullinger, *JZ* 1994, 1129 e s.; Bundesministerium für Wirtschaft (ed.), *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren*, 1994; Stober, *DÖV* 1995, 125 e s.; Ronellenfitsch, *Beschleunigung und Vereinfachung des Anlagenzulassungsverfahrens*, 1994; Steinberg, entre outros, (ed.), *Genehmigungsverfahren für gewerbliche Investitionsvorhaben*, 1995; Ziekow (ed.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1998; idem, *Die Dauer von Zulassungsverfahren*, 2005; Hatje, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der*

Wirtschaftsverwaltung, 1998, p. 232; Schmidtchen/Schmidt-Trenz (ed.), *Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat*, 1999.

[45](#) Cf., mais detalhadamente, Schlichter-Kommission, Schlichter, *DVBl.* 1995, 173 e s.; Sachverständigenrat Schlanker Staat, 1997, p. 173 e s.; Ziekow (ed.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1998; Voßkuhle, *Die Verwaltung* 34 [2001], 347 e s.

[46](#) Cf., mais detalhadamente, Schmitz/Wessendorf, *NVwZ* 1996, 955 e s.; Stürer, *DVBl.* 1997, 326 e s.; Jahn, *GewArch.* 1997, 129 e s.; Hansmann, *NVwZ* 1997, 105 e s.

[47](#) *BR-Ds.* 422/94; *BT-Ds.* 13/3995 e 3996; Hansmann, *NVwZ* 1997, 105, 110; Bonk, *NVwZ* 1997, 320 e s.; Schmitz, *NJW* 1998, 2866 e s.

[48](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, in: Hill (ed.), *Wirkungsforschung zum Recht II*, 2000, p. 251 e s.

[49](#) Bohne, *DVBl.* 1994, 195 e s.

[50](#) T. Ernst, *Modernisierung der Wirtschaftsverwaltung durch elektronische Verfahren*, 2005.

[51](#) Cf. ainda Koch, *NVwZ* 2001, 1081 e s.

[52](#) *Empfehlungen der Unabhängigen Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung — Waffenschmidt-Kommission*, 1990, p. 40.

[53](#) Spitzhorn, *ZRP* 2002, 196 e s.; VG Gera, *LKV* 2003, 532.

[54](#) Dietz, *DÖV* 2005, 772 e s.

[55](#) Cf. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (ed.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996.

[56](#) Cf., mais detalhadamente, Hoffmann-Riem, *DVBl.* 1996, 225 e s.; idem, *ZRP* 1997, 190 e s.; Sobota, *JA* 1999, 261 e s.; Pitschas, *NVwZ* 2004, 396 e s.

[57](#) Cf. Hattstein, *Verwaltungsrechtliche Betreuungspflichten*, 1999.

[58](#) Stober, *DÖV* 1995, 125 e s.

[59](#) Wolff/Bachof/Stober, § 47.

[60](#) BVerwG, *GewArch.* 1996, 425.

[61](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 51.

[62](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 51 V.

[63](#) OVG Münster, *NJW* 1981, 2597; OVG Bremen, *DÖV* 1988, 180; Dickersbach, *GewArch.* 1993, 177 e s.

[64](#) Cf., mais detalhadamente, BVerwG, *BayVBl.* 1992, 118 e s. e Wolff/Bachof/Stober, § 55 III 4.

[65](#) *BVerwGE* 67, 305.

[66](#) *BVerwGE* 70, 356, e ainda Wolff/Bachof/Stober, § 51 V 4.

[67](#) Wolff/Bachof/Stober, § 51 V 3.

[68](#) Cf., mais detalhadamente, Odenthal, *GewArch.* 1994, 48; BVerwG, *NVwZ* 1990, 464.

§ 35. PROMESSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO E MERA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Promessas

Embora na atuação da Administração econômica domine o ato administrativo, também outras formas de atuação desempenham, nesta área jurídica, cada vez mais, um papel importante. Destas outras formas de atuação também fazem parte as promessas, relativamente às quais existe um grande interesse jurídico, econômico e temporal na sua manutenção na antecâmara de importantes decisões de investimento¹. O instrumento da *promessa* visa certamente contribuir para clarificar incertezas existentes sobre uma determinada situação jurídica. Com a promessa, o beneficiado pretende evitar o risco jurídico de a decisão material que por fim venha a ser tomada pelo ato administrativo não corresponder à lei (por exemplo, fixação dos pressupostos de uma licença de importação). Do ponto de vista econômico, a promessa situa-se na antecâmara das decisões financeiras sob a forma de investimentos.

Exemplos: Promessa de subvenção; promessa de renúncia a uma contribuição²; promessa de cobertura, para efeitos de assunção de uma garantia de crédito à exportação, como fundamento de um contrato (ver *supra* § 31 V).

O fator tempo da promessa, considerando a longa duração do procedimento até à emissão das decisões da autoridade, simultaneamente com a redução dos ciclos de inovação, desempenha um papel importante (o tempo como fator de produção). Por conseguinte, a promessa é um instituto para a aceleração do procedimento administrativo.

A **promessa** é definida como “auto-obrigação de autoridade, com uma vontade de vinculação, a uma posterior ação ou omissão”³. Isto significa que a promessa não tem de se orientar necessariamente à posterior emissão de um ato administrativo (a chamada **promessa-ato**, no sentido do § 38.º do VwVfG), pelo que também podem ser objeto de promessa mera atuação da Administração ou a posterior celebração de um contrato de direito público.

A emissão da promessa está na **discricionariedade** da Administração pública (ver *supra* § 33 II 3). As promessas juridicamente vinculativas devem ser cumpridas. Os pressupostos de legalidade resultam do § 38.º do VwVfG e dos §§ 204.º e seguintes da AO.

II. Mera atuação da Administração econômica

As formas de atuação até aqui apresentadas são complementadas pelo instituto da **mera atuação da Administração**. Este conceito é, por vezes, empregado como sinônimo da caracterização “**atuação informal da Administração**”⁴. A mera atuação da Administração abarca também a atuação informativa da Administração (*administration by communication*)⁵.

A Administração econômica através de **mera atuação da Administração** goza, na práxis do Estado e da Administração, bem como na ciência jurídica, de crescente popularidade e atenção. Esta forma alternativa de atuação, que se reflete na vida econômica sob diferentes vias psicológicas de conduta (utilização de potenciais de ameaça: *Knüppel im Sack* — “alavanca no saco”), é expressão marcante de uma sociedade de prestação de serviços e de informações (ver *supra* §§ 27 e 31 VI). Aqui se mostra que no direito administrativo econômico um cumprimento, dentro do prazo, da função também se reflete nas formas de atuação. Não é possível uma enumeração exaustiva das formas de manifestação, considerando a diversidade da vida econômica e o rápido progresso nos setores técnico, ecológico e econômico e as daí resultantes novas necessidades econômicas. Antes pelo contrário, a mera atuação econômica da Administração é um conceito agregador das medidas de direito administrativo econômico que não podem ser qualificadas de ato administrativo, de promessa ou de contrato⁶, mas que cada vez mais encontram consagração nas normas.

Exemplos: Obrigação de informar prevista no direito dos resíduos sólidos (§§ 38.º e 39.º do KrW/AbfG, art. 15.º da Diretiva-IVU), aconselhamento, informação⁷ (§§ 25.º e 71.ºc do VwVfG), recomendações (da Comissão Europeia para a livre fixação de código de conduta, no interesse da proteção do consumidor,

com base do art. 189.º do Tratado da CE) e no quadro de uma ação de afixação de cartazes da cidade com vista a evitar a produção de resíduos⁸, advertências (§ 8.º, n. 4, do GPSG)⁹, tolerâncias¹⁰, acordos de autolimitação de impedimentos legais (*orderly marketing*)¹¹, ações de esclarecimento pelo Governo¹², resoluções sobre a problemática das salas de jogo¹³, consulta de documentos¹⁴; *gentlemen agreements*¹⁵; negociações preparatórias (§ 5.º do UVPG, § 2.º, n. 2, e § 2.ºa do 9.º BImSchVO¹⁶), informações não vinculativas sobre tarifas aduaneiras, nos termos do art. 11.º do Código Aduaneiro (§ 6.º, n. 8, da Lei de Administração Aduaneira), informações ao público em geral (§ 40.º LFGB), acordo sobre a energia nuclear entre o Governo federal e as empresas de energia¹⁷.

Não obstante as vantagens (segurança jurídica, efetividade, flexibilidade) daqui resultantes, são também feitas críticas ligadas ao Estado de Direito, devido à insuficiente regulação jurídica (reserva de lei, relativização das regulações legais, limitação do controle¹⁸). Também não está clarificada a questão de saber em que casos é ilegal a mera atuação da Administração, da qual resultem direitos de defesa e de compensação financeira. De forma especial, é urgente a resposta à questão de Estado de Direito, porque a atuação de mera Administração econômica pode produzir efeitos que vão para além dos efeitos de uma atuação através de ato administrativo (“efeitos duros através de medidas leves”)¹⁹.

Exemplo: Assim, uma advertência sobre um produto feita pelo Estado na sociedade dos meios de comunicação pode alcançar um efeito de *pillory* e de estigmatização num volume de negócios relevante e sensível, próximo da própria existência, que corresponde a uma proibição de produção²⁰.

¹ Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 53.

² BVerwG, *NJW* 1979, 280; BVerwG, *NJW* 1984, 2113.

³ BVerwGE 26, 31, 36; BVerwG, *NJW* 1984, 2113; OVG Münster, *NVwZ* 1985, 118 e s.

⁴ Gusy, *NJW* 2000, 977 e s.

- [5](#) Bumke, *Die Verwaltung* 37 [2004], 3 e s.; Masing, *VVDStRL* 63 [2004], 377 e s.
- [6](#) Wolff/Bachof/Stober, § 57.
- [7](#) Kothe, *DÖV* 1998, 577 e s.
- [8](#) VGH Kassel, *GewArch.* 1996, 84.
- [9](#) OLG Stuttgart, *NJW* 1990, 2690; *BVerwGE* 87, 37; VGH Kassel, *GewArch.* 1995, 416; sobre os pressupostos de legalidade; Murswiek, *DVBl.* 1997, 1021e s.; Haussühl, *Die Produktwarnung im System des öffentlichen Rechts*, 1999; von Danwitz, *Verfassungsfragen staatlicher Produktempfehlungen*, 2003; Kaß, *WiVerw.* 2002, 197 e s.
- [10](#) VGH Mannheim, *NJW* 1990, 3163.
- [11](#) Fluck/Schmidt, *VerwArch.* 89 [1998], 220 e s.; Wägenbaur, *EuZW* 1997, 645; Krieger, *EuZW* 1997, 648; Grewlich, *DÖV* 1998, 54 e s.
- [12](#) *BVerfGE* 105, 252, 269 e s.
- [13](#) *GewArch.* 1989, 290.
- [14](#) VGH München, *BayVBl.* 1990, 622.
- [15](#) Brohm, *DÖV* 1992, 1025 e s.; Köpp, *Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft*, 2001.
- [16](#) Cf. ainda *BVerwGE* 75, 214, 230; Brohm, *VerwArch.* 75 [1984], 343, 348; J. Ipsen, *VVDStRL* 48 [1990], 177, 194.
- [17](#) *BVerfGE* 104, 249 e s.; cf. também Schorkopf, *NVwZ* 2000, 1111 e s.
- [18](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 57 I 3; VGH Kassel, *GewArch.* 1996, 84.
- [19](#) Murswiek, *DVBl.* 1997, 1021 e s.
- [20](#) Bethge, *VVDStRL* 57 [1998], 10, 49 e s.; von Danwitz, *Verfassungsfragen staatlicher Produktempfehlungen*, 2003; *BVerwG*, *NJW* 1996, 3161.

§ 36. CONTRATOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

I. Atuação de Administração econômica cooperativa e consensual

Tradicionalmente a Administração Pública orienta a conduta do cidadão econômico através de ordens e proibições. Porém, estas formas tradicionais de atuação funcionam mal em muitos casos, sobretudo porque elas não contêm, frequentemente, um incentivo à realização e não tomam em consideração a complexidade da vida econômica¹. Por isso, as relações jurídicas no domínio do direito administrativo econômico também podem ser criadas, modificadas e extintas através de contrato, desde que a tal não se oponham normas jurídicas. Os contratos com as autoridades administrativas são expressão de **atuação cooperante ou consensual da Administração**.

Porque a Administração Pública, por exemplo, também pode efetuar uma prestação de fomento a favor de um privado através da celebração com este de um contrato de direito privado, criando uma relação jurídica de dois níveis (ver *supra* § 32 II) e diariamente na prossecução das suas funções legais efetua inúmeros negócios jurídicos contratuais para a compra de bens econômicos e para a prestação de serviços (ver *supra* § 24 IV e *infra* § 37), coloca-se a questão da **delimitação dos contratos de direito privado em face dos contratos de direito público**. O conhecimento desta delimitação é pressuposto no § 54.º do VwVfG. Um contrato deve ser imputado ao direito público quando o seu objeto se apoia num fato regulado pela ordem legal de direito público. Na averiguação da natureza jurídica deve ser apreciado o conteúdo global, o fim do contrato e a vontade de quem celebra o contrato².

II. Contratos de direito administrativo econômico de subordinação e de coordenação

Contratos de direito administrativo econômico de subordinação são, nos termos do § 54.º, frase 2, do VwVfG, aqueles que substituem um ato administrativo. Por conseguinte, estes contratos constituem

uma interessante **alternativa de atuação relativamente ao ato administrativo**. Por vezes, existem mesmo cláusulas segundo as quais devem ser preferidos os contratos se o fim de proteção for igualmente alcançável e/ou se dever ser controlada através deles a questão de saber se o fim de proteção também pode ser alcançado através de acordos contratuais.

Exemplos: § 8.º do BNatSchG; concessão de subvenções com base num contrato, no lugar de um ato administrativo (ver volume II³, § 55 VI)⁴; denúncia de um contrato de obrigações de lugares de estacionamento de empresas industriais, § 44.º, n. 3, da BHO; contrato de compensação em vez de imposição *a posteriori*, nos termos do § 17.º do BImSchG; contrato de tolerância; contrato de antigos ônus⁵; contrato sobre medidas de saneamento relevantes do ponto de vista das emissões⁶; § 3.º do HmbG, para o reforço de centros de comércio específico e de centros de prestação de serviços (*Business Improvement Districts*); contrato de utilização para fins publicitários entre uma empresa de um município e uma empresa de informação⁷; contratos como instrumento de controle de mercado⁸.

Os contratos jurídicos de subordinação também podem ser uma alternativa à atuação através de lei.

Exemplo: Contratos que estabelecem normas sobre o ambiente⁹.

Contratos de direito administrativo econômico de coordenação são aqueles nos quais os parceiros contratuais estão em igual posição relativamente ao objeto do contrato. Estes contratos são tipicamente celebrados entre vários entes da Administração Pública e dizem respeito, frequentemente, a cooperações.

Exemplos: Várias câmaras de indústria e comércio unem-se contratualmente para a criação de um centro comum de formação contínua — contrato nos termos do § 8.º, n. 3, do PBefG.

III. Legalidade da atuação contratual econômica

Por vezes, exige-se para o âmbito global da Administração de prestação no direito administrativo econômico, por conseguinte especialmente no direito econômico de fomento, que o Executivo recorra ao contrato de direito público como forma de atuação¹⁰. Também se chama, por vezes, a atenção para os perigos colocados pelos elementos de negociação no direito público¹¹.

Na celebração de contratos de direito administrativo econômico devem ser respeitadas determinadas normas jurídico-procedimentais, consagradas nos §§ 57.º e seguintes do VwVfG. O contrato não pode depender de contrapartidas econômicas adicionais¹².

¹ Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 54.

² BVerwG, *NJW* 1976, 2360; GSOGB, *NJW* 1986, 2359; Wolff/Bachof/Stober, § 54 V.

³ Ver nota na p. 55.

⁴ BVerwGE 84, 236, 239.

⁵ Pape, *NJW* 1994, 409, 411; Müllmann, *NVwZ* 1994, 876.

⁶ Bulling, *DÖV* 1989, 277 e s.; Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts*, 2000.

⁷ VGH Mannheim, *NVwZ* 1993, 903.

⁸ Klindt, *NVwZ* 2003, 307 e s.

⁹ Knebel/Wicke/Michael, *Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes*, 1999; Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts*, 2000.

¹⁰ Henke, *DVBl.* 1984, 845 e s.; cf. também Henneke, in: Knack, *VwVfG*, § 54 n.m. 6.2.

¹¹ Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 54 I; Spannowsky, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, 1994.

¹² BVerwGE 90, 310 e s.

§ 37. CONCESSÃO DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

I. Atribuição de funções públicas como atuação da Administração econômica

Nas até aqui discutidas formas de atuação da Administração econômica esteve no centro a relação entre a Administração Pública, no papel de titular da Administração econômica, e as empresas privadas. Destas formas de atuação devem ser distinguidas — como já foi referido no § 24 *supra* — aquelas formas que regulam a relação da **Administração Pública enquanto concedente** em face das empresas privadas. No seu núcleo, trata-se de Administração de necessidades para a prossecução das múltiplas funções da Administração econômica, especialmente da infraestrutura econômica (ver *supra* § 26). No interesse de uma concessão de funções transparente, orientada à concorrência e econômica (ver *supra* § 24 IV), o direito da **concessão de funções públicas** é fortemente formalizado e detalhadamente regulado num regime jurídico especial, o qual é marcado pelo direito comunitário (ver *supra* § 24 IV 2 b). Simultaneamente, a regulação da linguagem jurídica da concessão foi uniformizada pela publicação de um vocabulário comum das concessões públicas (*Common Procurement Vocabulary — CPV*) (sobre esta matéria, cf. o § 14.º do VergabeV) e a publicação de anúncios de concessão foi estandardizada pela introdução de formulários¹.

II. Procedimento de concessão

1. Concurso público como princípio

O direito da UE, o § 101.º do GWB e o VergabeV distinguem-se no seu âmbito de aplicação, isto é, **acima dos valores de base** (sobre esta matéria, ver *supra* § 24 IV 3b), em procedimentos de negociação, procedimentos abertos e procedimentos não abertos, e no **diálogo concorrencial**. O **procedimento aberto** é, como também deixa claro o § 101.º, n. 6, do GWB, a forma de concessão regra. O procedimento aberto está definido no § 101.º, n. 2, do GWB, como procedimento no

qual é solicitado a um número indeterminado de empresas públicas a apresentação de ofertas. Em contrapartida, no **procedimento não aberto** faz-se apelo público à participação e então, do círculo de candidatos, pede-se a um número limitado de empresas a apresentação de ofertas. O **procedimento de negociação** só é admitido como normal para a concessão de serviços das profissões liberais e, dentro de um determinado prazo, nos termos do § 4.º do VergabeV, e para os serviços de transporte de pessoas a curta distância (dentro das localidades). Trata-se aqui, segundo a definição legal do § 101.º, n. 4, do GWB, dos procedimentos nos quais o concedente, com ou sem apelo público prévio à participação, dirige-se a determinadas empresas para negociar sobre as condições contratuais. Nos termos do § 101.º, n. 5, do GWB, o **diálogo concorrencial** é um procedimento para a concessão de funções especialmente complexas pelo concedente estadual. Neste procedimento verifica-se um apelo à participação e, na sequência deste, negociações com as empresas escolhidas sobre todas as particularidades da concessão. A concessão é complexa quando o concedente não está em condições de dominar claramente os meios técnicos e outras condições (§ 6a da VergabeVO). A decisão por outro tipo de procedimento, que não o procedimento aberto, deve ser fundamentada por escrito e/ou registrada. Deste modo visa-se estabelecer limites à livre concessão, prevenir a corrupção e respeitar o princípio jurídico-fundamental da igualdade².

Por outro lado, com procedimento aberto de concessão é concretizado o princípio da **execução orçamental com poupança e de forma econômica**, consagrado no § 6.º do HGrG. No interesse da transparência do procedimento também é imposto, em princípio, um **concurso público** quando uma função deve ser concedida através de um procedimento não aberto, de um procedimento negocial ou através de um diálogo concorrencial³. Além disso, relativamente à garantia de proteção prevista no art. 19.º, n. 4, da Lei Fundamental, há uma **obrigação de informar**, concretizada pelo § 1.º do VergabeV, no sentido de que o serviço de concessão deve informar os ofertantes que não foram bem-sucedidos, o mais tardar catorze dias antes da emissão da adjudicação, sobre as razões da recusa da sua oferta e os nomes dos

ofertantes bem-sucedidos⁴. Esta regulação visa evitar que, pelo desconhecimento da decisão, o procedimento já não seja parado e só possa ser exigida a reparação de danos. É que, nos termos do § 114.º, n. 2, do GWB, uma vez efetuada a **adjudicação**, ela já não poderá ser anulada, porque, segundo o sistema alemão de concessão, com a adjudicação tem lugar simultaneamente a celebração do contrato com o ofertante. De forma correspondente, nos termos do § 13.º, frase 6, do VergabeV, um contrato celebrado sem as referidas informações é nulo. Num procedimento de negociação, o concedente público tem, por outro lado, uma obrigação de **documentação**; ele deve fixar de forma inteligível todas as decisões essenciais a tomar já antes da emissão da adjudicação⁵. Por outro lado, os concedentes públicos devem tornar públicas todas as concessões efetuadas. Todas estas publicações devem ser transmitidas imediatamente e/ou dentro de determinados prazos ao serviço oficial de publicações da Comunidade Europeia, devendo ser observados determinados preceitos de forma. As publicações são efetuadas, na respectiva língua original, no Suplemento do Jornal Oficial da EU, e introduzidas no banco de dados TED (*Tender Electronic Daily*). Por outro lado, os concursos públicos estão acessíveis na *internet*⁶.

A participação na concessão de funções públicas é, nos termos do § 101.º, n. 2, do GWB, em princípio, permitida a qualquer empresa que preencha os **critérios de eleição** referidos no concurso público. Destes critérios faz parte também o cumprimento de determinadas qualificações, sendo que a ideia de concorrência subjacente ao direito da UE exige que um concedente público não possa escolher arbitrariamente um empresário.

Nos termos do § 15.º do VergabeV, as ofertas podem ser entregues em **formato eletrónico**. Também são admitidos os **concursos por via eletrónica**, nos quais, após uma primeira avaliação das ofertas, podem ser apresentados novos preços ou novos valores⁷.

2. Critérios de concessão

Para valores de concessão acima do valor de base, devemos fazer a distinção, nos critérios de concessão, entre **critérios de aptidão e**

critérios de adjudicação. Os critérios de aptidão baseiam-se na pessoa do ofertante particular, isto é, na sua capacidade de prestação pessoal, financeira e econômica⁸, no sentido do § 97.º, n. 4, do GWB. Não há idoneidade quando não existe um registro na lista artesanal (manufaturas)⁹, quando foi cometida uma violação do § 21.º do *Schwarzarbeitsgesetz* ou se verifica uma condenação com base no § 298.º do *StGB*. De resto, para a constatação da idoneidade podemos partir da norma geral do direito industrial constante do § 35.º da *GewO* (ver volume II¹⁰, § 46 I 5)¹¹. Os critérios de adjudicação dizem respeito à oferta, isto é — por escolha dos Estados-membros —, ao preço mais baixo ou à oferta economicamente mais favorável.

A República Federal da Alemanha decidiu-se pelo critério de adjudicação da **proposta economicamente mais favorável**, no quadro da conversão pelo § 97.º, n. 5, do GWB, tradicionalmente vigente no espaço jurídico alemão (ver *supra* § 10 IV) (*the most advantageous tender*) e não pela **oferta pelo preço mais baixo** (*lowest tender*), prevista no GPA e no direito da CE. Por conseguinte, em cada concurso público (acima do valor base) devem ser comunicados, no quadro do concurso público ou nos documentos de adjudicação, os critérios de adjudicação aplicáveis — por exemplo, o preço, o prazo de execução e/ou o prazo de entrega, os custos de exploração, a rentabilidade, a qualidade, os valores técnicos. Por outro lado, o art. 53.º, n. 2, da Diretiva Relativa à Coordenação dos Processos de Adjudicação dos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, dos Contratos Públicos de Fornecimento e dos Contratos Públicos de Serviços exige uma ponderação dos diferentes critérios¹².

3. Para a legitimidade de concessão para outros fins

Nos termos do § 97.º, n. 4, do GWB, só podem ser feitas outras exigências ao concessionário¹³ se estiverem previstas por lei da Federação ou do Estado federado¹⁴ e se a inclusão de elementos estranhos à concessão de natureza de política-social, de política das mulheres, de política do mercado de trabalho e de aspectos do direito ambiental estiver em harmonia com o direito constitucional e com o direito comunitário. Isto significa, por um lado, que o fim primário da

concorrência e o princípio da eficiência econômica não devem ser postos em causa pela prossecução de outros fins. Por conseguinte, devemos lembrar que as preferências não devem ser discriminatórias nem devem ter caráter de ajuda¹⁵. Por outro lado, segundo a reforma jurídico-comunitária da concessão, os critérios de adjudicação são permitidos na medida em que façam parte dos princípios de direito comunitário. Isto se aplica, como resulta dos considerandos da Diretiva correspondente, por exemplo, aos interesses ambientais, sociais e do trabalho.

4. Controle preventivo e controle *a posteriori*

a. Acima do valor de base

As diretivas de vigilância são previstas como medidas flaqueadoras tendo em vista fomentar a concessão transfronteira de serviços públicos. Quando estas medidas protegem os ofertantes, trata-se de direitos subjetivos, no sentido do § 97.º, n. 7, do GWB. O procedimento de concessão de fornecimentos, de obras e de prestação de serviços pelos concedentes, previstos no § 98.º, n. 1, do GWB, está sujeito, nos termos dos §§ 102.º, 104.º e seguintes do GWB, combinados com os §§ 17.º e seguintes do VergabeV, ao controle através de **câmaras de concessão internas da Administração** que, nos termos do § 106.º do GWB, estão concentradas, no plano federal, no **Departamento Federal de Cartéis** (*Bundeskartellamt*). Estas câmaras exercem, nos termos do § 107.º, n. 1, do GWB, um **procedimento de controle** quando um interessado no serviço o requer com a invocação de que foi lesado nos seus direitos pela inobservância de normas de procedimento¹⁶. Nos termos do § 108.º do GWB, as exigências formais e materiais feitas a um tal pedido de controle são estritas. Também ainda não pode, em regra, ser conferida uma adjudicação no momento do pedido de procedimento de controle, nos termos do § 107.º, n. 3, e do § 114.º, n. 2, do GWB¹⁷. O próprio procedimento orienta-se, no essencial, por princípios de direito de procedimento administrativo, relativamente ao qual o VwVerfG apenas se aplica subsidiariamente¹⁸. As câmaras de concessão podem obrigar os serviços que executam o procedimento de concessão a uma

determinada ação ou omissão. Nos termos do § 114.º, n. 3, do GWB, a sua decisão tem lugar através de **ato administrativo**, o qual pode ser executado no caso de não cumprimento. Em princípio, a decisão deve ser tomada dentro de cinco semanas. Contra a decisão pode ser imediatamente interposto recurso, nos termos do § 116.º do GWB¹⁹ para o OLG. Esta via de recuso corresponde à via de impugnação do direito dos cartéis.

b. Abaixo do valor de base

No domínio do procedimento de concessão abaixo do valor de base não se verifica uma correspondente vigilância e fiscalização. Isto tem a sua razão de ser no fato de a positivação legal do regulamento das adjudicações dos trabalhos de construção sob a forma de regulamento de concessão apenas ter lugar para o domínio do procedimento de concessão em nível europeu. Segundo uma opinião controversa, na atribuição de concessões deve ser adotado um procedimento em dois níveis, sendo o primeiro conformado pelo direito público²⁰.

III. Fraude no concurso público e suborno no concurso de concessão

Considerando o aumento das irregularidades no concurso público e na concessão de serviços públicos e com vista à proteção jurídico-penal dos fins prosseguidos pelas regras do direito público das concessões, foi introduzido no Código Penal, no ano de 1997, após intensa discussão científica, um capítulo intitulado “**crimes contra a concorrência**”, com vista ao combate à corrupção²¹. Assim, nos termos do § 298.º do StGB, é punido aquele que num concurso público sobre mercadorias ou serviços empresariais efetuar uma oferta que assente numa disposição ilegal (**disposição de submissão**), com vista a levar o organizador do concurso a aceitar uma determinada oferta (a chamada **fraude de concurso público**). De igual modo, é punível aquele que, como empregado ou mandatário de uma empresa negocial, exige nas relações negociais, como contraprestação, um benefício para que prometa ou aceite ou para que beneficie de modo ilícito relativamente a outro candidato no fornecimento de mercadorias ou

serviços empresariais em concorrência (corrupção, § 299.º StGB). Há uma norma correspondente para funcionários e para serviços públicos sobre os quais recaem obrigações especiais. Preventivamente, existem **registros de concessões**, que contêm informações e indicações de incumprimento, bem como exclusões de concessões²².

¹ Regulamento n. 1.564, de 7-9-2005, *BAnz* n. 228^a, de 2-12-2005.

² Hermes, *JZ* 1997, 909 e s.

³ EuGH, *NVwZ* 1997, 373.

⁴ Cf. BKartA, *NJW* 2000, 151, e ainda Höfler, *NJW* 2000, 120.

⁵ Cf. OLG Brandenburg, *NVwZ* 1999, 1142.

⁶ Disponível em: <<http://simap.eu.int>>.

⁷ M. Müller, in: Pitschas/Ziekow, *Vergaberecht im Wandel*, 2006, p. 125 e s.

⁸ Cf. EuGH, *NZBau* 2000, 149.

⁹ BayObLG, *GewArch.* 2003, 167.

¹⁰ Ver nota na p. 55.

¹¹ Pietzcker, *ZHR* 162 [1998], 427, 463; Marx, in: Jestaedt e outros, *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, p. 14.

¹² Cf. *EuGHE* 2002, 1617.

¹³ Böhm/Danker, *NVwZ* 2000, 767 e s.; para a tomada em consideração dos interesses sociais no quadro do § 97.º, n. 4, do GWB, cf. Rittner, *EuZW* 1999, 677 e s.; Rust, *EuZW* 1999, 453 e s.

¹⁴ Por exemplo, *Berliner Vergabegesetz*, de 9-7-1999, *GVBl.* Bln. 1999, 369.

¹⁵ *EuGHE* 2002, 7213; Bultmann, *Beihilfenrecht und Vergaberecht*, 2004, 100 e s.

¹⁶ BayObLG, *NVwZ* 1999, 1138.

¹⁷ OLG Düsseldorf, *NJW* 2000, 145.

¹⁸ OLG Brandenburg, *NVwZ* 1999, 1142, 1146 (para o § 20 VwVfG). Criticamente sobre o alcance do princípio da neutralidade aceito pelo OLG Brandenburg, Neßler, *NVwZ* 1999, 1081, 1082.

¹⁹ OLG Düsseldorf, *NJW* 2000, 145 e s.

²⁰ OVG Koblenz, *DVBl.* 2005, 988.

[21](#) Cf. Dölling, *Gutachten zum 61. DJT*, 1996, p. 30 e s.; cf., mais detalhadamente, Korte, *NStZ* 1997, 513 e s.

[22](#) NW Korruptionsbekämpfungsg, de 1^a-6-2004, *GVBl.* 2005, 1 e s.

E. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 38. CONTROLE ADMINISTRATIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

I. Controles interno e informal

1. Conceito de controle e motivos de controle

O controle administrativo de direito administrativo econômico trata-se, por um lado, do controle da **juridicidade e oportunidade de decisões administrativas** pelo fato de um sujeito econômico ter sido atingido por uma medida e de todos os instrumentos da **mediação de conflito**? Neste âmbito, existem vias de recurso formais e informais (ver *infra* II) na relação Estado-cidadão econômico. Por outro lado, são significativos os **procedimentos de conciliação com a participação de terceiros como intermediários de procedimento (mediadores)**¹.

Exemplos: Conciliação através de arbitragem, com a intervenção de um perito, nos termos do § 45.º do LFGB. Tentativa de conciliação perante um serviço de qualidade, nos termos do § 124.º do TKG.

Por outro lado, o controle administrativo significa o **reexame estadual ou interno da Administração de condutas administrativas**, baseado num autocontrole de iniciativa própria ou numa instância de controle executivo, mas afastada da Administração. Todos os controles visam a observância do **direito objetivo** e/ou a salvaguarda de **direitos subjetivos** dos participantes econômicos. Do ponto de vista do cidadão econômico, o controle administrativo é o lado conforme ao procedimento, para a imposição dos seus direitos materiais e especialmente dos direitos fundamentais (ver *supra* § 17 III)². O controle da administração econômica é, antes de mais, **proteção antecipada de direitos fundamentais através de procedimento**³. O controle da administração econômica cumpre o seu fim, preferencialmente, quando por essa via pode ser suprimido um controle jurisdicional. Por outro lado, o controle administrativo

desempenha ainda outras funções que, no entanto, não podemos aqui abordar com mais detalhes⁴.

Há muitas razões a favor de um controle das medidas administrativas no domínio do direito administrativo econômico com base na atuação ilícita da Administração (ver *supra* § 34 III 3).

Exemplos: Uma autoridade administrativa recusa o pedido de emissão de uma licença industrial ou de atribuição de uma subvenção. Uma autoridade administrativa interdita uma empresa industrial, emite uma cláusula modal ou uma ordem de pagamento de uma taxa por não obtenção prévia de uma autorização.

2. Controle interno da Administração

A **autoridade de Administração econômica que atua** deve modificar, anular ou revogar as suas decisões se constatar a sua irregularidade, ilegalidade ou inoportunidade. Por conseguinte, devem ser observadas, em especial, as normas dos §§ 42.º e seguintes do VwVfG (ver *supra* § 34 IV).

Por outro lado, as **autoridades de tutela** têm de controlar sempre a legalidade (**tutela jurídica**) e, sobretudo no caso de funções da Administração econômica transferidas e sujeitas a orientação (ver *supra* § 8 III 1), também a oportunidade das medidas de Administração econômica (**tutela técnica**), devendo intervir em conformidade.

Exemplo: Uma câmara de artífices viola o âmbito de funções e competências previsto nos §§ 91.º e 115.º da HwO.

Os cidadãos econômicos **não têm, em geral, direito à intervenção das autoridades de tutela**. Na tutela do Estado, trata-se essencialmente da realização do princípio do Estado de Direito, no interesse dos limites jurídico-objetivos previstos na lei de atuação estadual. Por isso, a tutela do Estado não é reportada ao indivíduo, mas à função (ver *supra* § 33 II 2).

Um subcaso da tutela do Estado é constituído pela **tutela de regulação**, surgida na via da privatização de funções públicas, a qual também pode ser caracterizada de **tutela de garantia** (ver *supra* § 26 II). Também ela é conformada pelo direito objetivo. No entanto, devido à sua, em certa medida, intensa ligação aos direitos

fundamentais, será indicado introduzir um **recurso geral de regulação**⁵, tal como está previsto, por exemplo, nos §§ 75.º e seguintes do EnWG (ver *infra* § 38 II 2 b).

Uma manifestação especial do direito de tutela com carácter jurídico-fundamental indireto é constituída pelo controle **de ajudas** dos Estados-membros, nos termos dos arts. 87.º e seguintes do Tratado da CE, pela Comissão Europeia, a qual também é designada de **tutela de ajudas** (ver *supra* § 31 II 2). Este é o caso-modelo de um controle interno-executivo, estranho e distante, que é muito eficiente, devido ao primado de aplicação e à obrigação de lealdade administrativa do ente administrativo (ver volume II, §§ 54 e s.).

3. Controle informal

A par do controle desencadeado pela própria Administração, também o cidadão econômico pode sugerir um autocontrole da atuação administrativa por controle informal⁶. Estas vias de recurso informais são admissíveis contra qualquer medida administrativa no domínio do direito administrativo econômico e podem também ser interpostas a par das vias de impugnação formais. Estas vias informais podem ser interpostas oralmente e sem dependência de prazo. Não têm efeito suspensivo no procedimento de recurso administrativo e contencioso. Em muitos casos é duvidoso saber se as vias de impugnação informais são apropriadas e prometem ser bem-sucedidas. A autoridade e/ou o serviço respectivo têm de aceitar a impugnação e eventualmente reencaminhá-la para o órgão competente. O serviço competente também é obrigado ao controle material. No entanto, não há direito a uma determinada decisão material. Antes pelo contrário, é suficiente uma decisão da qual seja visível a forma como o serviço em causa tenciona cumprir a ordem⁷.

- A **reclamação** dirige-se àquela autoridade que adotou uma medida com o intuito de alterá-la ou de anulá-la.
- O **recurso tutelar** informal dirige-se à autoridade tutelar com o intuito de alterar ou anular uma medida da autoridade que agiu. Este recurso tutelar pode ser um **recurso de tutela**

técnica, no caso de o conteúdo de uma medida ser objeto de conflito, ou um **recurso de tutela de serviço** (*Dienstaufsichtsbeschwerde*), se for impugnada a conduta pessoal de um funcionário.

- A **petição**, no sentido do art. 194.º do Tratado da CE, do art. 44.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e do art. 17.º da Lei Fundamental, dirige-se aos serviços competentes e às assembleias populares com o intuito de ver satisfeita uma pretensão ou de apoiar um recurso. A petição ainda faz parte, considerando o seu objetivo, das vias de recurso informais, embora ela deva ter lugar por escrito⁸. A petição permite a “qualquer cidadão” e, assim, também aos que não foram atingidos por uma medida da Administração, interpor uma via de recurso informal. Ela também pode ter lugar como petição de massas. Nos termos do art. 21.º, combinado com o art. 195.º do Tratado da CE e com o art. 43.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, qualquer cidadão da União pode dirigir-se aos seus representantes. Por vezes, o direito de petição assenta, por outro lado, no direito constitucional estadual e no direito municipal. Contra a atuação indevida está aberta a via de impugnação administrativa⁹.
- Se um cidadão econômico entender que os seus direitos são violados no processamento dos seus dados, poderá, nos termos do § 21.º do BDSG, dirigir-se diretamente à **entidade competente para proteção de dados**¹⁰, que no plano federal é, nos termos do § 12.º do IFG, simultaneamente, a autoridade federal para a liberdade de informação.
- Do fim do art. 211.º do Tratado da CE é extraído **um direito de recurso informal para a Comissão Europeia**. A todos assiste o direito de se insurgir contra a inobservância de regulamentos jurídicos e de regulamentos internos da Administração da Comunidade ou contra a prática administrativa de um Estado-membro.

II. Procedimento de controle formal

1. Significado e delimitação

Os **procedimentos de controle formal** distinguem-se do já referido controle informal, precisamente pela observância de determinadas normas de procedimento. Os procedimentos de controle formal não se verificam, por conseguinte, contra todas as medidas da Administração econômica, mas apenas contra aquelas que estão previstas nas respectivas ordens procedimentais. Por outro lado, só é possível uma decisão material quando estejam preenchidos os **pressupostos de legitimidade** da via de recurso. Porque não existe um procedimento único de via de recurso, é decisiva a questão de saber se se trata de um assunto de direito financeiro, de direito contraordenacional, de direito da concorrência (ver *supra* § 24 IV e § 37) ou de direito administrativo no domínio do direito administrativo econômico. Da mesma maneira, devemos fazer a distinção entre **procedimento de oposição, de queixa e de contradito**. Porque os controles formais só excepcionalmente são decididos diretamente pelo juiz, estas vias de recurso desempenham um **efeito de filtro**, no interesse de um descongestionamento dos tribunais. Por isso, estas vias de recurso também são conformadas como pressuposto de julgamento material de um processo subsequente. Além disso, estas vias de recurso servem à **proteção jurídica subjetiva**, a uma ampla averiguação de todos os pontos de vista relevantes e à **imposição do direito objetivo** no quadro de um controle administrativo interno.

2. Diferentes procedimentos de controle formal

a. Procedimento de impugnação

No direito administrativo econômico a via de recurso do **procedimento de oposição** aplica-se, antes de mais, quando as normas legais preveem a **via contencioso-financeira** como tribunal de decisão do conflito (ver *infra* § 32 I). Nestes e noutros casos, deve ser interposto um recurso administrativo prévio, antes da interposição do recurso contencioso. A via de recurso da oposição está, em princípio, aberta, nos termos do §§ 347.º e seguintes da AO, no caso de atos

administrativos e de promessas de atos, sobretudo no domínio do apoio financeiro da economia e da direção da economia. Sobre a oposição decide a autoridade financeira que emitiu o ato administrativo, através de uma decisão de oposição. Nos termos do § 367.º da AO, a autoridade que decide a oposição deve controlar a matéria na sua plenitude. A decisão deve ser tomada por escrito e dada a conhecer aos envolvidos. A decisão deve ainda ser fundamentada e, nos termos do § 366.º da AO, acompanhada de uma informação sobre as vias de recurso.

Por outro lado, há lugar à via de recurso da oposição, nos termos do § 67.º do OWiG, contra a **decisão de imposição de uma taxa** por violação de normas de direito administrativo econômico, decisão que assume a forma de contraordenação¹¹. No caso de uma tal oposição não ser decidida pela autoridade administrativa, decidirá o tribunal de primeira instância, nos termos do § 69.º, n. 1, do OWiG. Com a imposição de taxa não deve ser confundida a advertência pela autoridade administrativa, que tem lugar no caso de contraordenações de menor gravidade. No caso da advertência é, nos termos do § 56.º do OwiG, emitido documento comprovativo, o qual, no entanto, não é impugnável.

b. Procedimento de “queixa”

A via de impugnação “queixa” é admitida, nos termos do § 75.º do EnWG, contra decisões e omissões de uma decisão que foi requerida à autoridade competente para decidir. Sobre a “queixa” decide o Supremo Tribunal do respectivo Estado federado.

Por outro lado, a “queixa” é a via de recurso indicada contra decisões da “autoridade de cartel”. Também nestes casos, sobre a “queixa” não decide uma autoridade administrativa, mas, por força do § 63.º do GWB, o Supremo Tribunal do respectivo Estado federado.

c. Procedimento de recurso “contradito”

A via de recurso do “contradito” é, nos termos dos §§ 68.º e seguintes da VwGO, o instrumento de controle *standard* dos atos administrativos no domínio do direito administrativo econômico. O “contradito” tem por finalidade levar a autoridade administrativa a

voltar a controlar a **legalidade e a oportunidade**¹² do ato **administrativo**. Por isso, o “contradito” só excepcionalmente é dispensável antes de ser interposto um recurso contencioso. Por conseguinte, devem ser respeitadas normas especiais que se destinem, de forma especial, à aceleração do procedimento.

Se a autoridade considerar que o “contradito” tem fundamento, corrige o ato, nos termos do § 72.º da VwGO. Se o “contradito” não tiver fundamento, a autoridade competente emite uma “**decisão de contradito**”. Esta decisão pode ser emitida tanto pelo superior hierárquico como pelo autor do ato ou, tratando-se de assuntos da Administração autônoma, nos termos do § 73.º da VwGO, por uma autoridade de administração autônoma.

Exemplo: Porque os assuntos da formação profissional fazem parte das funções da Administração autônoma das respectivas “câmaras” profissionais, por exemplo, uma IHK decide no caso de um “contradito” interposto contra uma decisão de controle por si própria emitida¹³.

A decisão sobre a via de recurso deve ser, nos termos do § 73.º, n. 3, da VwGO, fundamentada, devendo ser acompanhada de uma informação sobre os meios de impugnação e deve ser comunicada aos interessados. Devemos levar em consideração que, no caso concreto, o “contradito” pode agravar a posição jurídica dos atingidos (a chamada *reformatio in peius*), porque a autoridade controla o ato administrativo na sua plenitude.

3. Lista de controle — pressupostos de legitimidade

Os pressupostos de procedimento e a marcha do procedimento são, no procedimento de direito administrativo econômico, amplamente idênticos aos procedimentos gerais tradicionais de impugnação de direito administrativo e de direito de reclamação financeira. Por isso, estes dois procedimentos são tratados conjuntamente. A autoridade chamada a decidir a impugnação deve controlar a legitimidade da via de recurso adotada. Se não se verificar um pressuposto de legitimidade, a via de recurso deverá ser rejeitada, nos termos do § 358.º da AO, por falta de legitimidade. Em concreto, devem verificar-se os seguintes **pressupostos de legitimidade**¹⁴:

- na **admissibilidade** trata-se da questão de saber se efetivamente está prevista uma via de recurso e, em caso afirmativo, qual a via de recurso que deverá ter lugar no caso concreto. Por conseguinte, deverá ser verificado, em primeiro lugar, se é possível uma oposição, uma queixa ou um contradito.

Exemplo: Só é admissível um contradito, nos termos do § 68.º da VwGO, no caso de existência de ato administrativo;

- por outro lado, a admissibilidade pressupõe ainda, nos termos do § 68.º, n. 1, frase 2, da VwGO, que a via de recurso não esteja excluída por normas especiais e que não tenha sido atingida uma autoridade suprema (*oberste Behörde*). Sendo o contradito admissível, a sua interposição tem, em princípio, nos termos do § 80.º da VwGO, efeito suspensivo. Algo diverso é aplicável, por força do § 361.º da AO, para a via de recurso segundo o regime da AO;
- ponto de partida do pressuposto da **legitimidade do contencioso administrativo ou financeiro** é a consideração de que no procedimento de contradito e de oposição se trata de um **procedimento prévio**, que deve ser executado antes de se pisar a via de recurso contencioso-administrativa ou contencioso-financeira e que, por isso, tem a qualidade de um pressuposto de decisão material. Este pressuposto tem a função de delimitação relativamente a conflitos de direito constitucional e a medidas da Administração para as quais estão abertas outras vias de recurso. Verifica-se um conflito de direito administrativo quanto estão preenchidos os pressupostos previstos no § 40.º da VwGO;
- o contradito deve ser, nos termos do § 70.º, n. 1, frase 1, da VwGO, interposto junto da **autoridade competente** que praticou o ato administrativo. Nos termos do § 72.º da VwGO, esta autoridade pode dar provimento ao contradito ou terá de, nos termos do § 73.º da VwGO, emitir uma “**decisão de contradito**”. O contradito desta decisão também pode ser

interposto junto da autoridade que praticou o ato administrativo;

- a **competência para decidir sobre o contradito** não está regulada expressamente. Porém, ela resulta do sentido do procedimento de contradito e da interposição do recurso contencioso subsequente. Por conseguinte, para o procedimento prévio não pode valer outra coisa que não seja o que vigora para o recurso contencioso. Por isso, o § 42.º, n. 2, da VwGO, é direta ou analogicamente aplicável. Segundo este preceito, o contradito é legítimo, quando o atingido invoca ter sido lesado nos seus direitos. Esta é uma questão de existência de um possível direito subjetivo (ver *supra* § 33 II 2). Esta norma visa excluir o **recurso popular** e limitar a Proteção jurídica à **proteção individual**. Deve ser evitado um controle exclusivo da legalidade. Por maioria de razão, esta ideia aplica-se também à norma paralela do § 350.º da AO, relativamente à oposição e à queixa;
- o contradito deve ser interposto no **prazo de um mês** estabelecido no § 70.º da VwGO, contado a partir da notificação do ato administrativo. No caso de não interposição do recurso dentro do prazo, será de considerar uma **reposição da situação anterior**, nos termos do § 60.º da VwGO e do § 32.º do VwVfG. No caso de não ter se verificado a informação devida por parte da autoridade de recurso, o prazo é prorrogado por um ano, nos termos do § 70.º, n. 2, combinado com o § 58.º, n. 2, da VwGO. A necessidade de um prazo serve razões de segurança jurídica para a Administração e para o cidadão. A Administração tem de poder confiar, no interesse da resolução de outros assuntos, que o ato administrativo se torna inimpugnável no prazo de um mês;
- o **contradito está sujeito a forma**. Ele deve ser interposto **por escrito**, nos termos do § 70.º, n. 1, da VwGO, ou “**para assinatura**”, junto da autoridade competente. Isto se aplica, nos termos do § 357.º da AO, também à via de recurso prevista na AO.

1 Cf. Hoffmann-Riem, *ZRP* 1997, 190 e s.; Sobota, *JA* 1999, 261 e s.; Eidenmüller, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, 2000; Risse, *NJW* 2000, 1614 e s.; Pitschas, *NVwZ* 2004, 396 e s.; Vetter, *Mediation und Vorverfahren*, 2004.

2 Cf., para o conceito de controle, ainda Krebs, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1994, p. 4 e s.; Pitschas, *DÖV* 1998, 907 e s.; Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (ed.), *Verwaltungskontrolle*, 2001.

3 Cf., mais detalhadamente, Stober, in: Merten/Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, 2006, § 77, com outras referências bibliográficas.

4 Cf., mais detalhadamente, Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, §§ 101 e s.; Stober, in: Merten/Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, 2006, § 77.

5 Cf. Stober, *DÖV* 2004, 221 e s.; idem, in: Merten/Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, 2006, § 77 C 4.

6 Cf., mais detalhadamente, Stober, in: Merten/Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, 2006, § 77; Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, § 102 II.

7 *BVerfGE* 2, 230.

8 Precisamente neste sentido, *Schlussbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages*, in: *Zur Sache* 3/76, p. 149; BayVerfGH, *NVwZ* 2000, 548.

9 *BVerfGE* 2, 225, 230; BVerwG, *NJW* 1976, 637 e *NJW* 1977, 118; BayVerfGH, *NJW* 1983, 810, e *BayVBl.* 1987, 620.

10 Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, § 103.

11 Cf., mais detalhadamente, para a violação jurídico-administrativa, M. Müller, in: Wolff/Bachof/Stober, § 65.

12 Klüsener, *NVwZ* 2002, 816 e s.

13 *BVerwGE* 70, 6.

14 Cf., mais detalhadamente, Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, § 63.

F. ORGANIZAÇÃO E FINANCIAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

§ 39. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA ESTADUAL, JURÍDICO-COMUNITÁRIA E INTERNACIONAL

I. Diversidade de titulares e de autoridades

A execução e a concretização de numerosas funções de direito administrativo econômico é da competência do Executivo (art. 83.º da Lei Fundamental). Porque a lei não conhece uma regulação expressa da Constituição econômica (ver *supra* § 5 I), a organização administrativa orienta-se, no domínio da Administração econômica, pela organização geral do Estado, que resulta, no essencial, dos arts. 20.º, 30.º, 70.º, 83.º e 105.º da Lei Fundamental. De resto, também relativamente à organização administrativa vigora o princípio da **liberdade de escolha da Administração**, inclusive da **liberdade de cooperação com os privados** (ver *supra* § 32)¹. A Administração econômica dos Estados-membros é complementada pela **Administração econômica da CE**², que ganha importância devido à crescente integração (ver *supra* § 13 IV e V).

Titulares da Administração econômica são, assim, a **CE, a Federação, os Estados federados, as corporações e os serviços públicos**, bem como serviços da Administração especial. A par destes, temos a Administração econômica pelos entes da Administração autônoma (ver *supra* § 8 III e *infra* 42 e 43). Esta é acompanhada da inclusão de **privados** (ver *infra* §§ 40 e 41). Os **entes da Administração econômica** são os **órgãos de competência externa da Administração econômica**, como órgãos que atuam e/ou serviços integrados que prosseguem as funções dos entes da Administração econômica, no sentido do § 1.º, n. 4, do VwVfG, e que possuem um domínio de competências próprias dentro da Administração econômica.

Porque a Administração econômica desempenha um papel servidor (cidadão econômico como cliente), o seu supremo objetivo deveria ser

o de assegurar uma conformação próxima da economia e amiga da economia da organização. Porém, não é isto o que se verifica, considerando a diversidade de entes e de órgãos externos existentes. Não obstante a introdução de novos modelos de direção e de um *new public management* na Administração econômica³, continuam a ser feitos poucos esforços para agrupar mais os elementos orgânicos e descentralizar o emaranhado de competências. Faltam sobretudo pontos de partida centrais, que poupem ao cidadão econômico caminhadas para os diferentes serviços públicos (ver *supra* § 9 VI 3 e § 34 III 5). Seria útil atribuir ao cidadão econômico, como acontece nos §§ 13.º e seguintes do SGB-AT, um **direito geral de informação e de aconselhamento** (ver *supra* § 33 II 2). Em última análise, tais direitos podem ser invocados a partir da perspectiva da proteção dos direitos fundamentais através do procedimento (ver *supra* § 17 III 1e) e de considerações de Estado social, porque as informações são parte essencial da realização dos direitos fundamentais econômicos (ver *supra* § 27 III 1)⁴.

II. Autoridades federais e autoridades estaduais

A Federação e os Estados federados podem prosseguir funções da Administração econômica pelas instituições administrativas da Federação e próprias do Estados federados. Esta Administração da Federação e dos próprios Estados federados é designada de Administração econômica direta. Da própria Federação fazem parte as **autoridades supremas da Federação**, por conseguinte, por exemplo, o Ministério Federal da Economia e da Tecnologia e o Ministério Federal das Finanças e dos Transportes. Estes Ministérios formam o topo da pirâmide da Administração Pública. Eles tomam sobretudo decisões gerais de política econômica, têm funções de Administração central e desempenham funções de tutela.

Aos Ministérios estão subordinadas diversas **autoridades da Federação**, cuja competência abarca toda a República Federal da Alemanha. A sua função consiste em descongestionar o plano ministerial das medidas administrativas e das medidas de execução nos domínios da Administração econômica e apresentar os fundamentos

científicos das decisões de direito administrativo econômico. Em certos casos, estas autoridades têm o estatuto de “estabelecimento público” (*Anstalt*).

Exemplos: Instituto Federal da Economia e Controle das Exportações, Instituto Federal da Alimentação e Silvicultura, Instituto Federal do Ambiente, Instituto Federal dos Cartéis (§§ 48 e s. do GWB), Instituto Federal de Estatística, Instituto Federal dos Transportes de Mercadorias (§§ 10 e s. do GükG), Instituto Federal dos Medicamentos e Produtos de Medicina (§ 77 da AMG), Instituto Federal de Economia Externa, como serviço de informações econômicas, Instituto Federal de Controle da Prestação de Serviços Financeiros, Instituto Federal da Proteção do Consumidor e da Segurança Alimentar (§ 64.º do LFGB), Instituto Federal da Avaliação do Risco (§ 65.º, n. 1, letra 3, do LFGB).

As **autoridades estaduais superiores** são os respectivos Ministérios da Economia e, excepcionalmente, outros Ministérios que administram setores parciais (por exemplo, o Ministério da Agricultura, o Ministério do Consumidor, o Ministério do Ambiente). Para além destas autoridades, que não estão subordinadas a quaisquer outras autoridades estaduais, há autoridades estaduais superiores (*Landesoberbehörden*), cuja competência se estende a todo o Estado federado (por exemplo, o Instituto Estadual do Comércio). Diferentemente da Administração própria da Federação, a regra é a da existência de uma Administração subalterna ao nível do Estado federado. Neste âmbito devem ser referidas, primeiramente, as instâncias estaduais intermédias (*Presidiums de Governo*), que têm competência decisória própria, exercem funções de coordenação e exercem a tutela sobre as autoridades inferiores de Administração econômica. A instância inferior identifica-se, na maior parte das vezes, com os distritos (*Kreisen*), com as cidades não integradas em distritos (*kreisfreien Städten*) e com os Municípios. Os **Municípios** e as **associações de Municípios** prosseguem funções estaduais de Administração econômica como funções obrigatórias (*Pflichtaufgabe*), que devem ser exercidas sob orientação (ver *supra* § 8 III).

Exemplos: Assuntos de comércio, controle dos gêneros alimentícios.

Quando diferentes ramos da economia estão subordinados a uma tutela especial, a autoridade de vigilância não se identifica sempre com

a autoridade de licenciamento. Por vezes, no controle da Administração econômica participam **autoridades especiais**.

Exemplos: Serviços de controle empresarial, serviços de aferição, serviços técnicos do ambiente, serviços de proteção do trabalho.

No interesse do fomento da economia externa, os Estados federados mantêm representações em Bruxelas e acordaram entre si a manutenção das chamadas Casas Alemãs nas grandes capitais econômicas.

III. A Agência de Rede Federal como autoridade reguladora

Um papel especial na estrutura da Administração econômica é desempenhado pela **Agência Federal para a Eletricidade, o Gás, as Telecomunicações, os Correios e os Caminhos de Ferro** (§ 54.º do EnWG, § 116.º do TKG), estruturada como autoridade federal suprema autônoma. Esta Agência tem o estatuto de uma **autoridade reguladora** com um amplo domínio de competências para os referidos setores do abastecimento básico infraestrutural (ver *supra* § 26), que resultaram de antigos serviços pertencentes aos Estados federados e aos Municípios e à qual se aplica o direito administrativo de regulação, em regime de concorrência, como direito de efeito de privatização (*Privatisierungsfolgenrecht* — ver *supra* § 29 I 2)⁵.

IV. Empresas públicas

A Administração econômica direta da Federação e dos Estados federados, por outro lado, abarca as chamadas **empresas públicas** (ver *supra* § 24), as quais prosseguem funções diversificadas da Administração econômica. Elas prosseguem, entre outros, fins infraestruturais, político-estruturais, político-conjunturais, de cobertura de necessidades, de política de concorrência, de fomento da economia e de obtenção de lucro⁶.

V. Corporações e “estabelecimentos”

Para a prossecução de funções de administração econômica, a Federação e os Estados federados servem-se não só das instituições de

Administração direta. Por diferentes razões, a Federação e os Estados federados prosseguem, indiretamente, funções em setores parciais, através de **corporações, “estabelecimentos” e fundações públicas**, que frequentemente apenas estão subordinadas a tutela jurídica e, por isso, são designadas de administração federal ou estadual indireta. Estas instituições afastam-se das formas de administração até aqui referidas pela sua autonomia jurídica.

Exemplos: Banco Federal, Instituto Federal da Agricultura e Alimentação, Instituto de Apoio à Produção Cinematográfica; Instituto Federal para o Material de Investigação, Instituto de Reserva de Petróleo, Instituto de Crédito para a Reconstrução, como Banco Central de Fomento da Federação⁷ dotado de cinco pilares (Banco de Desenvolvimento, Banco de Investimento para os Países em Desenvolvimento, Banco de Financiamento das Exportações, Banco da Classe Média e Banco de Fomento das Economias de Consciência Ambiental).

VI. Organização da Administração econômica e Comunidade Europeia

relativamente à execução administrativa do direito comunitário, o Tratado da CE parte, em princípio, da já referida execução administrativa dos Estados-membros (ver *supra* § 13 IV)⁸. A assinalada divisão de competências de execução administrativa feita pela Lei Fundamental também se aplica à execução do direito comunitário, de tal modo que a execução da lei está, em geral, nas autoridades dos Estados-membros. Por outro lado, existem instituições administrativas especiais no plano da Comunidade Europeia que prosseguem funções específicas. Nos últimos tempos, verifica-se clara tendência para a “comunitarização” de instituições administrativas, com vista a se alcançarem fins de integração especiais, bem como para garantir o caráter unitário da execução e da avaliação administrativas. Não está à vista um fim para esta evolução, uma vez que pela invocação de uma harmonização de determinadas matérias são permanentemente criadas novas organizações⁹. A centralização reflete-se no procedimento administrativo dos Estados-membros, uma vez que nele frequentemente participam as administrações da Comunidade Europeia.

Exemplos: Banco Central Europeu (ver *supra* § 14 II); Gabinete de Estatística da CE (EUROSTAT); Banco Europeu de Investimento (BEI), nos termos dos arts. 9.º, 266.º e 267.º do Tratado da CE¹⁰; Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), para a concessão de marcas únicas para toda a Comunidade; Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento; Organismo Europeu de Luta Antifraude¹¹; Autoridade Europeia de Segurança Alimentar.

Especialmente evidente é o alargamento do direito administrativo comunitário à criação permanente de novas **agências europeias** altamente especializadas¹².

Exemplos: Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, Agência Europeia de Segurança Aérea, Agência Europeia de Segurança da Circulação Marítima, Agência Europeia de Controle das Pescas, Agência Europeia do Caminho de Ferro.

Independentemente disto, aumenta a necessidade de cooperação administrativa no seio da Administração europeia¹³.

Exemplo: Execução da Diretiva sobre o Reconhecimento de Qualificações Profissionais (arts. 8.º e 56.º).

VII. Organizações internacionais de Administração econômica

A organização da Administração econômica não se esgota, devido às relações e interdependências da economia internacional, nas dimensões estadual e jurídico-comunitária. Diferentemente, existem numerosas autoridades e organismos internacionais que prosseguem geralmente funções especiais. As organizações econômicas internacionais prestam, sob um duplo ponto de vista, um importante contributo para o fomento do direito econômico internacional. Por um lado, elas tentam ultrapassar o estreito bilateralismo na circulação econômica transfronteira. Por outro lado, elas são o substituto da falta de regulação material internacional. Por conseguinte, a cooperação institucional internacional tem de acelerar o diálogo sobre o direito econômico internacional, funcionando, assim, no sentido do art. III do Tratado OMC, como pioneira e promotora¹⁴. As organizações

econômicas internacionais só podem ser aqui referidas de forma exemplificativa¹⁵.

Exemplos: A **Organização Mundial do Comércio** (OMC — WTO) é a base orgânica e/ou institucional do AGCT (GATT) para o desenvolvimento das normas de comércio, sendo dotada de competência decisória e controle (ver *supra* § 16 VII)¹⁶. A OMC visa facilitar a execução do sistema do Tratado AGTC e apoiar a realização dos seus objetivos. Simultaneamente, ela visa servir de fórum para as negociações e para o ulterior desenvolvimento do sistema AGTC. Finalmente, a OMC possui um sistema de resolução de conflitos. A **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico** (OCDE — OECD) é um agrupamento mais flexível de Estados. Ela funciona como “*clearing house*” e/ou como “grupo de trabalho informal” dos Estados industrializados. A OCDE tem estatuto consultivo e analisa a política econômica dos Estados-membros¹⁷. O **Fundo Monetário Internacional** (FMI) controla, a nível mundial, a estabilidade monetária e procura salvaguardar o sistema monetário contra perturbações graves. No caso de déficits da balança de pagamentos, o FMI presta auxílio através de crédito¹⁸. O **Banco Mundial** tem sobretudo a função de apoiar a reconstrução e o desenvolvimento dos Estados-membros, bem como fomentar as atividades de investimento privado¹⁹. As **Nações Unidas** criaram numerosas instituições que se ocupam de questões de direito econômico e do desenvolvimento de leis-modelo relevantes do ponto de vista econômico²⁰.

VIII. Presença de organizações de Administração econômica no estrangeiro

No âmbito do fomento externo da economia existem no estrangeiro “**Centros Alemães de Comércio e Indústria**” — DIHZ), que também são conhecidos como “*German Centres*”. Estes “centros” reúnem o fomento externo da economia da Federação, dos Estados federados e da economia alemã sob um teto e radicam numa titularidade privada. Eles visam funcionar como pontos de partida de empresas alemãs e estrangeiras e oferecem um vasto leque de serviços como complemento do *instrumentarium* de fomento externo da economia. Estes organismos operam em cooperação com as **Câmaras de Comércio Externo** e com os **Delegados Econômicos Alemães** (ver *infra* § 43 V).

[1](#) N. Müller, *Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 1993; Erbguth/Stollmann, *DÖV* 1993, 798 e s.; Wolff/Bachof/Stober, § 90; Weiß, *DVBl.* 2002, 1167 e s.

[2](#) Wolff/Bachof/Stober, § 6 II.

[3](#) Cf., mais detalhadamente Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 5.

[4](#) Cf. Stober, *DÖV* 1995, 125.

[5](#) Lei de 7-7-2005, *BGBl.* I, p. 2009, e ainda Döhler, *Die Verwaltung* 34 [2001], 59 e s.; Fehling, *DÖV* 2002, 793, 795.

[6](#) Becker, *DÖV* 1984, 317; Gramlich, *BB* 1990, 1493; Kluth, *Öffentliche Unternehmen*, in: *LdRW*; Schmidt, § 11 I; Stober, *NJW* 2002, 2357 e s.

[7](#) Lei na revisão de 15-8-2003, *BGBl.* I, p. 1657, e ainda *BT-Ds.* 15/902 e 1127.

[8](#) Wolff/Bachof/Stober, § 6 II; Hatje, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998, p. 41 e s.; BVerwG, *NVwZ* 1997, 176 e s.

[9](#) J. P. Schneider/Schwarze/Müller-Graff (ed.), *Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung*, 2005.

[10](#) Cf., mais detalhadamente, Hahn, *DÖV* 1989, 233, 241; Schubert, *WiRO* 1998, 465 e s.

[11](#) Gleß, *EuZW* 1999, 618 e s.

[12](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 6 II 1; Groß, *DÖV* 2004, 20 e s.; R. Vetter, *DÖV* 2005, 72 e s.

[13](#) Ohler, *DVBl.* 2002, 880 e s.; Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (ed.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005; Weiß, *Die Verwaltung* 38 [2005], 517 e s.

[14](#) Ebke, *JZ* 1996, 995 e s.; Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001.

[15](#) Cf., mais detalhadamente, Gloria, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 5. ed., § 44; Köpernik, *JuS* 1976, 634 e s.; Seidl-Hohenveldern/Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 7. ed., 2000, §§ 21 e s.; Vollmöller, *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2001, p. 39 e s. e 44 e s.; Terhechte, *JuS* 2004, 959 e s.

[16](#) Barth, *NJW* 1994, 2811; Jansen, *EuZW* 1994, 333, 339; Ipsen, *RIW* 1994, 717; Heselhaus, *JA* 1999, 76 e s.; Weiß/Hermann, *Welthandelsrecht*, 2003, § 9; Tietje, in: Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, 2003, p. 17 e s.

[17](#) Köpernik, *JuS* 1976, 705 e s.

[18](#) Baer, *JuS* 1977, 506 e s.

[19](#) Hanfland, *JuS* 1977, 648 e s.; Theobald, *VerwArch.* 89 [1998], 6 e s.; Schlemmer-Schulte, *RIW* 1999, 175 e s.

[20](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001; idem, in: Baudenbacher/Busek (ed.), *Europa und die Globalisierung*, 2002, p. 309 e s.

§ 40. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA PELO CONCURSO DE PARTICULARES

I. Concessão

O Estado não tem de prosseguir, por si próprio, as funções relacionadas com a Administração econômica. Antes pelo contrário, ele possui, em geral, **liberdade de organização**, a qual tem de se orientar, na base de uma permanente evolução das funções públicas, no sentido da capacidade de funcionamento e da otimização da Administração econômica¹. Entes da Administração Pública são, para além das pessoas coletivas de direito público, também aquelas pessoas, singulares ou coletivas, de direito privado às quais foi atribuída competência para prosseguir, em nome próprio, determinadas poderes concretos de autoridade (**concessionários**). A concessão é uma forma de organização tradicional e atual do direito administrativo econômico, frequentemente utilizada, cujo significado aumenta nos tempos mais recentes, tendo em vista o desenvolvimento do **direito administrativo de garantia** (ver *supra* § 26 II)².

A concessão visa descentralizar a Administração Pública, descongestionar os entes de direito público e fazer uso da iniciativa privada, do domínio das situações, do potencial da Administração, dos meios de financiamento, dos conhecimentos técnicos, entre outros. A maior parte dos órgãos do Estado não estaria de modo algum em condições de prosseguir as competências especiais confiadas ao concessionário. Por isso, a descentralização através da concessão é, simultaneamente, uma **alternativa digna de registro à privatização plena**, no sentido de uma função de privatização (desnacionalização, desmunicipalização — ver *supra* § 3 III)³. A figura jurídica da concessão pode ser encontrada, em geral, em todos os campos da Administração econômica.

Exemplos: Capitães de barcos marítimos⁴; pilotos de aviões, nos termos do § 12.º, n. 1, do LuftSiG; mestres de barcos de pesca; peritos de gêneros alimentícios; chefes distritais do serviço de limpa-chaminés, nos termos do § 3.º do *SchornsteinfegerG*⁵, relativamente aos locais de realização de espetáculos pirotécnicos; redução da construção e proteção contra emissões; administração

das subvenções, nos termos do § 44.º, n. 3, da BHO⁶; § 33.º do PostG, para a entrega formal de documentos escritos; peritos da inspeção dos automóveis, nos termos do § 21.º da StVZO⁷; oficinas de averiguação das emissões de gases dos veículos automotores⁸; saneamento de lixos, nos termos dos § 16.º, n. 2, do KrW/AbfG⁹ e § 11.º *ElektronikgeräteG*; serviços de emissão de pareceres de auditoria ecológica, nos termos do § 28.º e 29.º do UAG, em conjunto com o regulamento de concessão; assistente de segurança aérea, nos termos do § 5.º, n. 5, do LuftSiG; §§ 1.º e 2.º do FStrPrivFinG, quanto à construção de estradas financiadas por taxas.

Porque a concessão se impôs, também é discutida, a propósito da colocação de funções públicas nas mãos de particulares, se também não serão transferíveis outros poderes para o concessionário.

Exemplos: Concessão da indústria de vigilância com determinados poderes policiais, por exemplo, no domínio dos automóveis estacionados na via pública¹⁰; concessão com funções de segurança de voo¹¹.

A concessão está sob **reserva de lei** (institucional). Os concessionários estão vinculados à prossecução do bem comum e estão subordinados à **tutela do Estado**. Em certos casos, eles podem cobrar **taxas** pela sua atividade¹².

II. Auxiliares da Administração e outros particulares

1. Auxiliares da Administração e chamamento

Por vezes, as autoridades de Administração econômica servem-se, para a prossecução das suas múltiplas funções, de **auxiliares administrativos** particulares¹³, de auxiliares por dever de ofício ou de assistentes de execução, os quais tanto são integrados numa autoridade de forma dependente e apenas como instrumento na **prossecução de funções de autoridade**¹⁴, como prestam autonomamente um contributo parcial com o carácter funcional de uma função de direito público. Eles não estão numa relação jurídica direta com terceiros, como é típico dos concessionários, mas atuam por mandato e sob a orientação da autoridade. Eles são expressão de uma *public-private-partnership* (ver *supra* § 26 II)¹⁵ e do **princípio da cooperação**, sendo apenas privatizada a realização (**privatização da realização**).

Exemplos: § 16.º, n. 1, do KrW/AbfG¹⁶; § 29.º, n. 2, do LuftverkehrsG; § 18a, n. 2, do WHG; delegação em terceiros das obrigações de manutenção de *stoks* de petróleo, nos termos do § 5.º, n. 3, do ErdölBevG; envolvimento de bancos privados na atribuição de subvenções¹⁷; o Departamento Federal de Transporte de Bens pode, nos termos do § 4.º, n. 2, do AutobahnmautG¹⁸, incumbir um mandatário privado no dever de cooperar na imposição do direito de pedágio.

A concessão e o auxílio administrativo devem ser distinguidos da chamada **imposição de uma obrigação** ou **imposição de um serviço** para a prossecução de funções públicas pelo chamamento à realização de prestações materiais ou pessoais a favor de um ente de autoridade. Aquele que é chamado a prestar um serviço não exerce uma função de autoridade. Ele apenas está subordinado, por razões de interesse público, a determinadas obrigações, as quais facilitam a Administração econômica do Estado e limitam o exercício da profissão¹⁹. Por vezes, tem-se em vista, a par do descongestionamento da Administração Pública, um reforço da autorresponsabilidade econômica ou a conservação de um abastecimento de base em determinados bens e na prestação de serviços (ver *supra* § 26 II e § 29 I 3). Mas, globalmente, é lamentada a forte oneração da economia com funções administrativas e exigido um pagamento dos custos, o que só por vezes está previsto. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o chamamento à prestação de um serviço só é lícito quando exista uma “relação de responsabilidade” do empresário onerado com a função transferida²⁰.

Exemplos: Obrigações de fornecimento; obrigações de recepção de contribuições; obrigações de estatística; constituição de uma proteção de trabalho²¹; autofiscalização no interesse da proteção contra emissões poluentes, nos termos do § 29a do BImSchG; responsabilidade por produtos e obrigações de revogação, constantes dos §§ 22.º e s. do KrW/AbfG; obrigação de prestação universal de serviços, nos termos dos §§ 78.º e seguintes do TKG²².

2. Mandatários e acreditados

A concessão, por outro lado, não se identifica com a Administração econômica através de **mandatários**²³. Em qualquer caso, este conceito é plúrimo. Trata-se aqui apenas de mandatários que estão encastrados na esfera empresarial e que também servem a autofiscalização. Estes

mandatários existem sobretudo no domínio da fiscalização econômica e são ali vistos como pedra angular da organização da proteção ambiental intraempresarial e como elemento da “**gestão do risco**” (ver *supra* § 29 I 5 e § 29 IV 3).

Exemplos: Mandatário em caso de incidente (§ 58.ºa do BImSchG); mandatário de bem de perigo; mandatário empresarial de proteção das águas (§ 21.ºa-f do WHG); mandatário empresarial de recolha e triagem de resíduos sólidos urbanos (§ 54.º KrW/AbfG); mandatário de técnica genética (§§ 6.º, 14.º e 15.º GenTG).

A figura jurídica do mandatário distingue-se da figura jurídica do **responsável** pelo fato de este se situar no plano da realização de negócios e de a autoridade competente dever ser considerada como parceira de diálogo. Este instituto visa, como o próprio nome indica, um reforço da autorresponsabilidade empresarial e uma maior conscientização das obrigações empresariais.

Exemplos: Responsável pela proteção contra emissões (§ 52a do BImSchG); responsável pelas exportações com base no § 3.º, n. 2, do AWG; responsável pelos resíduos sólidos (§ 53.º do KrW/AbfG).

Por outro lado, a Administração econômica serve-se, de modo diferenciado, de **peritos recrutados publicamente**, de comissões de peritos e de **pessoas acreditadas**.

Exemplos: Conselho de Peritos para a Emissão de Parecer sobre o Desenvolvimento Global; Comissão de Monopólios (§ 24b, n. 3, do GWB); Departamento Federal de Controle dos Escritos que Constituem Perigo para a Juventude; Comissão dos Livros de Gêneros Alimentícios (§ 16.º do LFGB).

Enquanto o instituto dos peritos recrutados publicamente é uma forma de organização especificamente alemã, regulada mais pormenorizadamente no § 36.º da GewO, dentro da CE impõe-se cada vez mais a figura jurídica do **serviço de certificação**, o qual pode ser obtido através de uma acreditação (reconhecimento pelo Estado) (ver *supra* § 29 V 2b)²⁴. Estas instituições de controle realizam sobretudo serviços das instituições estaduais com funções de fiscalização econômica²⁵, na medida em que controlam produtos (DIN EN 45001 e 45011), certificam pessoas (DIN EN 45013) e avaliam sistemas de garantia de qualidade (DIN EN 45012). Competente para a acreditação dos serviços de certificação e dos laboratórios de controle é a

Sociedade de Entes de Acreditação, sociedade de responsabilidade limitada, como serviço de acreditação no sentido do DIN EN 45003.

Exemplo: Serviço de Vigilância de Instrumentos Técnicos de Trabalho, nos termos do § 17.º, n. 5, do GPSG.

1 Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (ed.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997; Budäus (ed.), *Organisationsmodell öffentlicher Aufgabenwahrnehmung*, 1998.

2 Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, 2. ed., § 46; Voßkuhle, *VerwArch.* 92 [2001], 184, 215; Heintzen e Voßkuhle, *VVDStRL* 62 [2003], 222 e s.; Bumke, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (ed.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 75, 121.

3 Cf. Wolff/Bachof/Stober, § 90; Peine, *DÖV* 1997, 353 e s.; P. M. Huber, *DVBl.* 1999, 489 e s.

4 EuGH, *DVBl.* 2004, 182.

5 *BVerwGE* 84, 244, 246; BFH, *BB* 1997, 561; VG Stuttgart, *GewArch.* 1999, 166; LG Arnsberg, *NVwZ-RR* 2003, 345.

6 U. Stelkens, *NVwZ* 2004, 304 e s.

7 *BGHZ* 122, 85 e s.

8 OLG Schleswig, *NJW* 1996, 1218.

9 Kahl, *DVBl.* 1995, 1327 e s.; Kummer/Giesberts, *NVwZ* 1996, 1166 e s.; Weidemann, *DVBl.* 1998, 661 e s.; Pippke, *Öffentliche und private Abfallentsorgung*, 1999, 129 e s.; Kiefer, *NVwZ* 2001, 1109 e s.; noutro sentido, Burgi, *NVwZ* 2001, 601, 603 (concessionário).

10 Cf., mais detalhadamente, Stober, *NJW* 1997, 889 e s.; idem, *GewArch.* 1997, 217 e s.; idem, *ZRP* 2001, 260; Klüver, *Beleihung im Sicherheitsgewerbe*, 2006.

11 K. Baumann, *DVBl.* 2006, 332 e s.

12 Wolff/Bachof/Stober, § 90.

13 Cf., mais detalhadamente, Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999; Wolff/Bachof/Stober, § 90a.

14 Cf. Peine, *DÖV* 1997, 353 e s.

15 Tettinger, *DÖV* 1996, 764 e s.; Wolff/Bachof/Stober, § 92.

[16](#) Cf., mais detalhadamente, Stober, in: Tettinger (ed.), *Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships*, 1994, p. 25 e s.; Kummer/Giesberts, *NVwZ* 1996, 1166 e s.; Kahl, *DVBl.* 1995, 1327 e s.; Höftmann, *Public Private Partnership als Instrument der kooperativen und sektorübergreifenden Leistungsbereitstellung*, 2001.

[17](#) Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999, p. 117 e s.

[18](#) Lei de 2-12-2004, *BGBI.* I, p. 3123 e s.

[19](#) Arndt, *Inpflichtnahme der Wirtschaftsteilnehmer*, in: *LdRW*; Halldorn, *Der Unternehmer als Erfüllungsgehilfe des Staates*, 1997; Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999, p. 252 e s.; idem, *GewArch.* 1999, 39; Lücke, *DVBl.* 2001, 1469, 1474; Wolff/Bachof/Stober, § 90a VI; OVG Münster, *NWVBl.* 1999, 224.

[20](#) *BVerfGE* 77, 308, 337; 85, 226, 237; *BVerfG*, *NJW* 1999, 1621; *BGH*, *NJW* 1997, 574, 578; Wolff/Bachof/Stober, § 90a VI.

[21](#) *BVerwGE* 81, 185, 188.

[22](#) Neste sentido, também Schoch, *VVDStRL* 57 [1998], 157, 210.

[23](#) Cf. Fuchs, *DÖV* 1986, 363 e s.; R. Weber, *Der Betriebsbeauftragte*, 1988.

[24](#) Kollmer, *GewArch.* 1999, 48 e s.

[25](#) Cf., mais detalhadamente, Di Fabio, *VVDStRL* 56 [1997], 237, 244 e s.; Merten, *DVBl.* 2004, 1211 e s.

§ 41. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA ORGANIZADA SEGUNDO O DIREITO PRIVADO E PRIVATIZAÇÃO

I. Privatização formal

Já foi referido que a Federação e os Estados federados fazem cada vez mais uso da possibilidade de delegar a prossecução de funções da Administração econômica em **organizações de direito privado** integradas na Administração Pública (ver *supra* § 3 III, § 26 II)¹. São múltiplas as razões de ser destes satélites, sociedades administrativas, sociedades de capitais e sociedades filiais. Na base da **privatização formal (privatização orgânica)** da Administração econômica, que por vezes também é caracterizada de “privatização aparente”, está o objetivo de descentralizar a Administração e, especialmente, de transferir funções administrativas separáveis para a formação de domínios de autorresponsabilidade ou devido à natureza dos assuntos materiais. Por outro lado, a Administração deve ser liberta das algemas rigorosas do direito público orgânico, a fim de ser possível uma atuação administrativa flexível, transparente, eficiente e desburocratizada (por exemplo, a simplificação do recrutamento de pessoal). A privatização orgânica não leva a que a Administração Pública possa se furtar completamente às vinculações de direito público (ver *supra* § 17 III 1c e § 33). Em especial, existem numerosas obrigações de intervenção. As formas jurídicas de manifestação da Administração organizada segundo o direito privado são tão diversificadas como as possibilidades de conformação existentes das sociedades de direito privado.

Exemplos: Sociedades de fomento da economia; instituições bancárias do Estado.
O Fundo de Vendas serve-se da Sociedade Central de *Marketing* da Agricultura Alemã, GmbH — CMA.

II. Privatização material

As questões do “se” e do “em que medida” pode haver uma **privatização material (privatização de funções)**² de atividades econômicas da Administração colocam-se forçosamente depois da privatização formal e da participação de privados através de amplas

formas de organização da Administração econômica, e uma vez que numerosas funções econômicas típicas do Estado também são prosseguidas por privados paralelamente com o Estado (ver *supra* § 3 III e § 26 II). Não se trata aqui apenas — como consta do § 7.º da BHO — de um problema de política de ordenação (ver *supra* § 3 III). No entanto, este preceito ainda não foi assumido na Lei dos Princípios Orçamentais. Por isso, ele apenas obriga a Federação. A par disso, existem outras normas, que no entanto só raramente estabelecem uma obrigação jurídica de privatização³. Nos tempos mais recentes foram privatizadas numerosas empresas federais e participações (ver *supra* § 3 III)⁴.

Pelo contrário, nos Estados federados e nos Municípios a privatização material prossegue, antes, a reboque. Este fenômeno também está relacionado com o fato de os limites da privatização serem controversos por diferentes razões⁵. Diferentemente, na prática administrativa são cada vez mais aplicados e discutidos numerosos modelos de uma *public-private-partnership* (modelo de operador, modelo de direção de empresa, modelo de *leasing* — ver *supra* § 26 e § 40)⁶, os quais são, por vezes, a expressão de uma **privatização funcional**, que deve ser enquadrada entre a privatização formal e a material⁷. As privatizações não desoneram o Estado da sua **responsabilidade de garantia e de regulação** pelo funcionamento das funções privatizadas ou da instalação (ver *supra* § 26 II e § 29 I 2).

¹ *Monopolkommission, Hauptgutachten 1990/1991*, p. 23 e s.; Bauer, *VVDStRL 54* [1995], 243, 251 e s.; Peine, *DÖV* 1997, 353 e s.; Wolff/Bachof/Stober, § 91.

² Wolff/Bachof/Stober, § 93.

³ Cf., mais detalhadamente, Helm, *Rechtspflicht zur Privatisierung*, 1999.

⁴ Cf., mais detalhadamente, *Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/95*, p. 38; Bundesministerium der Finanzen (ed.), *Beteiligungsbericht*, 2005.

⁵ Cf., por exemplo, Helm, *Rechtspflicht zur Privatisierung*, 1999, p. 53 e s.

[6](#) Schoch, *DVBl.* 1994, 962 e s.; Tettinger e Püttner, in: *FS für Friauf*, 1996, p. 569 e s., 729 e s.; Budäus/Eichhorn (ed.), *Public Private Partnership*, 1997; Wolff/Bachof/Stober, § 92.

[7](#) Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999; cf. também Di Fabio, *JZ* 1999, 585, 589.

§ 42. ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA MUNICIPAL

Na doutrina do direito administrativo econômico não é sequer referida a Administração econômica municipal. Neste local apenas nos referimos à Administração econômica municipal no sentido de uma resolução por autorresponsabilidade no plano local, sendo que a organização das funções do chamado domínio de ação transferido e/ou da Administração municipal como estrutura sujeita à orientação da Administração econômica do Estado já foi mais acima referida (ver *supra* § 8 III 1, § 39 II). Por consequência, apenas são possíveis e necessárias medidas jurídico-orgânicas de autorresponsabilidade no plano municipal para a resolução das funções locais de infraestrutura, de planificação e de fomento da economia (ver *supra* §§ 26 e s.)¹. As formas de organização da Administração econômica municipal correspondem, em larga medida, às correspondentes formas da Administração econômica do Estado.

As funções da Administração econômica municipal são, em primeiro lugar, prosseguidas pelas **autoridades** e pelos **serviços municipais** (por exemplo, serviço de fomento da economia). Por outro lado, tal como acontece no plano federal e estadual, são constituídos **serviços de orientação e serviços diretos**, que fazem parte das empresas públicas não autônomas no plano municipal². Independentemente disso, os Municípios criam **instituições públicas**³ para a prossecução de determinados fins econômicos (por exemplo, mercados, pavilhões de exposições etc.). Os Municípios e as associações de Municípios podem explorar **caixas econômicas** e instituições dotadas de capacidade jurídica de direito público e/ou empresas econômicas autônomas⁴. Das suas funções faz parte, sobretudo, o fornecimento de crédito à classe média e a círculos da população economicamente débeis⁵. Por outro lado, estas instituições apoiam os Municípios nos domínios econômico, de política regional, social e cultural (ver o § 6.º do BW-SparkassenG).

A criação de **sociedades do direito privado** e a participação nelas desempenham um papel de destaque na Administração econômica municipal. Isto é válido, especialmente, para as empresas de

abastecimento, de saneamento e de transportes, as quais por vezes estão concentradas num consórcio ou numa *holding* e são geralmente constituídas sob a forma de sociedades de responsabilidade limitada. A estas juntam-se ainda as **sociedades de fomento da economia, os parques tecnológicos, as sociedades de feiras e de exposições**⁶. Neste domínio há muitos aspectos controversos. Em especial, não é clara a questão de saber se e em que medida os Municípios podem exercer uma atividade econômica (ver *supra* § 24 e § 33 I) e se eles se podem instalar também fora do território do Município (ver, por exemplo, § 107, n. 3, da NWGemO)⁷ e no estrangeiro⁸.

¹ Cf., sobre a economia da Administração autônoma, Oebbecke e Burgi, *VVDStRL* 62 [2003], 366 e 404 e s.

² Häuselmann, *JuS* 1984, 940; Zeiss, in: *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 2. ed., § 95 C.

³ Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, § 95 V 3, n.m. 179 e s.

⁴ M. Müller, in: Wolff/Bachof/Stober, § 88 VIII; Oebbecke, *LKV* 2006, 145 e s.

⁵ *BVerwGE* 41, 196; *BVerfGE* 75, 192, 197 e s.; BGH, *DVBl.* 2003, 942; SächsVerfGH, *DVBl.* 2001, 293, Henneke, in: *FS für Brohm*, 2002, p. 81 e s.; Ruge, *ZG* 2004, 13 e s.

⁶ Cf. Schiefer, *Kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaften*, 1989; idem, *SächsVBl.* 1993, 169 e s.; Dose, *VerwArch.* 81 [1990], 228 e s.; Erbguth/Schlacke, *NWVBl.* 2002, 258 e s.

⁷ RPVerfGH, *GewArch.* 2000, 326.

⁸ Kritisch Ehlers, *DVBl.* 1998, 497, 504; Badura, *DÖV* 1998, 818, 822, e, mais detalhadamente, Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000.

§ 43. ADMINISTRAÇÃO AUTÔNOMA DA ECONOMIA

I. Conceito de Administração autônoma e ideia de Administração autônoma

1. As câmaras como Administrações autônomas funcionais

Uma parte considerável das funções da Administração econômica é prosseguida pelos entes da Administração autônoma econômica que, do ponto de vista orgânico, estão ao lado da Administração econômica do Estado e dos Municípios. O conceito de Administração autônoma da economia não se encontra cunhado ou definido na lei. No entanto, esta designação encontrou, nos últimos tempos, uma consagração na legislação. Assim, o § 18.º, n. 1, do KrW/AbfG integra as câmaras de comércio e indústria, as câmaras de artífices e as câmaras agrícolas nas corporações da Administração autônoma da economia. Por este conceito a doutrina entende conteúdos distintos. Unidade existe apenas quanto ao fato de a Administração autônoma econômica ser uma forma de manifestação da **Administração autônoma funcional**¹.

Do ponto de vista do direito administrativo econômico e da organização das funções administrativas, a expressão Administração autônoma da economia tem de satisfazer critérios formais e materiais. Os critérios formais são pressuposto da presença de uma **organização de direito público**. Desta maneira, não entram em linha de conta as concentrações de direito privado. Os critérios materiais exigem que funções administrativas do Estado e/ou públicas sejam realizadas por determinados setores da economia privada. Assim, é suprimida a inclusão da atividade econômica dos entes de autoridade. Esta caracterização da Administração autônoma da economia corresponde à tradição deste instituto jurídico. A Administração autônoma é expressão da ideia, subjacente ao **liberalismo econômico**, da **subsidiariedade** do Estado no domínio econômico (ver *supra* § 8 III 2 e § 12)². Por outro lado, a Administração autônoma é a consequência orgânica da decisão a favor de uma ordem jurídica orientada à economia de mercado e livremente constituída, que **assegura e reforça simultaneamente os direitos fundamentais econômicos**³,

sendo desta maneira efeito da autorresponsabilidade e da corresponsabilidade da economia pelo bem comum econômico. Devido à sua distância em relação ao Estado na simultânea proximidade econômica, a Administração autônoma econômica é justamente caracterizada de intermediária entre o Estado e a economia⁴.

Por um lado, o Parlamento Federal (Câmara Baixa) e o Governo Federal depositam, por vezes, por estas razões, um voto de confiança nas câmaras de administração autônoma organizadas segundo o direito público⁵. Por outro lado, o mandato e a posição destas formas de organização ainda continuam a ser postos em questão do ponto de vista da política de ordenação. Assim, por vezes, é exigida uma reforma do direito municipal ou uma privatização das câmaras⁶. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal reafirma, em jurisprudência uniforme, a função especial e o mandato público especial sobretudo das câmaras de comércio e indústria⁷.

2. Para a internacionalização da ideia de Administração autônoma

Pelas razões expostas, a ideia de Administração autônoma também deveria ser fundamento de uma desejável **Carta Europeia de Administração Econômica Autônoma**⁸, que desde 1998 apenas existe para as câmaras de comércio. Internacionalmente, a Administração autônoma da economia, em harmonia com a termo-chave “globalização”, deveria fazer parte do futuro programa de negociações AGCT/OMC⁹.

II. Delimitação relativamente a formas equivalentes de manifestação

A Administração autônoma da economia não se identifica com a **Administração autônoma das classes profissionais**. A diferença entre os dois tipos de Administração autônoma reside no fato de — como já esclarece o conceito — a Administração autônoma das classes profissionais prosseguir os interesses de determinadas profissões como uma organização profissional, enquanto a Administração autônoma da

economia está mais obrigada prosseguir o interesse global de um grande número de profissões¹⁰. A **Administração autônoma das profissões liberais** deve ser apresentada, por razões da conformação normativa, separadamente da Administração autônoma da economia¹¹. Na verdade, as leis aplicáveis acentuam que os profissionais liberais não exercem uma indústria (§ 2.º, n. 2, da BRAO; § 18.º do EStG). Por isso, as profissões liberais só fazem parte, nos termos do § 2.º, n. 2, do IHKG, das câmaras de comércio e indústria se estiverem registradas no **registro comercial**. Independentemente desta posição especial, há na inclusão das profissões liberais no direito administrativo econômico desde logo um interesse resultante do fato de, por vezes, serem exercidas atividades próximas da economia, bem como do fato de a capacidade de funcionamento da vida econômica depender de forma decisiva da realização de serviços das profissões liberais¹². Finalmente, considerando a prática econômica (por exemplo, as farmácias) e a mais recente flexibilização do direito das classes profissionais (publicidade, filiais, concentrações sob a forma de sociedades de responsabilidade limitada etc.), é questionável se ainda é satisfatória a sua separação relativamente à Administração autônoma da economia¹³.

Por outro lado, a Administração autônoma da economia não tem a mesma cobertura das chamadas **câmaras econômicas**, que por vezes subsistem na base do direito estadual (art. 46.º da BremVerf.; arts. 71.º e s. da RPVerf.). Estas instituições não prosseguem quaisquer funções administrativas, mas exercem função pré-parlamentar e são órgãos auxiliares do legislador.

III. Raio de ação e âmbito de funções

Tal como na Administração econômica municipal (ver *supra* § 8 III 1), na Administração autônoma da economia devemos fazer uma distinção entre o **raio de ação próprio e transferido** e/ou entre assuntos de Administração autônoma e assuntos do Estado. Os âmbitos de funções devem ser entendidos de forma dinâmica, em termos de abarcar a evolução estrutural. O ponto central da atividade reside na prossecução das funções de Administração autônoma. No entanto, por

razões de desconcentração da organização da Administração autônoma, o legislador pode, por lei ou regulamento, transferir determinadas funções que caem no domínio da Administração econômica do Estado. Por outro lado, o apoio da Administração econômica do Estado tem em vista, em geral, o objetivo de assegurar às decisões do Estado nestas áreas uma medida quanto possível elevada de proximidade material e de precisão¹⁴. Por isso, o Supremo Tribunal prussiano considerou as câmaras como “**órgãos auxiliares do governo estadual**”, que o Estado criou para o apoiar “na assistência ao comércio e aos transportes, com as suas experiências profissionais”¹⁵.

Exemplos: Direito de audição na criação e na participação em empresas econômicas dos Municípios, nos termos do § 107.º, n. 5, da NWGemO; audição na interdição de indústrias, nos termos do § 35.º, n. 4, da GewO.

O **âmbito de funções** da organização da Administração autônoma da economia é multiforme. É certo que a descrição de funções consagrada no § 1.º do IHKG e no § 90.º da HwO não se alterou desde o surgimento da primeira câmara. Ele abarca, como tradicionalmente, **funções obrigatórias e funções facultativas**. As câmaras concentram-se na defesa para o exterior dos interesses coletivos da classe profissional¹⁶, no fomento da economia empresarial para o interior, na participação na admissão à profissão, no controle dos membros, na formação e atualização, no aconselhamento de órgãos estaduais, na emissão de pareceres, bem como na criação de instalações para apoiar os diferentes ramos profissionais¹⁷. No entanto, nos últimos tempos surgem cada vez mais câmaras de **centros de serviços para os empresários e para as agremiações econômicas**, as quais são, simultaneamente, importantes parceiros de diálogo para as regiões, as cidades, os Municípios e os distritos. Porque as câmaras já deram provas no passado da sua atividade, são-lhes permanentemente transferidas novas funções para a sua realização¹⁸, funções que na maioria das vezes elas prosseguem no quadro do seu mandato político-empresarial especial, no interesse dos empresários por si representados.

Exemplos: Conservação de instituições de formação; serviços de aconselhamento da CE; nomeação de peritos nos termos do § 36.º da GewO; registro local, após controle ambiental bem-sucedido, nos termos dos §§ 32.º e seguintes do UAG; emissão de informações vinculativas para a apresentação de certificados de origem, nos termos do art. 12.º do Código Aduaneiro; disponibilização de serviços de conciliação, de serviços de intermediação, de serviços de mediação e de centros de qualidade; realização de funções estatísticas, nos termos do § 4.º do Statistikregistergesetz; competência, nos termos do § 3.º do Unterlassungsklagengesetz; diminuição dos controles de experiência técnica, nos termos do § 34.ºa, n. 1, da GewO; participação, nos termos do § 21.º, n. 1, frase 5, do AufenthG, na admissão profissional de estrangeiros.

Em termos controversos, é discutida a questão de saber se deve ser transferida para as câmaras de indústria e comércio a **realização do registro comercial**, que tradicionalmente é executado, nos termos dos §§ 8.º e seguintes do HGB e dos §§ 125.º e seguintes do FGG, nos tribunais de comarca¹⁹.

Resumindo, as câmaras estão obrigadas a um tríplice mandato:

- Elas são **orientadas ao Estado**.

Exemplos: Prestação de informações econômicas, colaboração em projetos de lei, realização de controles.

- Elas são **orientadas à economia regional**.

Exemplo: Colaboração na otimização da infraestrutura econômica e no fomento da economia.

- Elas são **orientadas às empresas**.

Exemplo: Prestação de serviços à criação de empresas e às empresas, no sentido de fornecimento básico infraestrutural em matéria de prestações anteriores ao mercado, como, por exemplo, a participação informativa num projeto de aeroporto²⁰ ou o aconselhamento²¹.

IV. Fim da Administração autônoma e obrigatoriedade de ser membro

1. Razões da Administração autônoma

O fim da Administração autônoma consiste na **descentralização de funções administrativas** e, assim, no descongestionamento da Administração econômica estadual e municipal, no interesse de uma resolução autorresponsável no espaço supralocal (o chamado **princípio regional**). Por outro lado, é prosseguido o objetivo de facilitar um justo equilíbrio de interesses e de contribuir para uma mais efetiva realização do fim²². Além disso, tem-se em vista fazer uso de competência externa à Administração e da proximidade aos assuntos dos membros das câmaras. Finalmente, existe uma **razão de ordem democrática** que é, concretamente, a participação ativa dos atingidos na resolução dos seus próprios assuntos²³. Por conseguinte, o princípio democrático complementa e reforça a Administração autônoma funcional²⁴.

A Administração autônoma da economia assenta, em princípio — como refere o § 2.º do IHKG —, nas **uniões obrigatórias**, que também existem em diversos outros Estados europeus²⁵. A obrigatoriedade de se tornar membro é criticada sobretudo devido aos efeitos financeiros a ela associados, com o fundamento de que os diferentes membros da câmara não têm vantagens significativas pelo fato de serem membros da câmara. Esta argumentação desconhece o cerne do direito de contribuição (ver *supra* § 15 I 1c)²⁶, a função de **assistência de base** das câmaras e as ideias de **comunidade solidária**, que não podem ser ativadas através de uma voluntariedade em se tornar membro²⁷. Por estas e por outras razões, as obrigatoriedades de se tornar membro são, segundo a jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional Federal, compatíveis com os arts. 9.º e 2.º da Lei Fundamental. A obrigatoriedade de se tornar membro também é conforme ao direito comunitário (ver *supra* § 18 I 3)²⁸.

Na perspectiva da **nova economia institucional**, as câmaras contribuem para a minimização da falta de regulação e de execução jurídicas do Estado, na medida em que, pela troca de informações e pelo trabalho coletivo, eliminam assimetrias informacionais e velam pelo *fair play* na vida negocial e pela segurança jurídica²⁹.

2. O mandato político-empresarial especial

Enquanto o Estado e os Municípios gozam, em princípio, de uma competência genérica e têm de levar em consideração os interesses de todos os residentes e profissionais, as organizações de Administração autônoma da economia estão vinculadas a um limitado âmbito de funções, organizado por profissões. Por conseguinte, os titulares da Administração autônoma da economia não desalojam o Estado, nem os Municípios, da Administração econômica. As câmaras não têm, pois, um mandato político geral, mas um mandato político-empresarial especial (ver *supra*, § 18 I 3)³⁰. Este mandato legitima-as a prosseguirem os interesses públicos especiais dos empresários que representam. Outro limite de atividade resulta do fato de as instituições de Administração autônoma não poderem fazer qualquer concorrência com os seus membros através de **atividade econômica própria**³¹. Não é possível proceder a uma clara delimitação de funções.

Exemplos: A atividade empresarial de hotéis e restaurantes não faz parte, em princípio, das funções legais das câmaras³². Com a organização de cursos de aperfeiçoamento, as câmaras não ultrapassam, em princípio, o domínio de funções que lhe foi confiado³³.

3. Obrigatoriedade de se tornar membro para prestar serviços no mercado interno

No caso de obrigatoriedade de se tornar membro com efeito contributivo, devemos fazer uma distinção, quanto aos sujeitos econômicos de outros Estados-membros da CE, entre a **liberdade de estabelecimento** e a **liberdade de prestação de serviços**. Se num Estado-membro de acolhimento apenas forem prestados serviços de conformidade com os arts. 49.º e seguintes do Tratado da CE (ver *supra* § 9 VI), a obrigatoriedade de inscrição provoca atrasos, mais dificuldades e encarece a prestação de serviços. Por isso, a inscrição pode ter lugar, se necessário, de forma automática e não pode causar custos administrativos para o prestador de serviços em causa, nem pode implicar o pagamento de contribuições para a câmara³⁴. Por isso, esta qualidade de membro “pró-forma” faz todo o sentido, porque permite uma vigilância do país de destino, que não é possível às autoridades do Estado de origem exercer (ver o art. 6.º da Diretiva

sobre o Reconhecimento de Qualificações Profissionais e *supra* § 9 VII 3)³⁵.

V. Formas de organização da Administração autônoma da economia

1. Estatuto da corporação como tipo-base

a. Os diferentes poderes de autoridade

A Administração autônoma da economia tem lugar através de **corporações de direito público**, as quais estão sujeitas à **tutela do Estado** (sob a forma de tutela de legalidade ou de tutela técnica)³⁶, sendo que para o seu financiamento têm de impor **contribuições e taxas**, nos termos dos §§ 3.º do IHKG e 113.º da HwO (ver *supra* § 15 I 1c). Para tal fim, foram atribuídos aos entes de Administração autônoma **poder regulamentar e autonomia orgânica**³⁷, **tributária, de pessoal** e, nos termos do § 1.º, n. 4a, do IHKG, considerando a crescente necessidade de trabalho conjunto³⁸ para além dos limites das câmaras, **autonomia de cooperação**³⁹. Devido à sua autonomia jurídico-administrativa, estes entes fazem parte, organicamente, da **Administração estadual indireta**.

b. Para o ônus de contribuição dos membros

Os custos da atividade das câmaras são, em princípio, cobertos pela imposição de contribuições, de acordo com o regulamento de **contribuições** (ver *supra* § 15 I 1c e *infra* § 44)⁴⁰. Segundo o regime jurídico das contribuições, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1999⁴¹, está em primeiro plano a **desoneração das pequenas empresas** e uma conformação mais flexível das contribuições. Na verdade, nos termos do § 3.º, n. 3, frase 1, do IHKG, a contribuição de base pode ser escalonada. Para tal, deverão ser levados em consideração, especialmente, o tipo, o âmbito e a capacidade de prestação da empresa (por exemplo, o tipo de negócio, o volume de vendas, o número de empregados, a existência de filiais etc.). Este **princípio da capacidade de prestação**, imposto pela ideia de solidariedade, é concretizado no § 3.º, n. 3, frase 3, do IHKG, na

medida em que dispensa os membros da câmara não inscritos no registro comercial do pagamento de contribuição, quando o produto do comércio ou o lucro de exploração, apurado segundo a lei do IVA, não ultrapassa os 5.200 euros. Abstraindo desta **regulação para as pequenas empresas**, os **fundadores de empresas** estão dispensados da contribuição-base, pelo período de dois anos, se a produção da empresa ou o lucro da exploração empresarial se situar abaixo dos 25.000 euros. Esta regulação representa um corte no princípio da igualdade de ônus. Ela atinge, segundo se estima, várias centenas de milhar de pequenas empresas.

c. Órgãos de câmara e eleições na câmara

As funções da Administração autônoma da economia são exercidas, antes de mais, pelas próprias câmaras, as quais, no entanto, podem criar instituições delas dependentes. Os órgãos são a assembleia geral, o presidente e as comissões, cargos que são exercidos **honorariamente**, bem como o diretor-geral. A legitimação para a prossecução pelas corporações das funções tem lugar segundo o princípio democrático, aplicável a todos os órgãos do Estado, através de **eleição dos membros**, nos termos dos §§ 5.º e 6.º do IHKG, do § 95.º da HwO, em conjunto com o Anexo C⁴². Por vezes, a manutenção das chamadas **eleições de paz** (proposta de eleição sem ato de eleição) é considerada como de pleno sentido e adequada, devido ao reduzido interesse dos membros da câmara⁴³. Mas este entendimento não é compatível com o princípio democrático⁴⁴, porque as Administrações autônomas funcionais visam complementar e reforçar o princípio democrático⁴⁵. As decisões essenciais das câmaras estão reservadas para a **assembleia geral**, a qual possui os correspondentes direitos de informação e de cooperação⁴⁶.

d. Câmaras de comércio externo

Posição especial ocupam as **câmaras de comércio externo**⁴⁷. Trata-se aqui de concentrações voluntárias no plano do direito privado, que são constituídas no respeito pelo direito do Estado de acolhimento. Quando a criação de câmaras de comércio externo não for oportuna ou não for possível, as funções são exercidas pelos **escritórios delegados**

da economia alemã, os quais não dispõem nem de membros, nem de direções camarárias. No centro está a prestação de serviços no interesse da abertura do mercado às empresas alemãs e do fomento da economia externa. Conjuntamente com as representações diplomáticas e consulares e com os serviços federais de informações de comércio externo, os escritórios delegados fazem parte da **concepção clássica dos três pilares do fomento externo da economia**, mas a sua eficiência é cada vez mais criticada e torna-se duvidosa na base da política econômica externa de direito comunitário.

2. Formas de organização das manufaturas

Em oposição à organização unitária das câmaras de indústria e comércio, na ordenação das manufaturas distinguem-se quatro formas de organização diferentes das manufaturas: os grêmios de artesanato (§§ 52.º e s. da HwO), as federações de grêmios (§§ 79 e s. HwO), as circunscrições de artífices (§§ 86.º e s. da HwO) e as câmaras de artífices (§§ 90.º e s. da HwO)⁴⁸, cujo estatuto corresponde, em larga medida, ao estatuto das câmaras de indústria e comércio.

Posição especial é ocupada pelos grêmios de artífices e pelas circunscrições de artesanato, que assentam na adesão voluntária dos seus membros. Por um lado, elas são parte da Administração estadual (em sentido amplo). Por outro lado, elas prosseguem os interesses econômicos e de classe profissional comuns das manufaturas em si concentradas⁴⁹. Desde a revisão do regime das manufaturas de 1998, os grêmios de artífices também estão abertos às indústrias equiparadas às manufaturas e, desde a reforma do regime das manufaturas de 2003, estão equiparadas às manufaturas não necessitadas de admissão (ver volume II § 48)⁵⁰. Deste modo é tomada em consideração a importância destas empresas no seio da ordenação das manufaturas. As federações de grêmios são pessoas coletivas de direito privado. No entanto, elas podem desempenhar, tal como os grêmios, funções públicas por atribuição da lei⁵¹. Por conseguinte, a sua forma jurídica é atípica, como se elas fossem constituídas exclusivamente por corporações de direito público.

Por um lado, o estatuto de corporação legalmente prescrito para as agremiações e para as circunscrições de artífices pode ser justificado pelo fato de as agremiações e circunscrições de artífices cumprirem numerosas funções de direito administrativo econômico. Elas realizam a formação e o controle, e funcionam especialmente como centros de prestação de serviços, próximos do local, aos artesãos (aconselhamento jurídico, aconselhamento fiscal)⁵². Por outro lado, é duvidosa a questão de saber se a estrutura orgânica tradicional ainda é atual, se leva na devida consideração a mudança de estrutura nas manufaturas⁵³, se satisfaz as exigências das empresas e se não onera excessivamente os membros com contribuições⁵⁴. Por vezes, o grau de organização dos grêmios é muito reduzido, razão por que a capacidade de prestação das circunscrições de manufatura é posta em perigo. Também as organizações de artífices têm de se adaptar às exigências de eficiência e de sinergias do novo modelo de orientação administrativa e à introdução do *new public management*⁵⁵. Um primeiro passo nesta direção de uma administração restrita das manufaturas é a extinção, entretanto verificada em vários Estados federados (Berlim, Hamburgo e Saarland) e regiões (por exemplo, Munique), das circunscrições de artífices como organizações autônomas. Simultaneamente, seria de considerar se não deveriam ser transferidas para as câmaras de manufaturas, para fins de simplificação da Administração, outras funções do Estado⁵⁶ e se não poderiam ser extintas certas obrigações de prévia obtenção de licença.

Um critério de delimitação para o enquadramento das empresas nos diferentes sistemas de câmaras consiste, tradicionalmente, em saber se existe uma manufatura ou outra indústria. Por vezes, existe uma **dupla inscrição como membro**. Nos últimos tempos, tem-se refletido com maior intensidade sobre se a distinção clássica não estará ultrapassada⁵⁷. Em certos casos é sugerida a integração numa câmara como forma de desanexar a empresa da exploração empresarial artesanal, a fim de incluir outras empresas nas câmaras⁵⁸. Esta argumentação desconhece que o fato de pertencer a uma câmara é apenas uma consequência da atividade exercida e, por isso, não pode ser ponto de partida para uma qualificação de profissões.

3. Reforma do regime de manufatura e qualidade de membro da câmara de artífices

No âmbito da reforma das manufaturas de 2003, o legislador procedeu a uma reordenação parcial da qualidade de membro das câmaras de manufaturas, como consequência da delimitação pela chamada **pequena reforma das manufaturas** (ver, mais em detalhe, volume II § 48)⁵⁹, no interesse da segurança jurídica. Nos termos do § 1.º, n. 2, da HwO, não fazem parte das manufaturas, especialmente, as atividades simples, cujo exercício é agora expressamente atribuído às câmaras de indústria e comércio. No entanto, o § 1.º, n. 2, em conjunto com o renovado § 90.º, n. 3 e 4, da HwO, tem de ser lido no sentido de que também pretende abarcar atividades que são exercidas numa forma de exploração correspondente às manufaturas. Em conformidade com isso, existe uma relação de filiação com as câmaras de manufaturas, no sentido do § 1.º, n. 2, da HwO, quando:

- o industrial realizou com sucesso o **exame de capacidade num artesanato sujeito a admissão**;
- a atividade industrial é **parte integrante da formação primária** neste artesanato sujeito a licenciamento; e
- a atividade constitui a **parte dominante da atividade industrial**.

Esta distinção recua a uma proposta comum assumida pelo legislador do DIHK e do ZDH. Ela baseia-se no argumento de que a formação artesanal e, assim, a ligação técnica e pessoal à “família das manufaturas” também se deve repercutir na integração na respectiva câmara⁶⁰.

Exemplos: Uma sociedade de panificação, que coze e vende ao público na sua própria padaria baguetes de pão pré-fabricado, pertence à câmara das manufaturas. Não se verifica uma forma de venda artesanal no caso de a sociedade de panificação explorar um posto de abastecimento de combustíveis e vender produtos de panificação ali preparados.

Abstraindo do fato de esta decisão de enquadramento legal só em parte convencer do ponto de vista sistemático, ela poderia conduzir a

dificuldades de delimitação massivas na prática da Administração⁶¹. No caso de as organizações de câmaras não chegarem a acordo sobre a pertença de um industrial a uma das duas câmaras, então pode apelar-se, nos termos do § 16.º, n. 10, da HwO, com base no § 16.º, n. 4, da HwO, à **comissão de conciliação**, constituída junto do DIHK e do DHKT.

Quem estiver registrado no rol das manufaturas ou na lista de indústrias equiparáveis a manufaturas pertence, nos termos do § 2.º, n. 3, do IHKG, à IHK com a parte empresarial não artesanal ou equiparada a não artesanal.

4. Organização das câmaras agrícolas

As câmaras agrícolas são corporações de direito público reguladas pelo direito estadual, cujos custos são cobertos através de contributos das empresas agrícolas, de receitas próprias e de subsídios do Estado. As câmaras estão subdivididas em distritais e locais, e abarcam agricultores, trabalhadores florestais, jardineiros e trabalhadores agrícolas. Das suas funções faz parte o fomento dos **interesses coletivos da economia agrária**, da eficiência econômica e da suportabilidade ambiental na produção agrícola e na criação de animais. A câmara agrícola é, por seu turno, uma unidade da Administração autónoma dos agricultores e, por outro lado, um ramo da Administração estadual que na região concilia elementos de direito comunitário, de direito federal e de direito estadual. A câmara agrícola acompanha os membros na mudança de estrutura, realiza investigação aplicada com vista à otimização de produtos agrícolas, e coopera no controle e valorização de sementes e de reprodutores. No mais, as funções sobrepõem-se, em parte, às das outras câmaras⁶².

5. Formas de organização e cooperação de direito privado

Para a prossecução das funções de administração econômica que estão a seu cargo, as câmaras de comércio e indústria e as organizações de artífices e agrícolas também se servem, no quadro da sua autonomia orgânica, de **formas de organização de direito privado** e unem-se com outras entidades para a prossecução de funções em conjunto.

Exemplos: Concentração de sociedades autônomas de garantia de crédito num banco de garantia, que se apresenta como instituição de autoauxílio econômico contra instituições de crédito, para o crédito à criação de empresas. Concentração de sociedades de desenvolvimento regional para o fomento estrutural e econômico. Participação em sociedades de fomento⁶³.

6. Organizações de topo da Administração econômica autônoma

Os entes da Administração econômica autônoma concentram-se em **organizações de topo** para assegurarem uma representação eficaz dos seus interesses em face dos órgãos da Comunidade Europeia, da Federação, dos Estados federados e de outros entes. Por outro lado, eles atuam aconselhando e coordenando e contribuem para a troca de informações⁶⁴.

As câmaras de comércio e indústria formam a **Assembleia Alemã das Câmaras de Comércio e Indústria** (*Deutschen Industrie- und Handels-kammertag — DIHT*)⁶⁵ e as câmaras de artífices formam a **Assembleia Alemã das Câmaras de Artífices** (*Deutschen Handwerkskammertag — DHKT*). No plano europeu existem as Câmaras Europeias (*Euro-Chambres*).

VI. Participação de associações econômicas na Administração da economia

A participação das **associações econômicas** na Administração da economia é, por vezes, qualificada como outra forma de Administração autônoma da economia⁶⁶. Por vezes, diz-se que as associações econômicas não pertencem à Administração da economia⁶⁷. A questão de saber se este entendimento é correto deve ser apreciada com a ajuda da definição dos conceitos de “associação econômica” e de “participação”.

As associações econômicas são meras associações de empresários e de empresas do mesmo setor da economia, porque promovem os interesses econômicos comuns dos seus membros e os representam especialmente perante o público em geral, os órgãos comunitários, os órgãos de governo, os órgãos administrativos e os órgãos legislativos,

bem como os órgãos de outros ramos da economia⁶⁸. As associações econômicas estão, por força do art. 9.º, n. 1, da Lei Fundamental e do art. 12.º da Carta da União Europeia, protegidas pelos direitos fundamentais (ver *supra* § 20). Estão organizadas segundo o direito privado e podem concentrar-se em associações de topo (por exemplo, Associação Federal da Indústria Alemã).

A **participação nas decisões legislativas e administrativas** apenas está regulada, do ponto de vista jurídico-constitucional, em termos genéricos, nos arts. 79.º e 257.º e seguintes do Tratado da CE. Esta participação é, de resto, sobretudo motivada dos pontos de vista democrático, social, ambiental e de Estado de Direito (ver *supra* §§ 6 e s.)⁶⁹. Ela serve à representação de interesses e esgota-se sobretudo na colaboração ocasional. Faz exigências, ouve, apresenta objeções. Participa, mediante outras formas de colaboração, na preparação das decisões estaduais e não confere aos participantes quaisquer poderes de direito público. Os “**lobbys econômicos**” não prosseguem, nas suas influências formais e informais, uma função de bem comum, mas, em geral, **funções de bem próprio** e interesses especiais dos seus membros. Estes *lobbys* não prosseguem, nas suas tomadas de posição e na sua colaboração, interesses coletivos, nem visam ponderar e pôr em equilíbrio interesses diversos⁷⁰. No entanto, eles concorrem, devido aos seus contributos informacionais, para o descongestionamento do Estado.

¹ Cf. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, p. 123 e s.; Hendler e Kluth, in: Kluth (ed.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, p. 23 e 41 e s.; cf., Burgi e Oebbecke, *VVDStRL* 62 [2003], 366 e s., 404 e s.; *BVerfGE* 107, 59, 92 e s.

² Pitschas, in: Lüder (ed.), *Staat und Verwaltung*, 1997, p. 284, que fala justamente num “substituto para a Administração”.

³ Stober, *GewArch.* 1992, 41 e s.; cf. também C. Koenig, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994, p. 250 e s.; Kluth, *Verfassungsfragen der Privatisierung von*

Industrie- und Handelskammern, 1997, p. 67; Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.; no mesmo sentido, BVerfG, *NJW* 2005, 45, 47.

4 Stober, *Die Industrie- und Handelskammern als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft*, 1992, e Kluth, *Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern*, 1997, p. 67; BVerfG, *GewArch.* 2002, 111 e s.; *BVerwGE* 107, 169, 174, 176.

5 Cf. *BT-Ds.* 13/10297 e *ZRP* 1998, 197; *BT-Ds.* 15/3114 e 3265, p. 2 e 7.

6 Cf. Kluth, *Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern*, para um projeto de lei de associação 90/DIE GRÜNEN, bem como para os acordos de coligação de 20-10-1998, *ZRP* 1998, 485 e s.; Kaltenhäuser, *Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Organisation der Wirtschaftsverwaltung*, 1997, p. 227 e s.; Stober, in: *Gedächtnisschrift für Tettinger*, 2007.

7 BVerfG, *GewArch.* 2002, 111 e s.; cf. também Burgi, *VVDStRL* 62 [2003], 404, 433 e s.

8 Cf. Stober, *DÖV* 1993, 333 e s. e, com base nele, Frotscher, § 20 I 1, nota de rodapé 13.

9 Cf., mais detalhadamente, Stober, *Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2001, p. 78 e s.

10 Cf. OVG Münster, *GewArch.* 1997, 200 e s.

11 Cf. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, p. 82 e s.; Tettinger, *DÖV* 2000, 534 e s.

12 Cf. Bericht der Bundesregierung zur Lage der freien Berufe, *BT-Ds.* 11/6985, p. 1 e s.

13 Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.; Frotscher, § 20 I 3.

14 *BVerfGE* 15, 235, 240.

15 *PrOVGE* 19, 26, 68.

16 Stober/Eisenmenger, in: Kluth (ed.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, p. 211 e s.

17 *BVerwGE* 112, 69 e s.; cf., sobre outros pontos, Stober, *Die Industrie- und Handelskammer als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft*, 1992; idem, *GewArch.* 2001, 393 e s.; Vogel, in: Stober (ed.), *Lexikon des Rechts, Gewerberecht*, 1999, p. 303 (conceito dos três pilares).

18 Cf. Burgi, *VVDStRL* 62 [2003], 404, 433 e s., que fala numa perspectiva que promete ser bem-sucedida; neste sentido, Jahn, *GewArch.* 2002, 353 e s.

19 *Beschluss der Justizministerkonferenz*, *ZRP* 1996, 26 e s.; Stober, *ZRP* 1998, 224 e s.; idem, *Handelsregister und Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft*, 1998; numa perspectiva crítica, Hoffmann-Riem, *JZ* 1999, 421, 426; *BR-Ds.* 325/03; *BT-Ds.* 15/1890 e *BR-Ds.* 865/05 (Lei dos Registros).

20 *BVerwGE* 112, 69 e s.; BVerfG, *GewArch.* 2004, 93 e s.

21 OLG Koblenz, *NVwZ* 2002, 379.

22 *BVerfGE* 107, 59, 92; BVerfG, *NJW* 2005, 45, 47.

23 Hendler, *DÖV* 1986, 675 e s.; *BVerfGE* 33, 125, 156 e s.; Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung*, 1991; *BVerfGE* 107, 59, 92 e s.

- [24](#) BVerfGE 107, 59, 86 e s.
- [25](#) Cf., mais detalhadamente, Kluth/Rieger, in: Kluth (ed.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, p. 179 e s.
- [26](#) Gornig, *WiVerw.* 1998, 157, 175 e s.
- [27](#) Cf. Schmidt-Trenz, *Die Logik kollektiven Handelns bei Delegation*, 1996, p. 167 e s.
- [28](#) Stober, *GewArch.* 1996, 184 e s.; Kluth, *Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern*, 1997, p. 7 e s.
- [29](#) Schmidt-Trenz, in: Stober/Vogel (ed.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, p. 13 e s.; Goltz, *Pflichtmitgliedschaftliche Kammerverfassung*, 2005, p. 121 e s.
- [30](#) BVerwGE 112, 69 e s.; OVG Münster, *GewArch.* 2003, 418.
- [31](#) BVerwG, *GewArch.* 1999, 193 e s.; OVG Bremen, *NJW* 1994, 1606; Jahn, *GewArch.* 2006, 89 e s.
- [32](#) OVG Brandenburg, *GewArch.* 2005, 31.
- [33](#) VG Freiburg, *GewArch.* 2005, 478.
- [34](#) EuGH, *GewArch.* 2004, 62 e s.
- [35](#) RL de 7-9-2005, ABl. EG, n. L 255, p. 22 e s.
- [36](#) Cf. Eyermann, *GewArch.* 1992, 209 e s.; Kormann, *GewArch.* 1996, 393 e s.; Heusch, in: Kluth (ed.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, 495 e s.
- [37](#) OVG Münster, *GewArch.* 2003, 418 e s.; cf. também Kormann, *GewArch.* 2003, 89 e s.
- [38](#) Cf., Biernert, *Kooperation von Industrie- und Handelskammern in Deutschland und Europa*, 2006; criticamente, Jahn, *NVwZ* 1998, 1043 e s.; Ammermann, *WuV* 1998, 201 e s.
- [39](#) Stober, *DÖV* 1993, 333, 336, e, com ligação a isto, Jahn, *JA* 1995, 972, 977; Vogel, in: Stober (ed.), *Lexikon des Rechts, Gewerbe-recht*, 1999, p. 303 e s.
- [40](#) Cf., sobre o financiamento das câmaras, T. Franz, in: Kluth (ed.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, p. 323 e s.
- [41](#) *BT-Ds.* 13/9378 e ainda *BT-Ds.* 13/9975; Jahn, *NVwZ* 1998, 1043; idem, *GewArch.* 1998, 356 e s.; idem, *GewArch.* 1999, 449 e s.; idem, *WiVerw.* 2001, 61 e s.
- [42](#) Cf., por exemplo, Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, p. 458; Tettinger, *Kamme-rrecht*, 1997, p. 111 e s.
- [43](#) Neste sentido, Honig, *HwO, Kommentar*, 3. ed., 2004, § 95, n.m. 6.
- [44](#) Neste sentido, Groß, in: Kluth (ed.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, 187, 201; cf. sobre a controvérsia também VGH Mannheim, *GewArch.* 1998, 65, e, em geral, sobre a exigência de eleições na Administração autônoma funcional, BVerwG, *NVwZ* 1999, 868, 873 e s.
- [45](#) BVerfGE 107, 59, 92 e s.

- [46](#) Em termos muito restritivos relativamente aos direitos, BVerwG, *DVBl.* 2004, 1172 e s.
- [47](#) Cf., mais detalhadamente, Fastenrath, in: LdRW; Möllering, *WuV* 1998, 214 e s.; Wiesemann, *Auslandshandelskammern*, 2000.
- [48](#) Aberle e Czybulka, in: Stober (ed.), *Lexikon des Rechts, Gewerberecht*, 1999, p. 290 e s. e 298 e s.
- [49](#) *BVerfGE* 68, 193, 208 e s.; *BVerwGE* 90, 88.
- [50](#) Ver nota na p. 55.
- [51](#) *BVerfGE* 68, 193, 212; VG Potsdam, *NVwZ* 2002, 1396.
- [52](#) BGH, *GewArch.* 1991, 36 e 233, para os sindicatos distritais de manufaturas; Kormann/Schinner-Stör, *Zulässigkeit von Rechtsdienstleistungen der Handwerksorganisationen*, 2003.
- [53](#) Cf. Schwarz, *GewArch.* 1993, 353 e s.; Kopp, *WuV* 1994, 1 e s.
- [54](#) VG Schleswig-Holstein, *GewArch.* 2005, 378; Badura/Kormann, *GewArch.* 2005, 102 e s.; Detterbeck, *GewArch.* 2005, 271 e s. e 321 e s.
- [55](#) Wolff/Bachof/Stober, § 2 II 5.
- [56](#) Hammen, *GewArch.* 1995, 405 e s.
- [57](#) Cf. Degenhart, *DVBl.* 1996, 551, 555 e s.
- [58](#) Schwarz, *GewArch.* 1993, 353, 356, e ainda Degenhart, *DVBl.* 1996, 551 e s.
- [59](#) Ver nota na p. 55.
- [60](#) Cf. Jahn, *GewArch.* 2004, 41 e s.
- [61](#) Cf. sobre a controvérsia Mirbach, *GewArch.* 2005, 366 e s.; K. Schmitz, *GewArch.* 2005, 453 e s.
- [62](#) Cf., mais detalhadamente, Steding, *LKV* 1991, 325.
- [63](#) OVG Schleswig-Holstein, *GewArch.* 1997, 144.
- [64](#) *BVerwGE* 74, 254; BVerwG, *GewArch.* 1991, 398, 400.
- [65](#) Cf., mais detalhadamente, Möllering, in: Stober (ed.), *Lexikon des Rechts, "Gewerberecht"*, 1999, p. 102 e s.
- [66](#) Cf. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, v. II, 1983, § 21 V 3.
- [67](#) Schmidt, § 9 V.
- [68](#) Precisamente neste sentido, Frotscher, § 20 I 2, nota 16; Schladebach, *DÖV* 2000, 1026 e s.
- [69](#) *BVerfGE* 20, 56, 99; Dederer, *Korporative Staatsgewalt*, 2004.
- [70](#) VG Neustadt, *GewArch.* 1997, 23 e s.; Stober, *GewArch.* 2001, 393 e s.

§ 44. FINANCIAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA

I. Financiamento no Estado fiscal

O financiamento das funções de Administração econômica e das atividades de organização da Administração econômica (ver *supra* §§ 26 e s. e 39 e s.) não tem lugar segundo um padrão unitário. É certo que no moderno Estado tributário (ver *supra* § 15 I 1c e § 24 V 7) a prossecução de funções é tipicamente paga por meios tributários. A estes acrescem as taxas cobradas por serviços concretos da Administração — como, por exemplo, pela emissão de licenças — ou contribuições pela participação como membro nas “câmaras” (profissionais) (ver *supra* § 43). No caso concreto, são impostas, para além disso, também contribuições especiais, que no entanto possuem diferentes funções¹.

II. Financiamento pelos utilizadores

Este modelo clássico de financiamento, no entanto, sofre, nos tempos mais recentes, uma drástica mudança de paradigma, na medida em que o legislador, total ou parcialmente, parte de um **financiamento pelos utilizadores** orientado pelos setores económicos². O precursor tradicional desta mudança é o financiamento dos controles bancário e de crédito, tal como se encontram consagrados no § 16.º do FinDAG. Segundo este modelo, os custos do Instituto Federal, à medida que não sejam cobertos por taxas ou por reposição especial, nos termos do § 15.º do FinDAG, incluindo os déficits e as contribuições que não deram entrada do ano anterior, devem ser proporcionalmente suportados pelo Instituto de Crédito, pelas empresas de seguros, pelos institutos de prestação de serviços financeiros etc. Por conseguinte, trata-se aqui de um **autofinanciamento da infraestrutura da autoridade através dos ramos económicos atingidos**, que assenta na base do princípio do causador e da autorresponsabilidade. Esta solução é muito atraente para a Administração Pública em tempos de escassez orçamental. Por isso, não admira que ela tenha surgido para apadrinhar outras repartições de custos noutros ramos da economia que estão na calha da privatização de funções do Estado, com grande necessidade

de controle, e que se tenha desenvolvido um **direito administrativo de regulação** (ver *supra* § 29 I 2). Servem de exemplo para esta mudança de sistema os §§ 142.º e seguintes do TKG, cuja conformação recua, em última análise, ao direito comunitário (ver volume II § 51 VI 6)³. Em especial, as normas autorizam a que se proceda à imposição de uma redistribuição para cobrir os custos da autoridade de regulação com a Administração, com o controle e com a imposição das obrigações, custos que serão redistribuídos pelas empresas de telecomunicações. O § 92.º do EnWG contém uma norma equivalente para os custos de regulação do mercado da electricidade e do gás, que são impostos aos exploradores de empresas de fornecimento de energia. Nestas, e em idênticas conformações, é duvidosa a questão de saber se elas respeitam ou não o princípio orçamental da eficiência econômica (rentabilidade) e o princípio da cobertura dos custos ou se não serão, antes, uma variante encoberta para o saneamento do orçamento do Estado e para a criação de novas burocracias.

Uma participação nas despesas de fiscalização verifica-se no setor da navegação aérea. Aqui, os exploradores de aeroportos são, nos termos do § 29a do LuftVG, obrigados a disponibilizar e a conservar gratuitamente os espaços necessários para a realização do controle aéreo nos aeroportos. Por outro lado, em oposição ao direito de circulação rodoviária, devem ser impostas taxas à realização de serviços de segurança de voo e, nos termos do § 32.º, n. 1, segmento 18, do LuftVG, taxas de levantamento, aterragem e estacionamento de aviões⁴. Para o âmbito da Lei Alemã do Transporte Ferroviário, a Federação exigiu um pagamento parcial dos custos dos serviços de intervenção da Polícia Federal nas áreas das estações ferroviárias e das estações de ligação⁵, o qual foi, no entanto, recusado pela jurisprudência⁶. Num outro conceito assenta a imposição do direito de pedágio dos caminhões, a qual constitui uma compensação pela utilização de uma infraestrutura (ver também o § 2.º do FStrPrivFG)⁷.

- [1](#) Cf., mais detalhadamente, Wolff/Bachof/Stober, § 42 V.
- [2](#) Gramm, *Der Staat* 36 [1997], 267 e s.; Hendlér, *DÖV* 1999, 749 e s.
- [3](#) Ver nota na p. 55.
- [4](#) VGH München, *NVwZ* 2001, 346 e s., e *BVerwGE* 120, 227, sobre a taxa de segurança do ar (*Luftsicherheitsgebühr*).
- [5](#) M. Kilian, in: Jachmann/Stober (ed.), *Finanzierung der inneren Sicherheit unter Berücksichtigung des Sicherheitsgewerbes*, 2003, p. 35 e s.; Oschmann, *Die Finanzierung der inneren Sicherheit*, 2005, p. 157 e s.
- [6](#) BVerwG, *Az* 6 C 22.04, acórdão de 17-5-2006.
- [7](#) Uechtritz, *DVBl.* 2003, 575 e s.; Neumann, *NVwZ* 2005, 130 e s.