



Constituição económica da União Europeia, antes e depois de Lisboa (entre o princípio concorrencial e a “economia social de mercado”)

Pedro Madeira Froufe*

SUMÁRIO: No presente texto, registam-se algumas notas e interrogações a propósito da consagração expressa do conceito de economia social de mercado. Sublinha-se a origem ordoliberal de tal conceito e questiona-se o significado, em termos de ordenação económica do mercado interno e da Integração europeia, de tal afirmação (economia social de mercado) associada a uma certa perda de intensidade na proclamação clara do princípio concorrencial. Mas a interrogação que se pretende suscitar e abordar com as notas e pistas de reflexão registadas, reconduz-se à caracterização efetiva e contextualizada no atual momento da integração europeia, da Constituição económica da UE. Haverá, então, uma mudança de referencial ideológico na constituição económica da UE e, por conseguinte, nos caminhos que se pretendem trilhar em termos de futuro da integração europeia? Ou, ao invés, a emergência, em termos de consagração expressa no Tratado, da “economia social de mercado” não significa uma mudança de perspectiva (sentido ordenador) da economia no Mercado Interno, mas sim, apenas uma evolução na continuidade?

PALAVRAS-CHAVE: mercado interno – economia social de mercado – concorrência – constituição económica.

* Diretor do Departamento de Ciências Jurídicas Públicas – Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro Doutorado do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho.

1. Os Tratados institutivos, em particular o Tratado de Roma de 1957 que criou a Comunidade Económica Europeia (CEE), tinham um forte carácter económico. O Tratado CEE apontava para um objetivo de estruturação principiológica de uma determinada organização económica, a saber, aquela que se pretendeu construir no âmbito (na base) da integração europeia. Esse carácter económico mantém-se – embora mais diluído – no atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que reformulou os Tratados precedentes.

Na realidade, a “criação de um mercado comum” (mais tarde, com o Tratado de Maastricht, “a criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária”),¹ bem assim como a implementação de um “regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”,² são notas genéticas do Tratado CEE. Por outro lado ainda, claramente após 1992 (com o Tratado de Maastricht) sublinhou-se o sentido da organização económica pressuposta e pretendida, desde o início, para o processo de integração europeia, ao estabelecer-se que, para se alcançarem os fins (amplos, políticos e mediatos) enunciados no original artigo 2.º do Tratado CEE, a “ação dos Estados-Membros e da Comunidade” implicava “a adoção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o *princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*”.³

Assim, tal princípio⁴ reafirmou-se, expressamente e com o Tratado de Maastricht, como um quadro institucional ordenador da atuação dos Estados-Membros (princípio da lealdade) e das Instituições. Um *pano de fundo* orientador e modelador da ação dos Estados-Membros e das Instituições, na medida em que se sublinhou o facto de a coordenação das políticas económicas, a formulação de objetivos (de carácter económico) comuns e a concretização do mercado interno, deverem ser conduzidos de acordo com tal princípio concorrencial.

No entanto, com o Tratado de Lisboa houve como que uma retração no que respeita à proclamação do carácter concorrencial da ordenação económica, pressuposta para a integração europeia. Pelo menos, uma retração em matéria de afirmação expressa, clara e assumida, de tal princípio, uma vez que a expressão “economia de mercado aberto e de livre concorrência” é substituída, no artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), por uma “economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social (...)”. Com efeito, a “livre concorrência” e, por exemplo, a “concorrência não falseada”, foram expressões que, com Lisboa, passaram a ocupar um lugar de menor visibilidade imediata, uma vez que, sem desaparecerem do acervo jurídico e do discurso político e económico (do “*acquis communautaire*”) – desde logo, com assento naturalmente consolidado nos artigos 101.º e 102.º do TFUE – foram remetidas, em termos de enunciação de atribuições e objetivos

¹ Artigo 2.º do Tratado CEE, 1957.

² Artigo 3.º, alínea f – mais tarde, com Maastricht, alínea g – do Tratado CEE, 1957.

³ Artigo 4.º, n.º 1, do Tratado CE, versão introduzida pelo Tratado de Maastricht. No entanto, a versão original do mencionado artigo 2.º do Tratado de Roma CEE, de 1957, tinha a seguinte redação: “O artigo 2.º do Tratado CEE refere que: “A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e da aproximação progressiva das políticas dos Estados-Membros, promover, em toda a Comunidade, um desenvolvimento harmonioso das atividades económicas, uma expansão contínua e equilibrada, uma maior estabilidade, um rápido aumento do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram”.

⁴ O mencionado princípio “de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência”, ou seja, o “princípio concorrencial”.

da União, do referido artigo 3.º do TUE, para, atualmente, um Protocolo Anexo ao Tratado sobre o Mercado Interno e a Concorrência.⁵

Importa esclarecer, então, se a enunciação no TUE da “economia social de mercado” – sobretudo, se tal enunciação conjugadamente com a passagem da afirmação expressa do princípio concorrencial para o Anexo n.º 27 – correspondeu a uma mudança de sentido da organização económica (e política) da União.⁶

Dito de outro modo, com o Tratado de Lisboa pretendeu-se uma alteração da denominada “constituição económica” da União? Como caracterizar, por conseguinte, agora (pós-Lisboa) essa “constituição económica” da integração?

2. Cremos que esta deslocação do foco narrativo do princípio concorrencial⁷, do direito originário, para um Protocolo Anexo aos Tratados, não correspondeu a uma alteração ideológica e político-constitucional de base, no que respeita à integração europeia. Queremos dizer que, apesar da aparente desvalorização do princípio concorrencial (diríamos, indiciando um certo desconforto relativamente à afirmação clara deste princípio), na sistemática expositiva dos Tratados, a ordem económica da Europa integrada, não mudou substantivamente. O pressuposto da organização económica (do mercado interno) assente numa cosmovisão e numa principiologia basicamente capitalistas e concorrenciais, promotoras da liberdade económica, entendendo a economia como a manifestação da autodeterminação das empresas, dos empresários e dos consumidores, não foi afetado no seu *núcleo essencial*, nomeadamente, em termos de *praxis* das Instituições (por exemplo, da Comissão Europeia) e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE).

Essa colocação do princípio concorrencial e da construção, em permanência, de

⁵ Protocolo n.º 27, relativo ao Mercado Interno e à Concorrência que passamos a transcrever: “Tendo em conta que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada, acordaram em que, para esse efeito, a União, se necessário, toma medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O presente Protocolo vem anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

⁶ Importa referir que a “economia social de mercado” era uma expressão já utilizada no próprio projeto de Tratado Constitucional. A este respeito – porque julgamos particularmente elucidativo – transcrevemos um comentário de Vital Moreira, de 24 de novembro de 2004, sobre o então projeto de Tratado Constitucional (em 2004, ainda não rejeitado pelos ulteriores referendos francês e holandês de 2005) e sobre algumas das críticas que eram dirigidas a esse projeto (que não vingou) de Tratado Constitucional refundador: “Em primeiro lugar, as políticas da UE devem ser agora prosseguidas à luz dos novos princípios fundamentais da nova Constituição europeia (se ela for para a frente), onde se contam expressamente os objetivos de justiça social, de progresso social, de pleno emprego, de desenvolvimento sustentável, de combate contra a exclusão social, entre outros (art. I-3.º). Não é por acaso que no novo texto o *modelo económico da UE* passa a ser designado por “economia social de mercado”, uma antiga expressão de origem alemã que pretende justamente marcar a diferença entre o chamado “capitalismo renano”, que incorpora o modelo social europeu, e o capitalismo liberal de matriz anglo-saxónica, especialmente o norte-americano. A não ser que se pretenda afastar a economia de mercado, em favor de qualquer economia “socialista” planificada, a nova noção constitui um evidente progresso sob o ponto de vista da “Europa social”. Vital Moreira, texto *Constituição Europeia e Europa Social*, publicado e difundido na Internet, in *Aba da Causa*, 24 de novembro de 2004, disponível em: <http://aba-da-causa.blogspot.pt/2004/11/constituio-europeia-e-europa-social.html> (31 de janeiro de 2017).

⁷ No fundo, uma espécie de diminuição da intensidade da afirmação expressa de tal princípio e do sistema capitalista, passando, agora, tal princípio e tal sistema, a serem declarados num Anexo aos Tratados (embora estes Anexos deles façam parte integrante).

uma economia dita aberta, fora do texto principal do Tratado⁸ não terá tido a ver, diretamente, com eventuais novos imperativos de organização económica da integração propriamente dita, mas sim e, pelo menos, em parte significativa, com a satisfação de uma *narrativa* política interna de alguns Estados-Membros que, dessa forma, tentavam justificar algumas posições mais protecionistas e menos integradoras com que as respetivas opiniões públicas se começavam a confrontar.

Além disso, o descompasso entre o sucesso da integração económica propriamente dita e a prossecução de políticas sociais que satisfaçam as populações é, hoje em dia, para a generalidade dos observadores e dos cidadãos, evidente – e isto, em desfavor da ação e das políticas sociais da União. A crueza da afirmação do princípio concorrencial terá intimidado alguns decisores políticos, pelo que, a afirmação de uma “economia social de mercado” correspondeu, também, a uma mensagem política: a União e o processo de integração estão focalizados na ultrapassagem dos problemas sociais, têm como objetivo, hoje em dia, satisfazer a coesão social, sendo que o mercado e a economia de mercado, na Europa, devem também garantir a manutenção do “Estado – Providência” e do “modelo social europeu” (pelo menos, não deveriam ser um fator de risco para esse modelo).

São conhecidas, de resto, as declarações do então Presidente da República Francesa, Nicolas Sarkozy que, tendo sido um dos principais defensores da saída da expressão “concorrência livre” (princípio concorrencial) do texto do Tratado, afirmou que:

“Sur le fond (...) nous avons obtenu une réorientation majeure des objectifs de l’Union. La concurrence n’est plus un objectif de l’Union ou une fin en soi, mais un moyen au service du marché intérieur. (...) Je crois à la concurrence comme un moyen et pas une fin en soi. Cela va peut-être aussi donner une jurisprudence différente à la Commission. Celle d’une concurrence qui est là pour favoriser l’émergence de champions européens, pour porter une véritable politique industrielle. (...) il ne s’agissait pas de faire un Traité d’économie ou le Traité du libéralisme. (...) Il s’agissait de tourner le dos à l’idéologie, au dogme et à la naïveté”.⁹

Torna-se interessante notar que, ao invés do que esta declaração parece querer significar, a política da concorrência, no âmbito do processo de integração europeia e, por conseguinte, na União, nunca entendeu a própria concorrência como um fim em si mesmo, um objetivo absoluto; na realidade, de um modo notório e vincado, pelo menos até à entrada em vigência do Regulamento do Conselho n.º 1/2003 (1 de maio de 2004), a defesa da concorrência esteve sempre subordinada ao objetivo maior da construção do mercado interno. De resto, um dos traços característicos dessa política europeia, comparativamente com o *antitrust* norte-americano, reside precisamente neste ponto: sempre se construiu, na União, uma política e um direito da concorrência pressupondo que a própria concorrência é um instrumento, em última instância, ao serviço de objetivos mais amplos de política económica e/ou mesmo de objetivos de carácter não

⁸ No fundo, uma espécie de diminuição da intensidade da afirmação expressa de tal princípio e do sistema capitalista, passando, agora, tal princípio e tal sistema, a serem declarados num Anexo aos Tratados (embora estes Anexos deles façam parte integrante).

⁹ Cfr. Nicolas Sarkozy, *Conférence de presse à l’issue du Conseil européen*, 23 juin 2007: <http://www.elysee.fr/president/les-actualites/conferences-de-presse/2007/conference-de-presse-a-l-issue-du-conseil.5856.html> (acessado a 13 de janeiro de 2017).

económico (como, por exemplo, a promoção e a defesa do emprego, o desenvolvimento tecnológico ou a proteção dos interesses amplos dos consumidores). Habitualmente, aponta-se a posição da política e do direito da concorrência europeus como tributária de uma visão da “concorrência-meio” e não da “concorrência-condição” (que caracteriza a perspetiva norte-americana). O n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, consagrando aquilo que doutrinadamente se designa por “juízo de balanço económico”, permitindo justificar e não qualificar de ilícito um determinado comportamento que, *a priori*, poderia subsumir-se à categoria de entente violadora da concorrência (n.º 1 e n.º 2 do mesmo artigo 101.º do TFUE), ilustra o facto de a concorrência não ser um fim absoluto em si mesmo, no âmbito do Direito Europeu. Por outro lado, há, ainda, naquela declaração de Sarkozy de 2007, uma espécie de retorno ao passado, nomeadamente, aos primeiros anos de integração, na medida em que se associa a concorrência, à emergência de uma política industrial da União que favoreça os “champions européens” – ou seja, o aparecimento de mais empresas europeias aptas a imporem-se concorrencialmente à escala mundial. Na realidade, essa foi também a configuração marcante da política industrial preconizada pela CEE e durante os primeiros anos de integração.¹⁰

3. Regressando ao artigo 3.º do TUE, como notámos, entrou em cena, na formulação do Tratado e com Lisboa, a afirmação expressa do objetivo da construção de uma “economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social”, relegando-se, para o referido Protocolo Anexo n.º 27, a “concorrência não falseada”.

O conceito de “economia social de mercado” tem a sua origem e a sua afirmação/divulgação nas políticas económicas alemãs do pós-guerra, por influência do pensamento ordoliberal.

Hoje em dia, a expressão é correntemente utilizada para designar qualquer tipo de intervenção do Estado, no âmbito económico, com o intuito de favorecer os mais desprotegidos. Ganhou, portanto e em termos correntes, um significado relativamente assistencialista e de proteção económica-social. No entanto, o conceito de “economia social de mercado” teve originariamente um significado teórico preciso, correspondendo a um determinado modelo de organização socioeconómica e a uma visão político-ideológica que, em grande medida, influenciou o processo de integração europeu. Trata-se, originariamente, de uma formulação decorrente do ordoliberalismo alemão e marcada, também, pelo pensamento social católico. Independentemente das plúrimas visões e diferentes formas de concretização de aspetos da denominada “economia social de mercado” enquanto modelo de organização económica e social, poderemos dizer que, na sua base, existe a preocupação de se alcançar um elevado grau de *coesão social*. No fundo, organizar o funcionamento económico segundo os critérios e os imperativos de uma “economia social de mercado” era, na perspetiva ordoliberal, a forma adequada (a melhor forma) para se garantir tal coesão.¹¹

A colocação, com o Tratado de Lisboa, da expressão “economia social de

¹⁰ Tal visão, privilegiando o crescimento e o ganho de competitividade mundial da indústria europeia, acabou por retardar, no âmbito da integração, a regulamentação das operações de concentração económica. Com efeito, só em 1989 é que surgiu o primeiro Regulamento em matéria de concentração económica, o Regulamento (CEE) n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (Regulamento das concentrações).

¹¹ Ver, por exemplo, Christian Joerges e Florian Rodl, *Social Market Economy as Europe's Social Model?*, EUI, *Working Paper Law*, n.º 2004/8, disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/2823/?sequence=1> (acessado a 10 de fevereiro de 2017).

mercado”, no artigo 3.º do TUE, contudo e independentemente das motivações de política interna que poderão ter justificado imediatamente a utilização de tal expressão (desvalorizando-se, corresponsável e aparentemente, a “concorrência livre”), sucedeu num contexto de reforma dos Tratados, após a tentativa frustrada de se refundar o processo de integração com um “Tratado Constitucional” (ou, se quisermos, com uma “constituição formal” europeia) e em período de turbulência pós-crise financeira de 2008 – turbulência e inquietação já sentidas durante o processo conducente à adoção do Tratado de Lisboa e que acabaria, algum tempo depois, por culminar na crise das dívidas soberanas de alguns Estados-Membros da “zona euro” (nomeadamente, Portugal). Assim, apesar de termos referido que a introdução da “economia social de mercado”, com Lisboa, no artigo 3.º do TUE e em substituição da “concorrência livre e não falseada”, terá correspondido, grandemente, à necessidade de criação de um discurso normativo (retórica?) que satisfizesse algumas circunstâncias de política interna, importa avaliar, agora e alguns anos após do Tratado de Lisboa, se, de facto, houve uma aproximação às visões ordoliberais em termos de prática e caminho desde então percorrido pela integração – nomeadamente, em resposta à crise financeira vivida na Europa pós-2008. As pistas para a resposta à questão que formulamos atrás (*supra*, em 1.) – como caracterizar, agora (pós-Lisboa), a “constituição económica” da integração? – poderão ser recolhidas e avaliadas à luz dessa hipótese assim formulada: houve, ou não, uma aproximação (para alguns, um retorno) a uma visão ordoliberal, originária (dos primeiros tempos da integração), da denominada “constituição económica” da União – nomeadamente, em resposta às exigências políticas de atenção prioritária à componente social (no fundo, à defesa e reforço do denominado “modelo social europeu”)?

Com efeito, um dos fatores que habitualmente se evidencia como responsável, em grande medida, por um certo afastamento das populações relativamente à União e ao processo de integração, é o já mencionado descompasso entre a vertente económica *lato sensu* (a integração económica propriamente dita e os seus avanços, aqui incluída a política monetária única) e a ação/intervenção social da União. O problema do desemprego e a alegada pouca capacidade de serem, a nível europeu, desenvolvidas políticas de apoio e intervenção social, comparativamente com a intensidade e os avanços da integração económica e (sobretudo) monetária, poderão ser fatores de afastamento e de desinteresse dos cidadãos europeus, relativamente à integração. Nesse contexto, esse afastamento reforçaria ainda mais o sentimento de exclusão, de não participação no funcionamento da União e, por conseguinte, de falta de democracia (o alegado e muito repetido “défice democrático” da União). Ora, independentemente da justeza e da propriedade desta crítica, será interessante equacionar, no fundo, se a constituição económica da União a tem ou não em conta, podendo ser uma resposta a essa crítica ou, ao invés, uma parte do próprio problema assinalado.

4. O conceito de “constituição económica” que utilizamos correntemente tem a sua origem também no pensamento ordoliberal.

É certo que, num sentido puramente económico e descritivo, a constituição económica significa “ordem económica”; descreve o tipo de relações económicas que se estabelecem. Equivale (a constituição económica) à ordem económica real.

No entanto, a constituição económica corresponde também a um conceito que ultrapassa o sentido descritivo de ordem económica real (a descrição das relações económicas existentes e caracterizadoras do funcionamento de uma determinada economia). Há um sentido normativo (tradicional) que se traduz num quadro

principiológico, escrito ou não, que estrutura e fundamenta as ordens económicas dos Estados. Trata-se da Lei Fundamental ordenadora da economia. Trata-se, no fundo, de uma área da Constituição, de um conjunto de normas existentes nas Constituições que implementam os quadros institucionais ordenadores do funcionamento económico.¹²

Neste sentido – que utilizaremos aqui – valem as habituais classificações e qualificações desenvolvidas pela doutrina.

Haverá, também, uma constituição económica formal (reportando-se ao conjunto de princípios normativos inscritos na Lei Fundamental escrita) e uma constituição económica material. Nesta última aceção, o sentido de constituição económica aproxima-se daquilo que, para alguns Autores, é designado como conceção mista de constituição (económica). A constituição económica, neste sentido ou aceção mista – ou seja, jurídica e económica – integraria o conjunto de princípios e normas indispensáveis para a criação e garantia de funcionamento de uma ordem económica (funcionamento económico real) tida por desejável, escolhida politicamente por uma determinada comunidade (Estado ou comunidade politicamente organizada).¹³ Trata-se de um sentido substantivo de constituição económica (ultrapassa a constituição formal), nela se integrando, desde logo, as normas da constituição formal referentes à ordenação da economia, mas também outras regras, por exemplo, constantes de legislação ordinária ou derivada que, pelo seu escopo, contribuem decisivamente para o desenho e a implementação da referida ordem económica pretendida (no fundo, para a construção do modelo de funcionamento económico que foi objeto da opção político-constitucional daquela comunidade organizada).

É habitual, nesta abordagem (substantiva, mista) da constituição económica, indagar-se qual o *sistema económico* que vigora e/ou que é pretendido para ordenar o funcionamento da economia. O sistema económico é, em certo sentido, o objeto típico das constituições económicas, entendendo-se por sistema económico não só as regras e as instituições que imprimem uma orientação, um sentido, à ordenação jurídica da economia, mas também a opção política e ideológica, os princípios e valores e mesmo a realidade sociológica que (simultaneamente) enquadra e determina socialmente essa constituição. Portanto, os sistemas económicos são simultaneamente objeto e o fator determinante da consagração de uma constituição económica substantiva e decorrem (estando, portanto, em consonância) do “sistema económico-social”. Não desenvolveremos, aqui, a teoria dos sistemas económicos (e, portanto, também dos sistemas económico-sociais), nem os significados das suas diversas categorias/catalogações, aceitando, de todo o modo e entre outras, a abordagem seguida por Sousa Franco e Oliveira Martins: os sistemas são “formas

¹² “O conceito tradicional de constituição refere-se ao estatuto do Estado como pessoa coletiva, como corporação, e o seu objeto é a indicação dos órgãos dessa associação, a distribuição de competências entre eles, e as relações com os ‘súbditos’”. (...) “Com efeito, a partir do momento em que se possa afirmar que a economia e o estado não representam já dois planos autónomos, que se dissolven a tradicional separação estado-sociedade, o conceito de constituição económica deixa de ser um elemento estranho no quadro tradicional da constituição do estado. Esta é necessariamente também constituição da economia” – Vital Moreira, *Economia e Constituição* in Boletim de Ciências Económicas. Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume XIX (1976), 6 e 8. Para o conceito de constituição económica, *Capítulo V – Constituição Económica e Constituição Política*.

¹³ Josef Drexler, *La Constitution Economique Européenne – L’actualité du modèle ordolibéral*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, 2011/4, tomo XXV, 419 a 454. Drexler, por exemplo, apoia-se em Nipperdey para abordar a aceção mista de constituição económica. H.C. Nipperdey, *Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts*, in *Recht – Staat – Wirtschaft*, vol. III (1951) 223-225.

típicas e globais de organização e de funcionamento da economia, baseadas em certo número de princípios fundamentais que regem economias com estruturas diversas. Eles decorrem do conceito, mais amplo, de sistema social (...). Podemos falar de sistemas abstratos ou concretos, consoante o grau maior ou menor de abstração com que se concebem os respetivos princípios, como modelos informadores e interpretativos de diferentes realidades sociais”.¹⁴

5. Importa, neste ponto, e a respeito das questões que levantámos inicialmente, em 1.¹⁵, contextualizar o pensamento ordoliberal e a sua influência no processo de integração europeia.

O ordoliberalismo, associado à denominada “escola de Friburgo”, começou a afirmar-se a partir da década de 1930, com Autores como Walter Eucken, Franz Bohm e Alfred Muller-Armack (que acabaria por ter um papel político na Alemanha do pós-Guerra), entre outros. Trata-se de uma escola de pensamento liberal (ainda liberal), pese embora ter surgido, em parte, como crítica e tentativa de superação das imperfeições da visão liberal clássica. Tem o seu expoente, em termos de divulgação e de adesão (ainda que, sobretudo, entre as elites políticas, intelectuais e dirigentes) na Alemanha dos “pós-guerra” e, portanto, não será de estranhar que tenha sido muito marcada pela realidade (de então) alemã e as respetivas preocupações de reconstrução e de normal inserção da Alemanha, na nova ordem internacional. O pensamento ordoliberal inicial foi, também, significativamente influenciado pela visão social da Igreja Católica (doutrina social da Igreja). Este pensamento ordoliberal inicial (inserindo-se no denominado *liberalismo alemão*) reclamava-se, ainda, como sendo uma espécie de “terceira via” entre o socialismo e o capitalismo clássico, oitocentista. Naturalmente, trata-se de uma visão filosófica, jurídica e económica muito ligada, como referimos, ao contexto alemão do “pós-guerra” e a todos os traumas vividos pela geração dos seus primeiros cultores e defensores.¹⁶ Existem algumas ideias-força que, de um modo tópico, podem esboçar aquilo que será uma cosmovisão ordoliberal (pelo menos, originária). Tentaremos enunciá-las, de seguida e sinteticamente.

6. Os ordoliberais, mais do que tentarem criar um funcionamento económico eficiente (em sentido estrita e redutoramente económico), preocuparam-se sobretudo

¹⁴ António L. Sousa Franco e Guilherme D’Oliveira Martins, *A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo* (Coimbra: Almedina, 1993), 26 e 27.

¹⁵ Ou seja, como caracterizar, hoje em dia e depois do Tratado de Lisboa, a constituição económica da UE? Importa averiguar se, porventura, a inclusão no TUE, com Lisboa e com alguma ênfase, da “economia social de mercado”, correspondeu a uma pretendida mudança de sentido na organização económica da integração.

¹⁶ Para uma descrição geral dos traços principais do pensamento ordoliberal e dos principais problemas e críticas suscitados por esta escola de pensamento – para alguns, qualificada de *neo-liberalismo alemão* – ver, por exemplo, Philippe Nemo e Jean Petitot, *Histoire du libéralisme en Europe (1ere edit.)* (Paris: PUF, 2006) 1002-1030. Transcrevemos um excerto dessa caracterização de Nemo e Petitot que nos parece suficientemente elucidativa e sintética: “*La meilleure façon de décrire son héritage (de l’ordoliberalisme) serait peut-être de le qualifier de kantien (...)* En ce qui concerne l’économie, il n’est guère possible de comprendre les travaux de Eucken et Bohm sans prendre en compte le clima intellectuel et politique de l’Allemagne. (...) Eucken s’est efforcé de trouver ses propres marques en surmontant la ‘grande antinomie’ entre l’approche historique et individuelle de l’école historique et l’approche ‘théorique et générale’ de l’école marginaliste. (...) Ils ont ressenti profondément la nécessité de reorganiser les institutions et de redéfinir les relations entre État et société – dont l’interpénétration avait été une cause récurrente des ‘routes de la servitude’ allemandes. Cette expérience pourrait expliquer le scepticisme qu’ils ont manifesté à l’égard de l’idée de Hayek d’une évolution spontanée des institutions”.

em criar uma *ordem económica* que evitasse as falhas do mercado e, de um modo integral, garantisse as condições necessárias para que a sociedade em geral, e os indivíduos em especial, beneficiassem de uma condição de vida globalmente digna.

Essa ordem económica a implementar (o referencial ordoliberal) deveria assentar nos princípios da democracia e, no fundo, seria uma “ordem ideal”, um *ethos*¹⁷ que acabava por ser não só económico, mas também político e social.

No fundo e em resumo, uma ordem integral¹⁸ justa e equilibrada, sendo certo que tal ordem, naturalmente democrática, seria também a ordem mais eficiente sob o ponto de vista estritamente económico. De resto – repita-se – o ponto de vista ordoliberal não dissocia a questão da eficiência económica, da justiça e da democracia; não seria eficiente uma ordem que, sob o ponto de vista económico, não fosse equilibrada (suprindo, pela via institucional, as falhas do mercado) e não garantisse a dignidade do indivíduo.

Para os ordoliberais (e para os Autores que atrás identificamos e que poderemos apelar de ordoliberais da “primeira geração”) a política de monopolização da economia alemã, promovida pelo regime nazi, refletia o carácter e os princípios totalitários que marcaram o ordenamento e o planeamento económico do nacional-socialismo. Mais: essa política era o sustentáculo económico daquele totalitarismo que anulava a dignidade dos indivíduos. No fundo, a economia monopolizada era identificada como sendo o suporte económico do próprio regime nazi.

Assim sendo, como era prioritário proteger a dignidade dos indivíduos, as liberdades políticas e democráticas contra derivas totalitárias de qualquer espécie e natureza, seria, então, fundamental arquitetar a referida ordem com base num regime que protegesse as liberdades económicas e impossibilitasse, pela sua própria configuração, os monopólios ou processos de concentração económica, conducentes à monopolização da economia. Nesta perspetiva, a liberdade individual e a liberdade económica eram entendidas como fundamentais para a construção da ordem ideal; a concorrência tornava-se a *condição necessária* para que derivas monopolistas e, por conseguinte, derivas políticas totalitárias, fossem evitadas.

Compreende-se, assim, a importância do direito da concorrência (na sua aceção de direito de *defesa da concorrência*). Este conjunto de princípios e de regras assumia, portanto, uma importância decisiva em todo o pensamento ordoliberal e um estatuto quase constitucional. No fundo, colocava-se (utilizando a terminologia das ordens), a ordem concorrencial no mesmo plano da ordem democrática (ou, pelo menos, a primeira como condição *sine qua non* desta última).

7. Como se depreende do que atrás fomos referindo em jeito de esboço de alguns aspetos característicos do pensamento ordoliberal, a *interdependência* das ordens económica, jurídica e social (ou seja, uma visão integrada, unitária, de todas essas ordens)¹⁹ era um traço essencial, comum a todos os Autores que perfilhavam e cultivavam esta escola de pensamento liberal alemã. Essa interdependência, geradora de uma visão integral equilibrada (justa), acabou por se erigir, também, como sendo um dos conceitos teóricos fundamentais do ordoliberalismo (*interdependência de ordens*). Segundo este conceito, a ordem económica integra-se num contexto que exprime

¹⁷ E, portanto, necessariamente, também seria uma ordem valorativa e normativa.

¹⁸ Em rigor, embora partindo da ordem económica, os ordoliberais visavam uma ordem global, económica, política e social.

¹⁹ *Interdependenz der Ordnungen*.

a simbiose da ordem social, da ordem política e constitucional e da ordem jurídica. Nesta perspetiva, a política económica – uma qualquer política económica concreta – não pode guiar-se unicamente pelo critério da eficiência estritamente económica. Ela também deve ser um fator de transposição dos valores constitucionais para a vida dos cidadãos.

Um aspeto importante a sublinhar é o seguinte: o Direito, ele próprio, depende da ordem económica existente, se bem que sirva também para a moldar e implementar. As instituições jurídicas ou os quadros institucionais desenhados pelo Direito têm um impacto e um alcance social que depende da configuração daquela ordem (económica) existente. É o caso da propriedade privada e da liberdade contratual. Quer numa ordem assente e refletora do puro “*laissez-faire, laissez passer*” tipicamente oitocentista, quer numa ordem económica concorrencial, no sentido preconizado pelo ordoliberalismo, aquelas instituições são determinantes (ambas as ordens partilham essas instituições ou quadros institucionais). Porém, na perspetiva dos ordoliberais, só numa ordem efetivamente concorrencial é que a propriedade privada é aceitável generalizadamente por e para todos os cidadãos, ainda que muitos a não possuam.

A teoria económica da organização industrial moderna defende a concorrência sobretudo por razões de eficiência económica (o mercado é a principal instituição de eficiência) e, por via disso, protege o bem-estar do consumidor. Ou seja, o *consumer welfare* é entendido, antes de tudo o resto, como um fator que favorece funcionalmente a concorrência e, por conseguinte, é promotor de maior eficiência económica. No entanto, na perspetiva ordoliberal, numa efetiva ordem económica concorrencial, protege-se, em primeira linha, a liberdade do consumidor como decorrência da liberdade individual e contra o poder totalitário dos monopólios e isto, em rigor, independentemente do seu papel no mercado. Nessa medida e com este sentido primeiro, defende-se igualmente o bem-estar do consumidor, porém, tendo um ponto de partida e uma motivação diferentes daqueles que estão pressupostos no *consumer welfare* defendido funcionalmente pela teoria da organização industrial moderna.

Para o ordoliberalismo inicial, a concorrência assume, portanto, o carácter de *princípio estruturante da ordem não só económica, mas também política e social*, sendo certo, no entanto, que não é, em primeira linha, a estrita eficiência económica, mas sim a garantia em prol da coesão social, da liberdade individual e da dignidade de vida humana (pelas razões antecedentemente expostas, ainda que topicamente) que motiva a importância da concorrência livre. O princípio concorrencial (neste sentido) é, então, um princípio quase absoluto e, até certo ponto, inquestionável universalmente. A ordem assim concorrencial é necessariamente democrática e, enquanto for uma ordem efetivamente concorrencial, é impeditiva de monopólios e de totalitarismos. Nesta construção, faz todo o sentido o conceito de “economia social de mercado”.

8. Para Alfred Muller–Armack, que foi funcionário do Ministério da Economia da República Federal da Alemanha desde 1952 e, ulteriormente, secretário de Estado encarregado dos Assuntos Europeus, desde 1958 a 1963, a economia social de mercado era aquela que seguia e era moldada pelas regras do mercado, em livre concorrência e à qual se acrescentavam as garantias sociais (refletindo, portanto, tal cosmovisão integral e/ou tal interdependência de ordens). Importa notar que foi Eucken quem inicialmente começou a divulgar esse modelo de economia como sendo aquele que deveria ser seguido pela política económica da Alemanha do pós-guerra, em reconstrução.

Importa destacar três princípios relevantes para uma compreensão global do

que pretendiam os ordoliberais com o conceito de “economia social de mercado” (e, se quisermos, para a compreensão da fórmula de Muller-Armack, de economia de mercado com garantias sociais). E esses três princípios acabam, também, por decorrer e por sublinhar, ainda mais, o conceito de interdependência a que atrás aludimos e a cosmovisão global, integrada, típica desta escola de pensamento.

Assim, para se compreender o alcance do conceito de “economia social de mercado”, é importante considerar o seguinte:

Em primeiro lugar, o mercado, a economia de mercado e as garantias sociais (se quisermos, agora e apenas por facilidade de expressão, o “modelo social europeu”) estão interligadas, sendo as duas faces da mesma moeda. As garantias sociais são uma condição de bom funcionamento do mercado e este, pelo seu lado, é uma condição necessária para que se possa falar em segurança social. Ordem social e economia de mercado fazem simultaneamente parte da ordem económica ideal; nenhuma precede a outra, nem nenhuma é mais importante do que a outra. Só a economia de mercado porque é, de facto, a mais eficiente, tem condições para garantir os direitos e a proteção social. Só o mercado e a economia de mercado, apesar das desigualdades que engendra, podem criar mais riqueza e, dessa forma, criarem as condições para se empreender uma melhor e mais vasta redistribuição dessa riqueza gerada.

Em segundo lugar, a interligação e a complementaridade entre a economia de mercado, o mercado propriamente dito e um sistema de garantias sociais explicam, também, a aplicação de um princípio da *subsidiariedade*, norteando a definição das medidas de carácter social tidas, em cada momento, como necessárias. Dito de outro modo, a definição e a aplicação de uma política social devem seguir uma lógica de subsidiariedade relativamente ao mercado: só devem ser adotadas as medidas concretas de carácter social que estejam em conformidade com o funcionamento da economia de mercado e, por outro lado ainda, a política social só deve interferir com o funcionamento do mercado livre se medidas equivalentes àquelas que se pretendem adotar não puderem ser geradas pelo próprio funcionamento do mercado.

Nesta perspetiva, o próprio direito da concorrência (direito de *defesa da concorrência*) constitui-se como sendo a Lei Fundamental da “economia social de mercado”: este direito, na medida em que garante e protege a ordem concorrencial, na medida em que evita os processos monopolistas e concentracionistas e dificulta as posições de domínio do mercado, contribui para uma distribuição mais justa e igualitária da riqueza gerada. Acaba por evitar que o mercado seja capturado por poderes económicos abusivos e prejudiciais aos interesses dos cidadãos/consumidores, nomeadamente, dos mais pobres. Assim, a ordem concorrencial e o respetivo direito que primeiramente a protege – o direito da concorrência – constituem-se como elemento fundamental da cosmovisão ordoliberal e da “economia social de mercado”.

Porém e em terceiro lugar, esta imprescindibilidade do direito da concorrência para se estabelecer e desenvolver uma “economia social de mercado”, não dispensa, também e concomitantemente, uma política social (intervenção do Estado, ainda que subsidiariamente, nos termos anteriormente expostos) com medidas adequadas à garantia de um satisfatório nível de vida e bem-estar socioeconómico dos cidadãos.²⁰

²⁰ Em síntese: “L'économie de marché moderne n'est pas l'économie de marché libre des flibustiers libéraux d'une époque révolue [...] mais une économie de marché à engagement social qui permet à l'individu de s'épanouir, qui accorde la priorité à la valeur de la personnalité et qui récompense la performance avec un rendement mérité”, Ludwig Erhard, *Congres du CDU, Recklinghausen*, 28 de agosto de 1948, transcrito e traduzido para língua francesa in *Economie Sociale de Marché. Qu'est-ce que cela signifie concrètement*, ed. Siegfried F. Franke e David Gregosz,

9. Regressando ao conceito ou aceção mista de constituição económica (económica e normativa, refletindo uma visão material ou substantiva), tal como atrás o abordámos, em 4., importa, agora, sublinhar uma conclusão que se vislumbra com alguma facilidade: o entendimento de constituição económica mista, assim explanado, corresponde à visão ordoliberal inicial.

A lógica da integralidade socioeconómica, da interdependência das ordens, o facto de esse quadro jurídico (substantivo) de ordenação da economia (“ordem económica real”) apontar para um equilíbrio e uma garantia de proteção social, considerando-se a *defesa da concorrência* e o respetivo direito da concorrência (a ordem concorrencial) como a pedra angular (quase, como referimos, a Lei Fundamental) de todo o sistema socioeconómico e político, são emanações e decorrências do pensamento e da cosmovisão ordoliberais. Nesse sentido, a própria noção de constituição económica tem a sua origem nesse pensamento (neo) liberal alemão.

A virtuosidade deste entendimento de constituição económica reside, a nosso ver, precisamente no seu carácter de interdependência, na sua abordagem integral da realidade que se constitui como seu objeto. Uma análise e uma visão normativa que metodologicamente tenha como ponto de partida a realidade sociológica, as preocupações e os interesses concretos das populações, de grupos de interesse, os conflitos (antagonismos) e consensos que geram movimentações e disputas políticas – diríamos, uma abordagem normativa realista – acabará sempre por propiciar respostas jurídico-sociais, mais eficientes e com um superior grau de efetividade. Até certo ponto, relembramos, a este respeito, a obra póstuma de Max Weber, *Economia e Sociedade*, em que, no fundo, se desenvolve uma abordagem sociológica (sociologia do Direito) que é proposta por Weber como sendo uma das bases fundamentais do desenvolvimento da análise e da ação jurídicas.

Por outro lado, esta abordagem de base ordoliberal da constituição económica (um entendimento misto, como o qualificamos antecedentemente) apresenta, ainda, uma outra vantagem suplementar ou, pelo menos, um *compromisso* que poderá ser, numa certa perspetiva, uma vantagem – sobretudo, em termos de integração europeia. Transpondo essa abordagem para o plano da própria constituição da UE, esse entendimento constitucional integrado (interdependente), impede-nos de resvalar numa abordagem excessivamente “mecânica” e tecnicista.

A constituição da UE (ou, talvez melhor, da integração europeia) não se pode confinar ao elenco de regras que definem um direito e uma ordem de integração apenas em sentido técnico-jurídico. Há, por vezes, a tendência para se circunscrever essa constituição às regras/princípios fundamentais dos Tratados e da jurisprudência que garantem a articulação entre os ordenamentos de fonte europeia e de *fonte* nacional. Delimita-se, por vezes, essa constituição aos denominados princípios do “federalismo jurídico” (ao primado, ao efeito direto, à aplicabilidade direta) ou a princípios que se apresentam descarnados de um sentido e de uma opção social, política e ideológica (ou, pelo menos, assim são descritos e preconizados), tais como a lealdade, a subsidiariedade, a equivalência, a interpretação conforme, a tutela jurisdicional efetiva e a responsabilidade pela violação do direito da UE. A estes princípios acrescentam-se alguns outros de carácter substantivo que originam e enquadram algumas políticas comuns, como, no fundo, aqueles que traduzem as liberdades económicas fundamentais do mercado interno (as liberdades de circulação)

Konrad Adenauer Stiftung, (2013) (disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/11312-1442-3-30.pdf>, acessado a 13 de janeiro de 2017).

e as regras de *defesa da concorrência*. No entanto, sempre com um acento tónico tecnicista e apartado, muitas vezes, do modelo político e social que se pretende e que deverá fundamentar a construção europeia.

Claro está que, hoje em dia, a tutela dos direitos fundamentais e a afirmação da União como sendo uma União de direito (princípio da União de direito)²¹, bem assim como, por impulso sobretudo jurisprudencial, a densificação da cidadania europeia como cidadania de direitos, acabam por contrabalançar esse (eventual) risco de derrapagem para uma visão constitucional da integração que seja excessivamente “neutra”, aparentemente tecnicista e desligada da realidade política e das bases sociológicas concretas que dão vida e materialidade à União e à construção europeia. No entanto, por definição, a constituição económica ordoliberal (ou a já referida cosmovisão constitucional ordoliberal), assente na interdependência de ordens e realidades e incorporando a componente social no balanço da eficiência do direito e da constituição da economia (a ordem económica real ou ordem concorrencial), impõem-nos sempre uma visão e uma concretização da ideia de constituição económica comprometida com a vertente social e, até certo ponto, conectada com os anseios e as aspirações dos cidadãos.²²

10. O Tratado de Roma de 1957 (e, até certo ponto, o seu antecedente Tratado de Paris de 1951) e o projeto de integração europeia por ele lançado, tinham muitas afinidades com o pensamento ordoliberal. A própria visão ordoliberal, sobretudo na perspetiva alemã do “pós-guerra”, parecia, também, particularmente adequada à legitimação política desse mesmo projeto.

As liberdades de circulação instituídas e garantidas pelo Tratado (as liberdades económicas do mercado interno – então mercado comum), o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, a introdução, sob o ponto de vista normativo e principiológico, de uma ordem concorrencial, suportada por regras que consubstanciavam um direito de *defesa da concorrência*, tudo isso podia ser entendido como pilares estruturais de uma constituição económica ordoliberal, associada, pelas elites decisoras alemãs, a um obstáculo dissuasor de totalitarismos. A abertura da economia (das economias dos Estados-Membros) encaixava nas preocupações alemãs de reconstrução e de normalização das relações com a comunidade internacional. E esta afinidade ordoliberal – que significava uma arquitetura política da integração (naturalmente, ainda muito incipiente) confortável para os decisores políticos alemães de então – não era perturbada por outras regras e políticas de carácter notoriamente anticoncorrencial e contrárias à visão ordoliberal, como era o caso, por exemplo, da Política Agrícola Comum. Estas desvantagens eram

²¹ Sobre os princípios do direito da integração e sobre o princípio da União de direito, ver Alessandra Silveira, *Princípios de direito da União Europeia. Doutrina e jurisprudência*, 2.ª ed. (atualizada e ampliada) (Lisboa: Quid Juris, 2011).

²² Problema diferente e que nos pode abrir a porta para outras discussões é o da identificação concreta, em cada momento, de quais são esses anseios e aspirações; quais são as prioridades de vida e os interesses reais de grupos (e que grupos?) de cidadãos. Aqui, os riscos são sempre os de excesso de militantismo a favor de determinada posição ou visão estritamente subjetiva do intérprete; o risco, na verdade, de se transformar a pretensa visão normativa, num discurso panfletário e, também ele, desfocado da realidade e da generalidade dos cidadãos. No entanto, esta difícil interpretação e discussão (como acabamos de referir, também não isenta de riscos), nem se chega a colocar se partirmos, desde logo, para conceitos como o de constituição económica (e de constituição da UE) com uma lógica redutoramente tecnicista e especializada.

largamente compensadas pelo pendor concorrencial e pelo tom de liberdade económica do Tratado.

Além disso, sob o ponto de vista da legitimidade política democrática, o facto de o principal instrumento adotado para a construção europeia ser de carácter económico (ou seja, a construção de um mercado comum) e conducente à edificação de uma ordem concorrencial, acabaria por ser um argumento decisivo.²³

A Europa comprometia-se, assim, na construção de um mercado que se sobrepunha, em parte significativa, aos Estados nacionais. Esse mercado e as regras que o implementavam apontavam para uma ordem que garantia a livre concorrência, gerida por órgãos (Instituições) supranacionais – órgãos esses cuja legitimidade política seria, logo à partida, justificada sobretudo pelo fundamento e pelo objetivo técnico-económico que prosseguiram: a construção do mercado comum de cariz concorrencial e assente nas liberdades económicas.

Dito de outro modo: aquele objetivo das Instituições e da própria construção europeia, era também o instrumento para se alcançar a ordem concorrencial que suportava e dissuadia as eventuais pressões e perigos totalitários e antidemocráticos. Tínhamos a construção de uma ordem concorrencial supranacional que, conceitualmente e sob o ponto de vista dos valores, estava, à partida, justificada. Uma ordem concorrencial e um mercado que se sobrepunham aos Estados e à questão da legitimidade democrática nacional. Num certo sentido, o carácter universal (e, na perspetiva ordoliberal), naturalmente inultrapassável da ordem concorrencial, eximiam o projeto europeu (económico, concorrencial e supranacional) do ónus da legitimação política democrática nacional.

Antevia-se, portanto, um caminho, com os primeiros Tratados institutivos, que apontava para *os Estados sob a vigilância de um mercado concorrencial supranacional e não de um mercado controlado pelos Estados*. Neste sentido, acabavam por ser notórias as afinidades entre o projeto europeu, o ordoliberalismo e a visão alemã do pós-Guerra.

Esta ideia é também sublinhada por Christian Joerges e Florian Rodl para quem o facto de a Europa ter começado o seu processo de integração com um objetivo e um percurso, aparente e unicamente, económicos, acabou, progressivamente, por dar plausibilidade aos argumentos ordoliberais.

As Comunidades de então fundamentavam-se, em termos de legitimidade, na construção e solidificação de uma ordem que visava e desenvolvia a liberdade económica e garantia a livre concorrência, através de Instituições supranacionais. Esta legitimidade era, nessa perspetiva, *independente* da legitimidade das instituições dos Estados nacionais democráticos e isto, apesar de, como conceito, a integração poder figurar-se inicialmente como antagónica às ideias ordoliberais. Com efeito, num primeiro olhar, a ideia de construção de uma ordem meramente económica, desligada da sua envolvente sociopolítica, assim como a falta de vias de aquisição, para essa ordem/integração, de legitimidade democrática (entendida na perspetiva dos Estados nacionais), não teriam sido entendidas como adequadas, pelos ordoliberais. No entanto, progressivamente, a perspetiva foi sendo ajustada ao imperativo da construção de um caminho que apontava para a “ordem concorrencial” (já de si, em

²³ Retomamos o que dissemos anteriormente, em 7.: o princípio concorrencial é um princípio quase absoluto e, até certo ponto, inquestionável universalmente. A ordem concorrencial é necessariamente democrática e, enquanto for uma ordem efetivamente concorrencial, é impeditiva de monopólios e de totalitarismos.

si mesma, legítima à partida). Na realidade, “*(t)his legitimacy was independent of the state’s democratic constitutional institutions. By the same token it imposed limits upon the Community, discretionary economic policies seemed illegitimated and unlawful.*”²⁴

11. Ora, estes aspetos integrantes do feixe de influências determinantes da ideia e da implementação (originária) da integração europeia, permitem-nos verificar e compreender o peso e a importância que algumas políticas – como, por exemplo, a política (e o direito) da concorrência – sempre tiveram na efetividade da própria integração e do direito europeu. Permitem-nos, igualmente, justificar a construção de um ordenamento (jurídico) económico que sempre recusou a absolutização da concorrência (em si mesma considerada) como princípio absoluto. Ao invés do que é a tradição e a cosmovisão jusconcorrencialista norte-americana, no espaço europeu e, desde logo, inicialmente, no âmbito da integração económica europeia, nunca se adotou um modelo de política e de sistema normativo que consagrasse a denominada teoria da “concorrência-condição”. A tradição e a sensibilidade europeias sempre apontaram para uma relativização de princípios estritamente económicos (economicistas ou estritamente decorrentes ou conducentes à eficiência meramente produtiva), considerando-os, acima de tudo, como instrumentais em relação a objetivos mais amplos, também políticos e sociais. O n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e a longa prática decisória e jurisprudencial quer da Comissão Europeia, quer do Tribunal de Justiça de aplicação desse normativo (“juízo de balanço económico”), ilustram isso mesmo. Há uma cosmovisão relativamente reformista e integral (apontando, de certo modo, para a interpenetração de ordens a que atrás aludimos como sendo típica do ordoliberalismo) que marca a ação das Instituições. A liberdade económica e os quadros institucionais do capitalismo sempre foram mitigados, matizados com preocupações que estão para além da eficiência (estritamente) económica, na definição e na prossecução das políticas comuns. Nesse sentido, compreendem-se as próprias exceções (e as respetivas causas) que se admitem às próprias liberdades económicas, desde logo, na enunciação normativa dessas mesmas liberdades, nos Tratados: por exemplo, no contexto da livre circulação de mercadorias, o artigo 36.º do TFUE; a ordem pública, a segurança pública e a saúde pública, no contexto da livre circulação de trabalhadores (artigo 45.º, n.º 3 do TFUE) e do direito de estabelecimento (artigo 52.º, n.º 1 do TFUE).

Assim sendo, a introdução e o protagonismo atribuído, com a reforma de Lisboa, à “economia social de mercado” poderá, de certo modo, querer significar um reavivar (uma assunção mais clara e firme) dessa influência ou legado ordoliberal originário. A dimensão social (a coesão social), por exemplo, nessa cosmovisão ordoliberal, nunca foi desvalorizada e, ao invés de uma perspetiva (ideologia?) mais estribada na eficiência produtiva (estritamente económica) e num modelo capitalista mais próximo do pensamento clássico e oitocentista, a sua preservação (a preservação de tal coesão social) é um imperativo da ordem concorrencial/económica que se pretende alcançar, nessa visão ordoliberal.

A “economia social de mercado” – e o seu protagonismo em termos de enunciação normativa, agora assinalado e adquirido com Lisboa – mais do que indiciar uma mudança do sentido da Constituição económica da UE, poderá apenas apontar para um retorno a algumas das origens do processo de integração (origens – *rectius*, influências originárias – sempre subjacentes, nesse processo).

²⁴ Christian Joerges and Florian Rodl, *Social Market Economy as Europe’s Social Model?...*, 5-6.

Esta ideia de retorno às origens/influências ordoliberais será especialmente interessante e relevante se o contextualizarmos, agora, numa fase pós-*Brexit* e quando se avança para um debate institucional, aberto, desde logo pela Comissão, sobre o futuro da Europa.²⁵

²⁵ *Livro Branco sobre o Futuro da Europa. Reflexões e Cenários para a UE27 em 2025*, COM(2017)2025, 1 de março de 2017, em: https://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe-reflections-and-scenarios-eu27_pt (acessado a 03 de abril de 2017).