



UNIVERSIDADE  
**LUSÓFONA**  
DO PORTO

BRENNO HENRIQUE DE OLIVEIRA RIBAS

**O PARADOXO DA REGULAÇÃO PÚBLICA E  
LIBERDADE DE EMPRESA: UMA ANÁLISE DA  
EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE  
INICIATIVA PRIVADA NA ORDEM JURÍDICA  
PORTUGUESA**

Trabalho realizado sob a orientação do Professor Doutor  
Nuno José Vasconcelos de Albuquerque e Sousa

JUNHO DE 2021





BRENNO HENRIQUE DE OLIVEIRA RIBAS

**O PARADOXO DA REGULAÇÃO PÚBLICA E  
LIBERDADE DE EMPRESA: UMA ANÁLISE DA  
EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE  
INICIATIVA PRIVADA NA ORDEM JURÍDICA  
PORTUGUESA**

Dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-publicísticas

Tese defendida em provas públicas na Universidade Lusófona do Porto no dia 02 de junho de 2021, perante o júri seguinte:

Presidente: Doutora Maria do Rosário Pereira Cardoso dos Anjos (Prof. Associada da Universidade Lusófona do Porto);  
Arguente: Doutor João António Bahia de Almeida Garret (Prof. Adjunto e Coordenador do 2º ciclo de Estudos do IPMAIA);  
Orientador: Prof. Doutor Nuno José Vasconcelos de Albuquerque e Sousa (Prof. Associado da Universidade Lusófona do Porto).

JUNHO DE 2021

É autorizada a reprodução integral desta tese/dissertação apenas para efeitos de investigação, mediante declaração escrita do interessado, que a tal se compromete.

Dedico esta dissertação a minha tia: Viviane Albuquerque (in memoriam).  
Aos meus pais: Marupiraja Ribas e Maria Betânia.  
À minha noiva: Carolinne Guerra.

## AGRADECIMENTOS

Em meio a tantas pessoas a quem quero agradecer esta conquista, prefiro iniciar agradecendo a minha noiva Carolinne Cardoso Guerra, minha grande parceira nestes dois anos. Agradeço por ter “segurado a barra” no período que precisei me ausentar do Brasil. Agradeço por segurar também - e de modo muito firme - minhas mãos nos momentos de aflição e desespero. Agradeço ainda pelos essenciais incentivos que me ofereceu, que foram decisivos para a conclusão do curso. Enfim, a agradeço por tudo: pelo amor, por acreditar em mim, pela cumplicidade, pelo carinho, pelos ensinamentos e pelo exemplo de que se pode fazer sempre melhor, bastando apenas calma e cuidado sobre o trabalho a ser realizado

Não menos importante, aos meus pais - a Sra. Maria Betânia de Oliveira Ribas e o Sr. Marupiraja Ramos Ribas - por sempre me apontarem o caminho dos estudos como o único viável para a construção de uma vida digna e por todo apoio na minha decisão de estudar em Portugal. Sinto-me feliz em poder orgulhá-los com as minhas realizações.

Ao Prof<sup>o</sup> José Nuno J. Vasconcelos e Sousa, a quem, a enorme sorte de apenas conhecer já seria uma honra. Mas, fui contemplado com a oportunidade de ser seu orientando. Agradeço pelas direções oferecidas e pelas oportunidades de desenvolvimento propiciadas e, principalmente, pelo exemplo de pessoa e profissional que certamente me guiará nesta nova etapa da minha vida.

A todos demais professores do mestrado e funcionários da Universidade Lusófona do Porto, em especial ao Prof<sup>o</sup> Antonio Cândido de Oliveira, por toda a confiança depositada em mim ao longo deste período, em diversas situações, em especial por ter confiado a mim a responsabilidade de ser delegado da turma.

Aos colegas e amigos do mestrado em Direito, pelas angústias e alegrias compartilhadas, em especial a Thiago Rodrigues e Jorge Abrão, pela oportunidade de transpor a amizade para além do ambiente acadêmico.

Por último e não menos importante, eu agradeço a Deus por abençoar toda a minha trajetória acadêmica, e minha vida de uma maneira geral. Hoje tenho uma saúde plena, apesar da pandemia da COVID-19. Tenho uma família amorosa e presente em minha vida, enquanto que tantos outros não tem o mesmo e vivem em um lar de discórdia ou até mesmo em solidão. Ô tão bondoso e benevolente Deus, em razão desses e de tantos outros exemplos, te agradeço. Sou um filho agradecido por toda a sorte de graças e livramentos que me foram concedidas. Muito obrigado!

## **RESUMO**

A medida de intervenção estatal na liberdade econômica privada é um dos principais paradoxos dos modernos Estados Democráticos de Direito, cujo ênfase de atuação é a primazia do interesse público. O grande desafio dessas ordens jurídicas é estipular um caminho de respeito aos interesses colectivos, sem ao mesmo tempo aniquilar os interesses econômicos privados constitucionalmente garantidos. Em Portugal, dentro as liberdades econômicas garantidas pelo Estado, encontra-se no n.º 1 do art.º 61 da CRP a garantia de liberdade de empresa, como uma das garantias e direitos fundamentais da nação. Ao mesmo tempo, vigora em Portugal o modelo regulatório de intervenção do Estado na economia, com um regime de restrições as liberdades dos agentes econômicos, cujo intuito é a garantia do bem-social. Todavia, observa-se que o excesso de regulação é tão nocivo quanto a total ausência de intervenção estatal na economia, pois resulta em uma indevida ingerência pública no mercado. Restrições indevidas ao acesso e exercício da atividade empresarial, pode ter o efeito prático de anulação da garantia constitucional de liberdade de empresa. Com isso em vista, a presente pesquisa se propõe a analisar criticamente os condicionadores existentes para o acesso e exercício das actividades económico-empresariais, no atual regime administrativo de liberdade de empresa em Portugal. Para tanto, o método da pesquisa será dedutivo, com uma abordagem bibliográfica e documental, numa perspectiva analítica, comparativa, crítica e textual.

**Palavras-Chaves:** Regulação; Liberdade de Empresa; Portugal.

## **ABSTRACT**

The measure of state intervention in private economic freedom is one of the main paradoxes of modern Democratic States of Law, whose emphasis of action is the primacy of the public interest. The great challenge of these legal orders is to stipulate a path of respect for collective interests, without at the same time annihilating the constitutionally guaranteed private economic interests. In Portugal, within the economic freedoms guaranteed by the State, it is found in n. 1 of art. 61 of the CRP guarantees freedom of enterprise, as one of the fundamental guarantees and rights of the nation. At the same time, the regulatory model of State intervention in the economy prevails in Portugal, with a regime of restrictions on the freedoms of economic agents, whose purpose is to guarantee social welfare. However, it is observed that over-regulation is as harmful as the total absence of state intervention in the economy, as it results in undue public interference in the market. Undue restrictions on access and exercise of business activity, may have the practical effect of nullifying the constitutional guarantee of freedom of enterprise. With this in mind, the present research proposes to critically analyze the existing conditioners for the access and exercise of economic-business activities, in the current administrative regime of freedom of enterprise in Portugal. Therefore, the research method will be deductive, with a bibliographic and documentary approach, in an analytical, comparative, critical and textual perspective.

**Keywords:** Regulation; Freedom of Business; Portugal.

## **RESUMEN**

La medida de la intervención estatal en la libertad económica privada es una de las principales paradojas de los modernos Estados democráticos de derecho, cuyo énfasis de acción es la primacía del interés público. El gran desafío de estos ordenamientos jurídicos es trazar un camino de respeto a los intereses colectivos, sin aniquilar al mismo tiempo los intereses económicos privados garantizados constitucionalmente. En Portugal, dentro de las libertades económicas garantizadas por el Estado, se encuentra en el n. 1 del art. 61 de la CRP garantiza la libertad de empresa, como una de las garantías y derechos fundamentales de la nación. Al mismo tiempo, en Portugal prevalece el modelo regulatorio de intervención del Estado en la economía, con un régimen de restricciones a las libertades de los agentes económicos, cuya finalidad es garantizar el bienestar social. Sin embargo, se observa que la sobrerregulación es tan dañina como la ausencia total de intervención estatal en la economía, ya que genera una interferencia pública indebida en el mercado. Las restricciones indebidas al acceso y ejercicio de la actividad empresarial, pueden tener el efecto práctico de anular la garantía constitucional de libertad de empresa. Teniendo esto en cuenta, la presente investigación propone analizar críticamente los condicionantes existentes para el acceso y ejercicio de las actividades económico-empresariales, en el actual régimen administrativo de libertad de empresa en Portugal. Por tanto, el método de investigación será deductivo, con enfoque bibliográfico y documental, en una perspectiva analítica, comparativa, crítica y textual.

**Palabras clave:** Regulación; Libertad de empresa; Portugal.

## ÍNDICE

<b>I- INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>II- DO PARADOXO ENTRE LIBERDADE DE EMPRESA E REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA E DA EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA.....</b>	<b>12</b>
<b>1- PRINCIPAIS PARADIGMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA .....</b>	<b>12</b>
1.1. O modelo liberal: o estado mínimo .....	13
1.2. O modelo social: o estado prestador de bens e serviços .....	17
1.3. O modelo regulatório: o estado como regulador da economia... ..	23
1.4. O processo histórico português de intervenção do estado na economia .....	27
1.4.1. O absolutismo monárquico e a Revolução Liberal. ....	28
1.4.2. O Estado Novo e o modelo Corporativista de intervenção estatal.....	30
1.4.3. A revolução de 25 de abril de 1974 e sua influência na actual constituição económica de regulação portuguesa.....	31
<b>2- A LIBERDADE DE EMPRESA E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.....</b>	<b>34</b>
2.1. A difícil busca pela definição de liberdade .....	34
2.2. Liberdade negativa e positiva .....	35
2.3. Liberdade Económica.....	37
2.4. Conceito de Empresa.....	40
2.5. O direito de livre iniciativa privada e a liberdade de empresa.....	41
2.6. Aspectos em comum e diferenciação entre liberdade de empresa e a liberdade de profissão .....	45
2.7. Os limites da intervenção do legislador: uma análise do número 1 do artigo 61 da Constituição da República Portuguesa.....	47
<b>3- REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA E O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS-EUROPEU DE INTERVENÇÃO NA ACTIVIDADE ECÓNOMICO-EMPRESARIAL.....</b>	<b>50</b>
3.1. A regulação pública na Economia: breve introito.....	50
3.2. Regulação, Hetero-Regulação e Auto-Regulação: uma nota de distinção.....	54
3.3. Razões conceptuais para regular: a teoria do interesse público e a teoria dos interesses privados .....	55
3.4. Âmbito de regulação .....	61
3.5. Tipos de regulação .....	62
3.6. Autoridades Administrativas Independentes: contexto de criação, objetivo, características e distinção das agências reguladoras brasileiras.....	64
3.7. O regime jurídico de intervenção do Estado Português e da UE na actividade económico-empresarial .....	69
3.7.1. Do regime das actividades públicas: os atos concessórios .....	70
3.7.2. Do regime das actividades de interesse geral: as autorizações no direito da União Europeia e no direito nacional.....	72
3.7.3. Do regime de autorizações silentes ou tácitas e atos de comunicação em substituição às autorizações .....	76

**4- O PARADOXO DA REGULAÇÃO PÚBLICA E LIBERDADE DE EMPRESA E A EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE INICIATIVA PRIVADA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA: CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES..... 80**

4.1. O paradoxo da liberdade de empresa e da regulação económica..... 80

4.2. O paradoxo da liberdade e regulação pública da actividade económico-empresarial no ordenamento jurídico português ..... 85

4.3. A actual conjectura da regulação nacional e europeia anulam a efectividade do direito à liberdade de empresa em Portugal? ..... 91

**III- EM RESUMO ..... 95**

**BIBLIOGRAFIA**

# **O PARADOXO DA REGULAÇÃO PÚBLICA E LIBERDADE DE EMPRESA: UMA ANÁLISE DA EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE INICIATIVA PRIVADA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA**

Brenno Henrique de Oliveira Ribas, Mestre em Ciências Jurídicas-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto.

## **I- INTRODUÇÃO**

A presente investigação se propõe analisar os principais aspetos relacionados ao paradoxo entre a liberdade de empresa e a regulação pública, com enfoque na forma em que se encontra conduzida essa questão no ordenamento jurídico português, com fins de analisar a efectividade da garantia de livre iniciativa privada.

Para tanto, será inicialmente e detalhadamente trabalhado as principais concepções de intervenção pública na economia, quais sejam: a liberal, que nasceu junto com revolução liberal francesa e suas premissas fundadora, a qual foi caracterizada pela mínima interferência pública possível nas relações econômicas; além da social ou paternalista que foi caracterizada por uma postura bem mais interventora, ou seja, positiva e ativa, de ação sobre a sociedade e sobre a economia, e, por fim, a contemporânea concepção reguladora, baseado na “desregulação estatal”, caracterizada pela transferência de tarefas públicas aos particulares, mas sem abandona-las totalmente, exercendo sobre esses privados um poder regulatório e fiscalizador.

Em seguida será analisado o específico contexto histórico de Portugal, onde observar-se-á uma actual postura regulatória, com forte inspiração no direito europeu, com várias previsões legais que orienta o Estado a intervir na economia como garantidor do interesse público.

Também será abordado a actual ordem jurídica constitucional portuguesa, a qual prevê um conjunto de garantias fundamentais aos cidadãos com escopo de proteção ao exercício abusivo dos poderes regulatórios do Estado. São as chamadas liberdades econômicas. Dentre as referidas garantias será dado enfoque especial a de livre iniciativa privada ou liberdade de empresa, previsto no número 1.º do artigo 61.º da CRP, com status análogo ao do artigo 18.º da lei fundamental<sup>1</sup>.

Todavia, apesar de tal status, verificaremos que esse preceito jusfundamental encontra limites na própria constituição, na lei e no interesse geral. Assim, será estudada a noção conceptual de regulação pública e de interesse geral, bem como todos os principais aspetos

---

<sup>1</sup> AMORIM, João Pacheco de. - Direito Administrativo da Economia, pp. 445-446.

do regime administrativista por meio do qual a Administração Pública português estabelece os limites e as condições de acesso e exercício a liberdade de empresa.

Dentre os mecanismos, nos aviltaremos nas chamadas Autoridades Administrativas Independentes, as quais foram criadas especificamente para, de modo autônomo, descentralizado e com excelência técnica, promover a regulação de certos sectores económicos de interesse geral. Será ainda feita uma breve comparação entre elas e as agências reguladoras brasileiras

Por fim, será melhor aprofundado a noção de paradoxo entre a liberdade de empresa e a regulação pública, com maior detalhamento dos aspetos mais relevantes previstos no ordenamento jurídico português, bem como nas disposições oriundas do direito europeu.

Para desenvolver as proposições mencionadas, elaborou-se o presente trabalho através da pesquisa bibliográfica e documental, realizada por meio de consultas a autores e documentos que abordam a temática proposta, que viabilizaram o estudo do tema na perspectiva analítica, comparativa, crítica e textual.

A utilização do método dedutivo permitiu a delimitação do tema, partindo-se de uma concepção ampla, qual seja, o estudo do fenómeno da interferência do Estado na Economia, especificando no estudo dessa relação no contexto português, com especial enfoque no paradoxo liberdade de empresa/regulação pública, o qual se traduz a difícil missão/ônus do Estado de garantir direito a livre iniciativa económica, e ao mesmo tempo ter que condiciona-la em prol do interesse público.

## **II- DO PARADOXO ENTRE LIBERDADE DE EMPRESA E REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA E DA EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA**

### **1. PRINCIPAIS PARADIGMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA**

O comportamento estatal na ordem económica, desde o nascimento do Estado de Direito (implantado de forma generalizada na Europa na primeira metade do séc. XIX) sofreu diversas alterações ao longo da história.

Partindo-se, primeiramente, de uma visão mais ampla, até afunilar para o espectro específico do contexto português, será brevemente apresentado no presente capítulo, as concepções do Estado liberalista, do Estado Paternalista, e, por fim, a mais actual vertente do Estado Regulador.

Essas disposições possuem características e razões históricas próprias de serem, sendo respostas a ordem econômicas-social da época em que sobrevieram, como será visto adiante.

### 1.1. O modelo liberal: o Estado mínimo

O período marcado pelo liberalismo é datado entre o final do século XVIII, início do século XIX, indo até as primeiras décadas do século XX. É frequentemente relacionado às revoluções ocorridas no fim do século XVII, principalmente à Revolução Francesa 1787, dos quais valores foram dispersos por todo o globo. Os princípios da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade”, são, ao menos inicialmente, os mesmos ideais perseguidos pelo Estado Liberal.<sup>2</sup> Ademais, segundo Georges Burdeau<sup>3</sup>, a liberdade política advinda pelas revoluções seria estéril se não causasse a liberdade de comércio e indústria.

Juntamente ao modelo de Estado Liberal despontam os chamados direitos fundamentais de primeira geração, que podem ser conceituados, de acordo com Paulo Bonavides<sup>4</sup>: “São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. Naquele momento histórico o Estado era percebido como opressor da sociedade; desse modo, o Estado Liberal preconizava a defesa pelas liberdades individuais como o único motivo da existência do aparato estatal.<sup>5</sup>

O seu surgimento é também marcado pelo Renascimento, momento importante de mudança e construção da concepção do homem, e um dos paradigmas que veio a propiciar a modernidade.<sup>6</sup> Conforme essa concepção, o Estado é mais justo quando garante ao indivíduo o desenvolvimento da sua liberdade individual<sup>7</sup>, inspirado nos princípios de Rousseau<sup>8</sup>, o qual alegava que por meio do contrato social, o indivíduo: “ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”. Surgiu em oposição ao sistema da época, ao qual era: “estruturada de acordo com critérios singularizados e, frequentemente, de

---

<sup>2</sup> APOLINÁRIO, Marisa. - O Estado Regulador: O novo papel do Estado. Análise da perspectiva da evolução recente do direito administrativo. O exemplo do sector de energia, p. 39.

<sup>3</sup> BURDEAU, Georges. - *Traité de Science Politique*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 118.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. 2018. - Curso de Direito Constitucional, pp. 516-517.

<sup>5</sup> MELLO, Thiago Dellazari. - Do Estado Social ao Estado Regulador, p. 224.

<sup>6</sup> CENCI, Ana Righi. - Do liberalismo ao intervencionismo: O Estado como protagonista da (des)regulação econômica, p. 79.

<sup>7</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. - Direito Económico, p. 21.

<sup>8</sup> ROSSEAU, Jean-Jaques. - O contrato social, p. 28.

privilégio”<sup>9</sup>. Ainda que constantemente o liberalismo seja analisado unicamente através de seu viés econômico, este é bastante abrangente, com âmbitos políticos e culturais.<sup>10</sup>

O Estado liberal não tem o intuito de buscar a salvação da alma do indivíduo, sua virtude ou bem-estar econômico, desse modo, busca exclusivamente a garantia das convicções externas para que o homem possa prosseguir os seus fins individuais. Não há indicações de fins para cada cidadão, de forma que o Estado garanta a cada indivíduo uma esfera de liberdade para que cada um possa buscar e alcançar livremente os seus fins individuais.<sup>11</sup>

Segundo Norberto Bobbio, a caracterização do regime político moderno como democrático deveria propiciar o cumprimento das garantias dos direitos individuais. O liberalismo possuiria uma estreita ligação com a democracia, mesmo esta não sendo linear ou tão pacífica no decorrer da história, o que consagra a fórmula democrático-liberal, ostentada como o ideal de ordem social.<sup>12</sup> Conforme ensina Marisa Apolinário<sup>13</sup>: “O Estado Liberal é, assim, considerado por muitos como o primeiro modelo de Estado de Direito”.

De acordo com Hobbes e sua ideologia do individualismo, os interesses pessoais e egoístas do homem seriam os motivos reais que faziam o homem agir, o que perfeitamente se adequa ao modo de vida capitalista que iniciava a ser inserida no ramo do comércio.<sup>14</sup> O homem seria um ser independente, que nada deve à sociedade e só agiria conforme seus interesses<sup>15</sup>, e não em razão de uma interação social que exige normas e valores<sup>16</sup>. Além do mais, a lei é tomada como vontade e ordem, na proteção da vida e busca pela paz.

Já conforme lição de Locke, tendo o conceito e existência do estado de natureza advindo antes mesmo da instituição da sociedade, o homem vivia sob o preceito de que: “todo homem é depositário do resto da humanidade e deve fazer respeitar as leis da natureza”, desse modo, no estado de natureza o indivíduo é “o senhor de sua própria pessoa e de suas posses”. O direito particular do homem conduziria ao estado natural de conservação e felicidade, tendo a proteção à propriedade apenas atingida com implementação da sociedade e direito.<sup>17</sup> Complementando e ampliando o Estado protetor

---

<sup>9</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. - Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria, p. 701.

<sup>10</sup> CENCI, op. cit., p. 79.

<sup>11</sup> MONCADA, op. cit., p. 21.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. 1997. - II nostro Croce, p. 219.

<sup>13</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 39.

<sup>14</sup> HOBBS, Thomas. - Leviatã, p. 23.

<sup>15</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. - Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke, p. 34.

<sup>16</sup> DUMONT, Louis. - O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna, p. 99

<sup>17</sup> LOCKE, J. - Two Treatise on Government, p. 22.

de direitos de Hobbes, Locke apresenta as bases do direito da sociedade capitalista e liberal.<sup>18</sup>

Para Adam Smith, utiliza-se das condições de garantia dos direitos de propriedade para a harmonia da sociedade de Locke, mas não desconsidera os conflitos que podem ser gerados pela hierarquização dos homens. A ordem social corresponderia a uma emergência, decorrente do caos latente dos interesses individuais, traduzido para um bem-estar na vida em sociedade. Ao invés da divergência entre a guerra apresentada por Hobbes, ou a paz instável de Locke, os interesses privados seriam guiados por uma mão invisível que guiaria o bem-estar coletivo. A regulação seria inerente à própria economia, que não necessitaria ser regulada externamente, podendo o mercado por si só reagir e combater as perturbações que vierem a ser emergentes.<sup>19</sup> À vista disso, é defendido a teoria ao qual a economia estaria sujeita às leis naturais que levam os integrantes do mercado a uma situação de equilíbrio, com resultados positivos para a sociedade, uma vez que esta será rica se os indivíduos nela inserida o forem.<sup>20</sup>

A concepção do ideal liberal do Estado advém da subordinação do Estado ao direito, desse modo, a lei passou a ser entendida como regra impreterivelmente geral e abstrata, não mais da vontade do soberano, mas que expresse a racionalidade; desse modo, a lei só pode ser assim denominada quando sua disposição for tomada em abstrato, e aplicada a todos os cidadãos.<sup>21</sup> Esse entendimento, partido do modelo idealizado por Rousseau, citado por João Pacheco de Amorim<sup>22</sup>, a lei é um mecanismo de atuação da vontade geral pela comunidade política, dirigida e com alcance a todos, sem distinção de pessoas, pois esta é fruto da vontade de todos.

O Estado de Direito Liberal em contraposição ao Estado-de-Polícia defende a separação entre o Estado e a sociedade, objetivando a redução do Estado e da sua atividade a uma intensidade mínima.<sup>23</sup> O papel do Estado, na lição de Jorge Miranda<sup>24</sup>, passa a ser unicamente: “a garantia da paz social e da segurança dos bens e das vidas, de forma a permitir o pleno desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias leis naturais”.

---

<sup>18</sup> STRAUSS, L. - Droit naturel et histoire, p. 45.

<sup>19</sup> AZEVEDO, Maria Eduarda. 2017. - Direito da Regulação da Economia, p. 19.

<sup>20</sup> GANEM, Ângela. - Adam Smith e a explicação do mercado como ordem social: Uma abordagem Histórico-Filosófica, p. 16.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 717 e ss.

<sup>22</sup> AMORIM, op. cit., pp. 71 e 72.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. - Manual de Direito Constitucional, vol. I (Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais), p. 86.

O modelo jurídico do Estado liberal restringia minimamente a interferência do direito público em questões de atividade econômica, em conformidade com a lição de Luís S. Cabral de Moncada<sup>25</sup>:

O direito público era considerado como absolutamente impermeável à economia, exclusiva esta da esfera da atividade privada e consequentemente do direito privado. Ao direito público, enquanto direito do interesse geral, não competia intervir na esfera privada da actividade econômica, pois que os interesses da colectividade eram aí realizados espontaneamente através do livre jogo da iniciativa e do risco individuais, permeáveis tão-só ao direito privado comum e comercial.

A atividade econômica somente deveria ser juridicamente intervinda pelo direito privado, visto que o direito público não diria respeito à economia. O exercício da atividade econômica geral seria um prosseguimento da atividade privada geral, desse modo, o ordenamento jurídico a ser empreendido não poderia ser outro que não fosse o de direito privado.<sup>26</sup>

Outrossim, o papel do direito seria tão somente o de garantir condições necessárias para a plenitude do exercício da liberdade econômica, estando incumbido ao direito público apenas a proteção da ordem pública e da segurança de pessoas e bens.<sup>27</sup> É manifesto a competência do direito público na salvaguarda dos interesses coletivos<sup>28</sup>, o que não significa que este deva interferir na esfera privada da atividade econômica, uma vez que os interesses da coletividade seriam conquistados através da livre iniciativa e do risco individual.<sup>29</sup> Desse modo, trata-se de um Estado mínimo e sociedade máxima, não podendo existir a fusão desses dois mundos.<sup>30</sup>

Quanto aos sistemas fiscais do liberalismo, apesar da rejeição da utilização do imposto como mecanismo de justiça social e redistribuição de riquezas, é defendido o seu reconhecimento de uma tributação justa com vistas de garantir a igualdade formal nos termos da lei e um nível moderado de tributação, atingindo principalmente as classes agrárias tradicionais e consumidores.<sup>31</sup>

O Estado liberal é manifesto pela aversão a qualquer mudança, e estabelecimento do status quo, com a execução de autocontenção apenas em casos de ameaça à segurança

---

<sup>25</sup> MONCADA, op. cit., p. 17.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> AMORIM, op. cit., p. 74.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> MONCADA, op. cit., p. 19.

<sup>30</sup> DIAS, José Figueiredo. [et al.]. - Noções Fundamentais de Direito Administrativo, pp. 16-21.

<sup>31</sup> AZEVEDO, 2017. op. cit., p. 22.

individual<sup>32</sup>, com a atribuição de que a igualdade das leis proíbe tanto o rico quanto o pobre de dormir sob pontes, mendigar em ruas, roubar pão e também permite que ambos se hospedem no Ritz, uma vez que se é presumido que todos os indivíduos são capazes de competir em termos iguais<sup>33</sup>.

Foi essa concepção que norteou o Estado Liberal por quase todo o século XIX, que nos seus anos finais generalizou-se o sufrágio universal, com a organização dos primeiros partidos políticos da massa e movimentos de grupos de interesse, como por exemplos os sindicatos.<sup>34</sup> O Estado Liberal veio a sofrer o seu grande declínio principalmente em decorrência da Primeira Grande Guerra Mundial, momento que propiciou pela busca do Estado do Bem-Estar<sup>35</sup>, de maneira que veio transformar a compreensão do Estado Liberal do modo que era conhecido.

## 1.2 O modelo social: o Estado prestador de bens e serviços

Durante a Primeira Guerra Mundial foi possível visualizar as primeiras atividades estaduais de envergadura<sup>36</sup>, com o Estado se apoderando da condução da economia para os esforços necessários à guerra, e se manteve no poder de intervenção na economia mesmo após o fim da guerra, com vistas de minimizar os efeitos da desmobilização dos soldados e da fragilidade provocada pelo conflito.<sup>37</sup>

O declínio do liberalismo categórico pode ser analisado pelas transformações da estrutura econômica<sup>38</sup>, corroborado pelo crescimento das empresas e seu processo de concentração de capital e progresso técnico, como transformação nas estruturas sociais, marcado pelas reivindicações das massas por direitos trabalhistas, previdenciários e sociais<sup>39</sup>.

Ao longo do século XIX, com força de movimentos sociais e apoiados em ideologias antiliberais, foi verificado um grande ataque a omissão do Estado na gerência dos interesses coletivos<sup>40</sup>, o que resultou na positivação dos direitos fundamentais de segunda geração, quando promulgada a Constituição Mexicana em fevereiro de 1917 e,

---

<sup>32</sup> MORAES, Ricardo Quartim de. - A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e a sua relação com o constitucionalismo dirigente, p. 273.

<sup>33</sup> MANNING, D. J. - Modern Ideologies: Liberalism, p. 20.

<sup>34</sup> AMORIM, op. cit., p. 77.

<sup>35</sup> LASKI, Harold J. - El liberalismo europeo, p. 172.

<sup>36</sup> PATRÍCIO, J. Simões. - Introdução ao Direito Económico, p. 31.

<sup>37</sup> AMORIM, op. cit., p. 77.

<sup>38</sup> MOREIRA, Vital. 1973. - A ordem jurídica do capitalismo, p. 81.

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. 2013. - Do estado liberal ao estado social, p. 186.

<sup>40</sup> MELLO, Thiago Dellazari. - Do Estado Social ao Estado Regulador, p. 224.

seguidamente da Constituição Alemã em agosto de 1919<sup>41</sup>. Os direitos de segunda geração são os direitos culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades<sup>42</sup>; aos quais podem ser traduzidos em direitos de participação, com uma política ativa do poder público, realizadas por meio de técnicas jurídicas de prestação de serviços públicos<sup>43</sup>.

A liberdade sem limites de contrato e propriedade do Estado Liberal provocou uma fase de capitalismo monopolista<sup>44</sup>, com a centralização e concentração de capital acabou tornando certas empresas no monopólio de influenciar e dominar o mercado. Nesse cenário, no fim do século XIX foi elaborada uma legislação antitruste nos Estados Unidos, com o intuito de coibir acordos de domínio de mercados, demonstrando assim o esforço insustentável em tentar manter o modelo do liberalismo clássico<sup>45</sup>.

A instabilidade do modelo do Estado Liberal desenvolveu-se dentro dele mesmo e a sua tentativa em mantê-lo. Outrossim, a admissão de necessidade de intervenção e regulação pelo Estado além dos limites definidos anteriormente, contribuiu para a ampliação dos contornos da ordem liberal e a passagem para a intervenção do Estado na ordem social e econômica.<sup>46</sup>

A aversão inicial dos liberais à intervenção e regulamentação do Estado era digna e justa, conforme ensina Laski<sup>47</sup>:

Pois, como tentei aqui demonstrar, os liberais das épocas anteriores à Revolução Francesa tinham apenas uma teoria negativa do Estado; para eles, por razões muito compreensíveis, era de uma tirania que procuravam escapar. Após sua vitória, viram-na como um meio para proteger-se da invasão de baixo ou como, um pouco mais tarde, uma técnica para distribuir concessões tais àqueles que desafiavam sua supremacia que os habilitassem a mantê-la inalterada em seus princípios gerais. Assim, às exigências de justiça responderam com a oferta de caridade.

Por um longo período a sociedade foi extremamente marcada pelo modelo autoritário executado por monarquias centralizadas, além de um Parlamento feudal que veio a dar origem à centralização do poder monárquico; desse modo, surgiu a ideia negativa da interferência do Estado, e a busca pelo desprendimento da tirania em que viviam. Ocorre que, após longos anos de implementação do Estado Liberal, este foi declinando, sendo

---

<sup>41</sup> DIMITRI, Dimoulis. [et. al.]. - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 32.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto. 1992. - A Era dos Direitos, p. 06.

<sup>43</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. - Las generaciones de derechos humanos, p. 205.

<sup>44</sup> MORAES, op. cit., p. 274.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> LASKI, op. cit., p. 186.

necessário a interferência do Estado para resolver questões não mais possíveis pelo modelo liberal.

As guerras não eram um fenômeno que despertava a atenção exclusiva do Estado, sendo desprezado por certas classes sociais. Advém que, em razão do surgimento da Primeira Guerra Mundial, as funções provenientes do Estados se focalizam na guerra, juntamente de toda a sociedade. A guerra passou a ser o centro da economia, com produção de aço, usinas e objetivos previamente estabelecidos pelo Estado, movendo toda a sociedade.<sup>48</sup> Ademais, por a urgência da reconstrução de uma Europa devastada pela guerra, desencadeou em nacionalizações, com a acolhimento de atividade bancária pelo Estado, e a chegada do fenômeno de planificação econômica em países ocidentais.<sup>49</sup> Desse modo, foi indispensável a criação de instrumentos jurídicos para que o Estado dirigisse a produção desses fatores de produção, o que se encontra incompatível com o ideal de um Estado Liberal.<sup>50</sup>

Além disso, o desenvolvimento tecnológico e crises econômicas foram fatores importantes para a mudança na sociedade, conforme ensina Jorge Miranda<sup>51</sup>, o século XX foi sobretudo: “Século marcado por convulsões bélicas, crises económicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções”. Desse modo, a exigência anterior pelos valores de liberdade e propriedade de um Estado “invisível”, passou a ser exigido por um Estado “omnipresente”, com a mudança gradual das virtualidades da iniciativa privada pelas virtualidades da intervenção pública.<sup>52</sup> O ideal de um Estado Mínimo foi substituído pelos domínios tradicionais em que o Estado já vinha intervindo, além dos novos domínios a ter a participação do poder público.<sup>53</sup>

A segunda metade do século XX foi marcado por um Estado de Direito descentralizado, com a pluralização na organização da atividade administrativa. Do mesmo modo, foi estendido o leque de domínios de intervenção da Administração Pública, nascendo uma nova Administração de serviço público de fomento, planejamento e infraestrutura. O Estado deixou de ter uma conduta negativa ou passiva, passando a agir na sociedade e economia.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> COMPARATO, Fábio Konder. - O indispensável direito econômico, p. 15.

<sup>49</sup> PATRÍCIO, J. Simões. - Introdução ao Direito Económico, p. 31.

<sup>50</sup> MORAES, op. cit., p. 274.

<sup>51</sup> MIRANDA, op. cit., p. 95.

<sup>52</sup> APOLINÁRIO, Marisa. op. cit., p. 58.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> AMORIM, op. cit., p. 79.

Em razão disso, foi enfraquecida a concepção da separação do Estado e sociedade, passando a uma Administração prestadora ou constitutiva, prestando bens e serviços, fomentando atividades econômicas privadas relevantes para o crescimento econômico, a programar e planificar intervenções de médio e longo prazo, contratar e de se utilizar de formar organizativas.<sup>55</sup> O Estado moderno passou a ser qualificado como um Estado-Administração, influenciando também o legislador, o que influenciou no aumento de normas, gerando o também Estado-Regulador, o Estado que tudo regula.<sup>56</sup>

Na lição de Sônia Miriam Draibe<sup>57</sup> há três modelos de Estado de Bem-Estar: (1) O modelo residual, com a política social intervendo ex-post, somente quando os meios naturais de satisfação de necessidades pela renda falham; (2) O modelo meritocrático-particularista, com a política social interferindo unicamente para a correção de ações do mercado, uma vez que é baseado na premissa de que todos estão aptos a prover suas necessidades; e por fim (3) o modelo institucional redistributivo, ao qual como parte integrante da sociedade temos o sistema de bem-estar, voltando-se a distribuição de bens “extramercados”, sendo garantido a todos esses bens por critérios universalistas.

A adoção do Estado Social em detrimento ao Estado Liberal não significa o afastamento das conquistas provenientes deste último, podendo-se declarar o Estado Social de Direito como uma segunda fase do constitucionalismo moderno, incorporando-se a primeira fase e acrescentando um elemento social.<sup>58</sup> Desse modo, é estabelecido uma associação entre os direitos e liberdades individuais juntamente com os direitos sociais, de forma a se vincular a igualdade jurídica com a igualdade social e segurança jurídica com segurança social.<sup>59</sup>

O hodierno Estado Social de Direito é acima de tudo, um Estado de bem-estar social, estando extremamente distante do Estado de bem-estar social do absolutismo. O atual Estado Social de Direito está muito além do Estado liberal de direito, não se satisfazendo com a subordinação formal à lei, exigindo primeiramente a realização da justiça material, ou ainda chamada de justiça efetiva.<sup>60</sup>

Assim como no Estado Liberal, o Estado Social é também um Estado de Direito, aos quais seguem os princípios da “liberdade, igualdade e fraternidade”, ocorrendo unicamente uma alteração acerca da hierarquia relativa, ao qual é dada uma maior relevância aos

---

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> SOUSA, António Francisco de. - Direito Administrativo, p. 64.

<sup>57</sup> DRAIBE, Sônia Miriam. - O 'Welfare State' no Brasil: características e perspectivas, p. 25.

<sup>58</sup> MORAES, op. cit., p. 277.

<sup>59</sup> MIRANDA, op. cit., p. 96.

princípios da igualdade e fraternidade em detrimento à liberdade.<sup>61</sup> Desse modo, o Estado Social busca além da correção às disfunções mais graves do mercado e sociedade civil, dispõe da responsabilidade de conformar a ordem social, promovendo a igualdade entre classes sociais e proporcionando a todos um certo nível de bem-estar econômico.<sup>62</sup>

O centro do poder legislativo típico do período liberal, passa a ser o poder executivo<sup>63</sup>, sendo este, na lição de Prosper Weil<sup>64</sup>: “por fim, que mais beneficia da extensão das atribuições e do aumento dos poderes do Estado no último meio século, porque o intervencionismo econômico, a planificação e o reforço do poder de polícia em nada puderam beneficiar o parlamento ou os tribunais”.

O Estado responsabiliza-se de novas tarefas, com o intento de atingir o máximo das necessidades coletivas, sendo a mais importante as decisões que não serão tomadas pela esfera privada, necessitando de determinação pelo Estado. Os fatores permanentes de desequilíbrio na economia não eram um dado ou tendência, necessitando dessa forma da interferência do Estado para sanar essas disfunções, uma vez que o importante não é exatamente realizar o que o setor privado já faz, mas sim efetivar o que não é de todo feito.<sup>65</sup> Quanto ao seu caráter distributivo, o principal diferencial do Estado Social não era a constituição por uma política de transferência da propriedade dos meios de produção, mas da distribuição da produção de maneira mais igualitária, executado por meio da utilização adequada da imposição de vontade fiscal do Estado.<sup>66</sup>

A única assunção pela proteção da propriedade e liberdade assumidas pelo Estado durante o Estado Liberal, abrange agora para a proteção dos direitos econômicos e sociais.<sup>67</sup> Em detrimento disso, ocorre a composição de um forte setor público, que se desenvolveu durante todo o século XX, desdobrando-se entre um setor público social e um setor público econômico. O poderio do Estado ao fim do século XX pode ser vislumbrado pela descrição de Madsex Pirie, citado por Gaspar Ariño Ortiz<sup>68</sup>:

No ano de 1979, na Grã-Bretanha, podia passar-se todo o dia sem se tropeçar na economia privada. Acordava pela manhã e abria o meu ovo, passado pela água distribuída pelo Estado, com uma faca fabricada pelo

---

<sup>60</sup> SOUSA, A. op. cit., p. 65.

<sup>61</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 59.

<sup>62</sup> PASTOR, JUAN SANTAMARIA. - Principios de Derecho Administrativo General, pp. 107 e 108.

<sup>63</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 59.

<sup>64</sup> WEIL, Prosper. - Direito Administrativo, p. 8.

<sup>65</sup> KEYNES, J. M. - The End of laissez-faire, p. 36.

<sup>66</sup> COELHO, André Felipe Canuto. - A privatização com instrumento de passagem do Estado Social para o Estado Regulador, p. 249.

<sup>67</sup> ROSANVALLON, Pierre. - La crisis del Estado Providencia, p. 38.

<sup>68</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. - Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica, p. 92.

Estado, recolhia o correio estatal que chegava em uma semana de atraso e dava os bons-dias ao funcionário do lixo, que nesse preciso momento despejava o lixo no passeio. Depois, entrava em meu carro, fabricado pelo Estado, levava as crianças à escola pública, deixava a minha mulher no hospital do Estado e ia trabalhar, para o Estado naturalmente. Com o telefone, estatal, fazia uma chamada para uma agência de viagens estatal, para reservar um voo num avião fabricado pelo Estado.

O crescimento da intervenção pública não somente deu causa a novas entidades administrativas, como também modificou os instrumentos jurídicos tradicionalmente utilizados pela Administração Pública. Diversamente do que ocorreu no período liberal, a intervenção pública deixa de ser meramente supletiva em relação à iniciativa privada, passando a ser dominante. O Estado deixa de se contentar em apoiar as atividades privadas, e passa a ele próprio produzir bens e prestar serviços, tornando-se com todo o seu esplendor, um Estado empresário.<sup>69</sup>

Desse modo, o Estado passou a estar presente nas mais variadas atividades corriqueiras do indivíduo, tornou-o dependente do mesmo, conforme ensina Ernest Forsthoff<sup>70</sup>: “o homem moderno não vive apenas no Estado, como vive do Estado”. Ocorre que, o crescimento desenfreado do setor público gerou consequências evidentes aos cidadãos, como a crescente ineficiência do serviço público, e o progressivo aumento de impostos<sup>71</sup>, em concordância com a lição de Gaspar Ariño Ortiz<sup>72</sup>: “existe hoje, no mundo inteiro, uma convicção: o Estado tornou-se demasiado grande sendo a sua incapacidade notória; a ineficiência económica do sector público é alarmante; a qualidade dos serviços é mínima e o cidadão é hoje um escravo, cuja vida e patrimônio estão entregues a um monstro que devora os seus próprios filhos”.

Logo, além da defesa pela redução progressiva do peso do Estado na economia, era incentivado o papel do indivíduo e sociedade na busca do interesse coletivo, devendo o indivíduo ocupar o lugar do Estado.<sup>73</sup> Além disso, todas essas razões tornaram-se um sustentáculo ao pedido de redefinição das tarefas do Estado, assim como seus limites no domínio econômico e social<sup>74</sup>, em concordância, Parejo Alfonso<sup>75</sup> ensina: “(n)uma sociedade com a actual (...) desenvolvida, informada, adulta, complexa, o modelo de pensamento fundamental do Direito administrativo não pode ser o da Administração

---

<sup>69</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 67.

<sup>70</sup> FORSTHOFF, Ernest. [et al.]. - Problemas Constitucionales del Estado Social, p. 50.

<sup>71</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 75.

<sup>72</sup> ORTIZ, op. cit., p. 600.

<sup>73</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 78.

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. - Lecciones de Derecho Administrativo, p. 237.

autoritária ou de intervenção”, e termina, “É claro que o poder como tal (e a sua capacidade de acção – incluindo coercitiva – unilateral) não vai desaparecer, nem sequer perder importância. Mas é claro também que tem de actuar-se de forma distinta, mais refinada, dosificada e subtil”.

A crise do Estado Social demonstrou a necessidade em se buscar novas alternativas ao mesmo, o que resultou, assim como em todas as crises, o início de mudanças ainda maiores.<sup>76</sup> A conquista por um Estado Social mostrou-se difícil, porém a conservação deste modelo pareceu ser impossível<sup>77</sup>; depois da passagem pelo Estado Liberal e o Estado Social, era manifesto a necessidade de um novo modelo de Estado que superassem os dois anteriores.<sup>78</sup>

### 1.3. O modelo regulatório: o Estado como regulador da Economia

Durante o período de crise do Estado Social grande parte da doutrina defendia que essa fase se tratava de uma mera etapa transitória, de uma mera mudança de intervenção do Estado na economia, mas ainda dentro do modelo do Estado Social. Entretanto, no final do século XX é manifesto que um novo modelo de Estado começava a despontar a partir da crise do Estado Social<sup>79</sup>, conforme ensinamentos da Escola de Chicago, uma alegação da asfixia do Estado de bem-estar para o Estado de mal-estar<sup>80</sup>, iniciou-se a reivindicação por “more Market, less State”<sup>81</sup>.

Após a Segunda Grande Guerra, com uma sociedade progressivamente complexa e dinâmica, o Estado constatou a impotência nos seus instrumentos de atuação, o que exigiu a adoção de mecanismos administrativos mais especializados e ágeis.<sup>82</sup> As alterações sociais trouxeram novas e crescentes necessidades aos cidadãos, o que levou a necessidade de reformulação do aparato estatal para enfrentar o dinamismo social.<sup>83</sup>

A realidade social não é influenciada unicamente pela economia, mas sem dúvidas esta vem a afetar a estrutura e a normatização estatal<sup>84</sup>, em concordância com Hermann Heller<sup>85</sup>, que defende que: “em uma sociedade capitalista, certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado”.

---

<sup>76</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 78.

<sup>77</sup> BONAVIDES, 2013. op. cit., p. 187.

<sup>78</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 78.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> COTARELO, Ramon. - Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar, p. 56.

<sup>81</sup> CALERA, Nicolás María López. - Yo, el Estado, p. 17.

<sup>82</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de.- Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico, p. 1.

<sup>83</sup> MELLO, op. cit., p. 226.

<sup>84</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 20.

Desse modo, o Estado e a economia encontram-se intrinsecamente ligados, situação está que também repercute no Direito, visto da necessidade em estabelecer regras de intervenção do Estado na economia.<sup>86</sup>

O Estado e a economia têm uma relação dialética, dinâmica e mutável, com variações conforme as contingências políticas, ideológicas e econômicas<sup>87</sup>; ocorre que, nos dias de hoje, as transformações nas estruturas econômicas são tão rápidas que acabam obrigando revisões constantes das regras administrativas<sup>88</sup>.

No Estado Regulador, este deixa de executar e passa a planejar, organizar, supervisionar e fiscalizar as atividades que tiverem relações com o serviço público, assim como as atividades econômicas e sociais.<sup>89</sup> A execução inadequada de diversas atividades realizadas anteriormente pelo setor público, passou a ser exercida pela iniciativa privada por meio da desestatização. A desestatização é definida por Marcos Juruena Villela Souto<sup>90</sup> como: “a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas”.

Desse modo, a transferência da gestão dos serviços públicos prestados por empresas estatais para aos setores privados acabou por gerar a necessidade de regulação destas atividades, com vistas de continuar a proteger os interesses coletivos.<sup>91</sup> Isto é, a busca pelos direitos sociais não é desamparada, o Estado continua com encargo de proteção e promoção ao bem-estar da sociedade, mas dessa vez com o auxílio da iniciativa privada<sup>92</sup>, ao qual passa a ser fiscalizada e fomentada, especialmente quando for de interesse público<sup>93</sup>.

O novo arranjo político-econômico faz com que a Administração Pública tenha uma nova função administrativa, a função regulatória, a qual entrepõe-se nas outras funções e atividades da Administração<sup>94</sup>, sendo diferente destas por ser orientada por critérios

---

<sup>85</sup> HELLER, Hermann. - Teoría Del Estado, p. 143.

<sup>86</sup> MELLO, op. cit., p. 226.

<sup>87</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 21.

<sup>88</sup> LAUBADÈRE, André de. - Direito Público Econômico, p. 114.

<sup>89</sup> SADDY, André. - Regulação Estatal, Autorregulação privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas, p. 18.

<sup>90</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. - Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação, p. 30.

<sup>91</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Los Nuevos Entes Regulatórios in El Derecho Público Actual. Buenos Aires: De Palma, 1994. p. 151.

<sup>92</sup> MELLO, op. cit., p. 227.

<sup>93</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. 2004. - Direito Regulatório: Temas Polêmicos. p. 35.

<sup>94</sup> SADDY, op. cit., p. 18.

técnicos e políticos, e não somente critérios políticos, como as demais funções.<sup>95</sup> A regulação estatal da economia é sobretudo um conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, aos quais o Estado, de forma de restringir ou induzir a liberdade privada, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, impedindo que ocorra a lesão dos interesses sociais, além de orientar em direção aos socialmente esperados.<sup>96</sup>

A intervenção na economia ocorre de maneira indireta, com o Estado direcionando os seus rumos e serviços, deixando de existir a relação de clientelismo do Estado produtor<sup>97</sup>, nesse sentido ensina Marisa Apolinário<sup>98</sup>:

Com efeito, de acordo com este novo modelo, o Estado passa a ser, fundamentalmente, um árbitro que estabelece as regras do jogo (que não é outro senão o jogo do mercado), jogo esse em que os jogadores deixam de ser apenas ou maioritariamente públicos, para serem, cada vez mais, apenas privados. O que se pede ao Estado é, portanto, que assegure que os jogadores respeitem as regras pré-estabelecidas, não viciando os dados do jogo, seja condicionando o resultado do mesmo, seja impedindo a entrada de novos jogadores. Isto não significa, no entanto, que nalgumas situações o Estado não possa ser também um jogador. Essas situações são, porém, a exceção e não a regra. Por outro lado, e ao contrário do que acontecia também no passado, quando o Estado surge agora em campo como jogador, já não pode ser também, simultaneamente, árbitro.

Isto posto, o Estado age na construção de mercado, deixando ao setor privado o papel de operadores econômicos. Ademais, o Estado ao realizar o papel de regulador, permite-lhe participar do mercado, ainda que indiretamente, não tendo o único papel de condicionar as atividades dos operadores de mercado, mas também o de assegurar os direitos dos particulares, sendo estes os consumidores.<sup>99</sup>

O Estado recebe a incumbência de atuar na regulação de monopólios, onde há competição restrita, e, em alguns casos, inviável, evitando-se assim, que a economia popular seja prejudicada, atuando no controle de preços e qualidade de produtos e serviços. Ainda, busca garantir a livre concorrência no setor privado, e, quanto à prestação de serviços públicos, busca garantir a universalização, qualidade e preço justo.<sup>100</sup>

Outrossim, a transição do Estado produtor para um Estado regulador gerou a privatização de empresas estatais, através de delegação estatal e por meio de licitações, a

---

<sup>95</sup> GONÇALVES, Pedro. 2006. - Direito administrativo da regulação, p. 535-573.

<sup>96</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 37.

<sup>97</sup> SOARES, Paulo Firmeza. - Do Estado Liberal ao Estado Regulador: aspectos políticos-jurídicos, p. 3.

<sup>98</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 83.

<sup>99</sup> Idem.

<sup>100</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 25.

transferência para particulares de atividades anteriormente exercidas pelo Estado.<sup>101</sup> O movimento de privatizações iniciou-se no final da década de setenta, com o governo Thatcher, na Grã-Bretanha, o qual fora estendido para países em desenvolvimento durante a década de noventa; o perfil público do serviço não mais se impactava com o perfil privado.<sup>102</sup> Buscava-se com as privatizações das tarefas e serviços públicos a redução da intervenção administrativa do Estado, ao qual levou à desregulação de determinadas matérias pelo poder público, gerando manifestações de autorregulação, cabendo assim, ao setor privado, a satisfação das necessidades da sociedade que antes estavam sendo realizadas pela Administração, como serviços de telefonia, fornecimento de eletricidade, correios, transporte, dentre outros; o cidadão deixa de ser usuário e passa a ser cliente.<sup>103</sup> Neste momento, o Estado não buscava ou necessitava ser patrimonialista, seu objetivo era moldar o mercado para que este viesse conseqüentemente atender as necessidades da sociedade.<sup>104</sup>

Ademais, mesmo que não haja nenhum recaimento de regulação estatal e prevalência da liberdade de empresa, conforme ensina Floriano de Azevedo Marques<sup>105</sup>: “haverá, residual e reativamente, alguma incidência de regulação estatal seja no âmbito da proteção ambiental, seja ainda no tocante à defesa do consumidor”. De modo contrário, as atividades que mantém relação direta ao cumprimento de direito fundamentais habitualmente passam a suportar uma maior intervenção estatal.<sup>106</sup>

A regulação da economia pode ser realizada por diferentes categorias e entidades reguladoras, de maneira isolada, conjunta, ou ainda, sob vários modos de cooperação. A concretização dos sistemas de regulação necessita da escolha da(s) entidade(s) que será(ão) responsável(véis) pela regulação, bem como a definição do formato organizativo e competências.<sup>107</sup>

Na lição de Ogus, citado por Maria Eduarda Azevedo<sup>108</sup>, é apresentado dois modelos que habitualmente são apresentados à regulação, quando sob o cuidado do próprio Estado na hetero-regulação. Diferenciam-se o sistema em que a autoridade administrativa também atua como autoridade reguladora; do sistema de autoridades reguladoras especializadas,

---

<sup>101</sup> SOARES, op. cit., p. 4.

<sup>102</sup> CHEVALLIER, Jacques. - As novas fronteiras do serviço público, p. 153.

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Gomes. - O administrado e as suas máscaras. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: 2010, p. 313 Apud OTERO, Paulo. 2013. - Manual de Direito Administrativo, Vol. I., p. 288.

<sup>104</sup> SOARES, op. cit., p. 4.

<sup>105</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. - Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal, p. 3.

<sup>106</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. [et. al.]. - Desafios do direito administrativo no Estado Regulador, p. 1133.

<sup>107</sup> AZEVEDO, 2017. op. cit, p. 61.

<sup>108</sup> Idem.

cuja autoridade administrativa especializada é separada, habitualmente contemplada de certa independência organiza e funcional. O primeiro, utilizada pelo Estado intervencionista, ao qual a competência regulatória frequentemente era mantida dentro da própria administração departamental direta, podendo a autoridade reguladora estar determinada a organismos da administração indireta. Já quanto o segundo, sob a configuração de entidades reguladoras independentes, estritamente ligado ao Estado pós-intervencionista ou regulador.<sup>109</sup>

Quanto aos princípios essenciais do regime regulatório estabelecido, instrumentos essenciais ao regime regulatório, e a autoridade reguladora, estas são definidas por meio de decisão político-legislativa. Importante salientar que os poderes da Administração Pública em geral não se diferenciam dos poderes da administração regulatória, entretanto, esta última detém dois traços específicos que a diferencia, quais sejam, primeiramente, um maior poder discricionário, a nível regulamentar, de fiscalização administrativa e de poder sancionador, e, secundamente, em razão da concentração dos poderes executivos e sancionatórios na própria entidade administrativa, a dita entidade reguladora.<sup>110</sup>

Desse modo, um dos maiores desígnios do Estado Regulador é o efetivo cumprimento do princípio da eficiência, com a garantia à população de serviços universais e de qualidade, com o funcionamento adequado do mercado e segurança jurídica dos entes regulados.<sup>111</sup> Ocorre que, assim como nos outros modelos anteriores, o Estado Regulador também apresenta problemas, podendo ser identificados como falhas na regulação, com a busca do regulador, ou ainda, com os custos da atividade regulatória.<sup>112</sup>

Portanto, como ensina Maria Eduarda Azevedo: “são de particular valia instrumentos como os “livres verdes”, as consultas públicas ou as avaliações do impacto regulatório no que toca às “falhas” do regime regulatório e ainda a utilidade de avaliações periódicas por entidades independentes”, e termina, na necessidade de um: ““regulatory review” no termo de um certo período, enquanto formas de manter a situação sob controle no que tange às “falhas da acção regulatória””.

#### 1.4. O processo histórico português de intervenção do Estado na economia

Neste ponto, de forma concisa e objetiva, a história de intervenção do Estado português na economia será analisada, para fins de enquadramento do actual marco regulatório.

---

<sup>109</sup> Idem.

<sup>110</sup> Idem.

<sup>111</sup> MELLO, op. cit., p. 228.

#### 1.4.1. O absolutismo monárquico e a Revolução Liberal

O Estado português, ao contrário de muitos outros espaços presentes na Europa, estabeleceu desde muito cedo o seu processo de centralização do poder e predominância do Direito do rei, tratando-se do primeiro fundador do Estado o D. Afonso II (1211-1223).<sup>113</sup> O rei era titular da suprema jurisdição, sendo dele todo o poder, sendo das demais jurisdições meras delegações do soberano<sup>114</sup>

Tratava-se de um absolutismo monárquico com raízes teocráticas, o que fazia aludir Deus ao poder real<sup>115</sup>, não próximo aos ideais políticos de uma soberania popular, de contrato resolúvel e insurreição<sup>116</sup>. As leis gerais desse período são marcadas por uma atividade administrativa fortemente interventiva nos mais variados setores econômicos, as quais focam nas áreas de acesso à titularidade dos bens de produção, produção e circulação de bens, preços e qualidade de bens e serviços, moeda e atividades profissionais econômicas.<sup>117</sup>

Outrossim, em meados do século XII, decerto do século XIII<sup>118</sup>, já haviam intenções de proteção a grupos profissionais, o que acabou gerando a formação de associações, os quais conduziram a sociedade numa progressiva corporativização, com a existência mestres organizados e reguladores do exercício de algumas profissões. Enquanto isso, houve o combate à prática informal de patrimonialização e privatizações de ofícios públicos, sendo os ofícios de justiça e fazenda bens pertencentes à coroa, aos quais foram criados e exercidos em razão da utilidade pública e não de interesses particulares.<sup>119</sup>

A Revolução Liberal veio a ocorrer em agosto de 1820, gerando a primeira Constituição liberal em setembro de 1822, a qual gerou uma revolução administrativa com cinco princípios jurídicos, a serem: (1) A separação de poderes, como limitador de poder, excluindo os tribunais de tomada de decisões administrativas, além do afastamento do monarca na elaboração de leis e decisões primárias de conflitos. (2) A supremacia da lei, como garantia a esfera privada e garantidor de limites à ação do poder, subordinando a atuação administrativa. (3) A igualdade de todos perante a lei, abolindo todos os privilégios que eram dados em razão do nascimento. (4) A tutela dos direitos fundamentais do cidadão, com o reconhecimento dos direitos fundamentais, que seriam melhor

---

<sup>112</sup> AZEVEDO, 2017. op. cit., p. 66.

<sup>113</sup> OTERO, Paulo. 2010. - D. Afonso II e a edificação do Estado: a raiz do constitucionalismo português, p. 523.

<sup>114</sup> HESPANHA, António Manuel. - História das Instituições – Épocas medieval e moderna, pp. 216-223.

<sup>115</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. O Espírito das Instituições. Coimbra: Almedina, 2006, p. 55.

<sup>116</sup> MARCOS, Rui Figueiredo. - A Legislação Pombalina – Alguns aspectos fundamentais, p. 25.

<sup>117</sup> OTERO, 2013. op. cit., p. 256.

<sup>118</sup> ALBUQUERQUE, Ruy de. [et. al]. - História do Direito Português, p. 695.

garantidos com a menor interferência do Estado na esfera dos indivíduos e sociedade, deixando assim, a liberdade de ação garantir esses direitos. (5) O abstencionismo do Estado, uma vez que defendido a o Estado mínimo como pressuposto de liberdade, com nenhuma intervenção na área econômica ou social.<sup>120</sup>

As Constituições liberais foram a Constituição de 1822, a Carta Constitucional de 1826, a Constituição de 1826 e a Constituição republicana de 1911; o país passou grande parte da sua história sob o domínio da monarquia absolutista, sendo somente a última constituição citada, assumidamente republicana.<sup>121</sup> Entretanto, a busca pela proclamação da república iniciou-se desde 1820, tendo que, naquele período, dar lugar a outras questões.<sup>122</sup> A Revolução de 1820 foi marcada como ato do liberalismo, com os ideais da soberania popular, seguida da Constituição de 1822 que somente é monárquica por razões pragmáticas<sup>123</sup>, mas tratando-se de uma constituição estruturalmente republicana<sup>124</sup>. Conforme ensina Rui Ramos, Bernardo Sousa e Nuno Monteiro<sup>125</sup>: “os liberais viraram o país do avesso, arruinaram a nobreza e criaram as condições para a republicanização total do Estado”.

Nas Constituições liberais não foram explicitamente e positivamente expostas qualquer menção a uma ordenação fundamental da vida econômica, o que não significa que naquela época não existiu uma ordenação jurídica da economia, podendo ser analisada inclusive nas leis fundamentais uma verdadeira Constituição Econômica.<sup>126</sup> Assim, conforme ensina João Pacheco de Amorim<sup>127</sup>: “as constituições liberais, quando (na aparência) se limitavam a garantir a abstenção do Estado neste domínio através do efeito negativo e denegatório dos direitos fundamentais dos cidadãos, [...] isso traduzia-se para todos os efeitos numa remissão para o direito privado (civil e comercial)”. À vista disso, esta configuração da ordenação econômica do Estado Liberal gerou uma importante legislação civil e comercial, aos quais foram, por meio de remissão, detinham normas constitucionais com vistas de garantir a liberdade econômica.<sup>128</sup>

---

<sup>119</sup> OTERO, 2013. op. cit., p. 256.

<sup>120</sup> Idem.

<sup>121</sup> AMORIM, op. cit., p. 111.

<sup>122</sup> SIEBERTZ, Paul. - D. Miguel e a sua época. A verdadeira história da guerra civil, p. 329.

<sup>123</sup> AMORIM, op. cit., p. 112.

<sup>124</sup> CARVALHO, Joaquim de. - História do Regime Republicano. Lisboa, 1930, p. 117, apud CANOTILHO, José Gomes. 2003. - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 130.

<sup>125</sup> RAMOS, Rui. [et. al.]. - História de Portugal, pp. 457-460.

<sup>126</sup> AMORIM, op. cit., p. 113.

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> Idem.

Ademais, os limites e restrições à liberdade econômica que as Constituições liberais porventura deixaram de ressaltar, em nenhum momento foi ultrapassado no âmbito da cláusula geral da ordem pública, ao qual tinha como únicas causas a admitir restrições quando de utilidade pública, costumes públicos, segurança e saúde; sendo assim, resguardado o respeito às garantias econômicas, ao qual seria interferida o mínimo e quando indispensável ao funcionamento da vida social e política.<sup>129</sup>

A liberdade econômica advinda com o Estado Liberal demonstrou-se uma ruptura total com o modelo adotado na estrutura socioeconômica do período medieval, e ainda perpetuado nas monarquias absolutas.<sup>130</sup> Os parlamentos e governos dessa época com o quadro de uma ação legislativa intensa conseguiram garantir o direito à propriedade, retirando os encargos feudais, reduzindo as sisas<sup>131</sup>, afastando qualquer foros, censos e rações sobre a propriedade imobiliária, abolindo os dízimos e revogando doações de bens da coroa, e demais direitos reais sobre imóveis.<sup>132</sup>

Ainda durante a vigência da Constituição Liberal de 1911, é analisado a existência de um entendimento de que ao Estado é incumbido desenvolver suas atividades sociais<sup>133</sup>, desse modo, conforme ensina Alberto da Cunha Saraiva<sup>134</sup>, demanda-se ao Estado: “em nome do funcionamento regular e equilibrado das diversas atividades sociais, que intervenha na vida econômica, moral e intelectual das sociedades ajudando, umas vezes, substituindo-se, outras, à iniciativa particular”.

#### 1.4.2. O Estado Novo e o modelo Corporativista de intervenção estatal

De 1926 até 1974, Portugal viveu um período ditatorial inspirado no modelo fascista italiano, conhecido com Estado Novo. A principal figura desse regime foi Antônio de Oliveira Salazar, o qual foi primeiro-ministro das finanças e virtual ditador entre os anos de 1932 e 1968. Durante esse período, foi elaborada a Constituição portuguesa de 1933 que instituiu um modelo de Estado corporativo, adotando um posicionamento intervencionista econômico, social e cultural.<sup>135</sup> Passou-se a conter uma maior proteção ao trabalho

---

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>131</sup> Antigo imposto que incidia sobre a transmissão de bens imobiliários inter vivos.

<sup>132</sup> AZEVEDO, Maria Eduarda. 2013. - Temas de Direito da Economia, p. 61.

<sup>133</sup> SARAIVA, Alberto da Cunha Rocha. (1912). - A construção jurídica do Estado: O Direito, p. 47.

<sup>134</sup> SARAIVA, Alberto da Cunha Rocha. (1916). - As teorias sobre a representação política e a nossa Constituição, p. 314.

<sup>135</sup> OTERO, 2013. op. cit., p. 281.

subordinado, com limites das atividades econômicas, sobretudo com a revisão constitucional de 1951, que veio a definir o direito ao trabalho e o direito à vida.<sup>136</sup>

A administração do Estado durante esse regime foi baseada nas características seguintes: (1) A ampliação das necessidades coletivas que ficaram a cargo da Administração Pública. (2) A subjetivação das tarefas fundamentais sob a responsabilidade da Administração Pública, com o reconhecimento de direitos fundamentais. (3) A transformação dos administrados em usuários e consumidores dos serviços sociais prestados pelo Estado. (4) O desenvolvimento da estrutura administrativa e funcional da Administração. (5) O reforço do poder administrativo nos demais poderes do Estado, da necessidade de um Estado-administrativo em detrimento do anterior Estado-legislador. (6) O desenvolvimento de mecanismos de sindicabilidade da atividade administrativa. (7) A formação de reservas de administração ou setores de monopólio administrativo, com espaços exclusivos da Administração Pública, com limitações ou exclusão de ações do parlamento, tribunais ou setor privado. (8) O crescimento do protagonismo do executivo e a sua regulação na ação administrativa. (9) O controle da ação administrativa por pessoas especializadas e burocratas, o que gerou uma crescente burocratização e tecnicização administrativa. (10) O crescimento dos custos financeiros para o funcionamento e prestação de bens e serviços realizados pela Administração Pública.<sup>137</sup>

Em setembro de 1968, Salazar deu lugar a seu ex-ministro Marcelo Caetano, que comandou o regime do Estado Novo no período compreendido entre 1968 e 1974, o qual ficou conhecido como ‘Marcelismo’ ou ‘Período Marcelista’, sendo marcado pela ebulição da decadência econômica de Portugal e do descontentamento da população e das forças armadas com a guerra colonial.<sup>138</sup>

#### 1.4.3. A revolução de 25 de abril de 1974 e sua influência na actual constituição económica de regulação portuguesa

Dessa grande insatisfação crescente com o antigo regime, adveio a ‘Revolução de 25 de abril de 1974’, que consistiu em um movimento das forças armadas para derrubar o Estado

---

<sup>136</sup> AMORIM, op. cit., p. 132.

<sup>137</sup> OTERO, 2013. op. cit., p. 282.

<sup>138</sup> NORONHA, R. V. C. A. - A nacionalização da banca no contexto do processo revolucionário português (1974-75), pp. 23 e ss.

Novo, e que teve como principais motes a democratização, descolonização e o desenvolvimento.<sup>139</sup>

Após o derrubar o antigo regime, o movimento das forças armadas (MFA) escolheu o general Antonio de Spínola para ocupar o cargo de presidente e dirigir a reconstrução econômica do país. Todavia, suas ideias para a economia iam de encontro com a maioria dos membros da MFA, os quais queriam pôr termo definitivo à presença portuguesa em África e a expandir substancialmente o âmbito do sector público, o que acabou ocasionando o pedido de demissão de Spínola em setembro de 1974.<sup>140</sup>

Em seguida, em março de 1975, houve uma tentativa de golpe direitista, conhecida como ‘Intentona’, que acabou não obtendo êxito. Daí em diante, o processo revolucionário acelerou, com a implementação de inúmeras nacionalizações de instituições financeiras e empresas, à exemplo de bancos e companhias de seguros nacionais, da transportadora aérea nacional (TAP), da maior parte dos transportes urbanos e interurbanos, das principais cervejeiras e as empresas de cimentos, tabaco, polpa de papel, fertilizantes, dentre outras.<sup>141</sup>

Além disso, em julho de 1975, foi implementada uma reforma agrária que instituiu “os princípios da expropriação fundiária, legalizou as ocupações de terras pelos trabalhadores rurais, que, na realidade, se tinham iniciado cinco meses antes”, bem como estabeleceu “que a expropriação se faria nas propriedades agrícolas da «zona de intervenção» a sul do rio Tejo”.<sup>142</sup>

O forte papel intervencionista do Estado na Economia ficou ainda mais evidente com a Constituição de 1976, de forte carácter marxista por indicar uma “«sociedade sem classes» e para a «socialização dos meios de produção» e proclamar todas as nacionalizações depois do 25 de Abril de 1974 como «conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras»”.<sup>143</sup>

As nacionalizações foram significativas, e foram além dos serviços públicos e da indústria pesada. O governo português monopolizou todos os transportes comerciais, bem como todo o sector financeiro nacional. Esse excesso de intervenção estatal por meio desse processo massivo de nacionalizações acabou gerando uma série problemas funcionais e consequências económicas do sector empresarial do Estado, à exemplo da perda de gestores, técnicos e homens de negócios, e a rápida acumulação da dívida externa de

---

<sup>139</sup> BOTELHO, Catarina Santos. - A história faz a constituição ou a constituição faz a história? – reflexões sobre a história constitucional portuguesa, p. 10.

<sup>140</sup> BAKLANOFF, Erik N. - Breve experiência de socialismo em Portugal: o sector das empresas estatais, p. 930.

<sup>141</sup> Idem.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 931.

Portugal, de 5,5 mil milhões de dólares americanos em 1978 para 16,6 mil milhões em 1985.<sup>144</sup>

Os professores, Diogo Freitas de Amaral e José Robin de Andrade, apontam outro grande problema oriundo dessas nacionalizações, referente as regras que foram estabelecidas em relação ao valor das indemnizações a atribuir aos titulares dos direitos expropriados, prevista na Lei n. 80/77, as quais violam os princípios da justa indemnização e da igualdade dos cidadãos perante a lei.<sup>145</sup>

Além disso, esse imenso crescimento do setor público, gerou pelo menos duas consequências que foram facilmente percebidas pelos cidadãos: (1) A ineficiência do serviço público, que se agravava conforme mais o setor público crescia. (2) O aumento progressivo de impostos, que interferia diretamente nas finanças do indivíduo e famílias. Esse intervencionismo, que durante anos foi entendido como um modelo de crescimento e progresso, começou a apresentar limites, afinal, os cidadãos não podiam mais esperar que o serviço público resolvesse todas as suas necessidades sem um sacrifício maior.<sup>146</sup>

Inexoravelmente, esse forte intervencionismo estatal entrou em crise na década de noventa<sup>147</sup>, que acabou resultando numa alteração de postura de intervenção estatal na economia, a qual se consubstanciou na implementação de diversas medidas como “a liberalização do regime comercial, a desregulamentação do sector financeiro, a descolectivização e modernização da agricultura, maior eficácia na gestão do investimento externo, reforma do sistema fiscal e desinvestimento nas empresas públicas”<sup>148</sup>. Além disso, em 1996 foi aprovado um massivo programa de privatizações, que abarcava a venda de 22 empresas públicas, no todo ou em parte, para investidores privados.<sup>149</sup>

---

<sup>143</sup> Ibidem, p. 931-932.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 936-939.

<sup>145</sup> Os autores argumentam que: “Os termos de pagamento das indemnizações definidos pela Lei n. 80/77 violam o princípio da justa indemnização, não por deles resultar o pagamento a prazo, mas porque o valor actualizado dos títulos de dívida entregues é muito inferior ao seu valor nominal, quer no próprio momento em que foram entregues, quer na data da publicação da Lei n. 80/77. Esses termos de pagamento contrariam ainda frontalmente o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, o qual, na versão actual da Constituição, não consente discriminações na atribuição de indemnizações por nacionalização” (AMARAL, D. F; ANDRADE, J. R. – As indemnizações por nacionalização em Portugal, p. 72).

<sup>146</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 61.

<sup>147</sup> Conforme lição de MIGUEL CADILHE: “O Estado vai crescendo de dimensão, burocracia, relativa ineficiência. Diria que os regimes dos sistemas públicos carecem de profunda revisão e de uma outra perspectiva. Diria que o grau de regulamentação e a qualidade dos procedimentos administrativos são inapropriados. Diria que há graves falhas do Estado que, todavia, é excessivo. De tal modo as coisas estão generalizadamente assim, que uma reforma estrutural, transversal, célere, de eficiência e emagrecimento em todas as frentes é a opção que se me afigura mais adequada, pesem embora os riscos funcionais que ela acarreta e os requisitos políticos que ela suscita. Reforma que reconceitue, modernize, redimensione e fortaleça o Estado português, para que este se auto-regenere como Estado social e deixe de sobrecarregar o contribuinte e a competitividade” (CADILHE, Miguel. - Fronteiras das Funções do Estado, in AAVV, O Estado no século XXI: redefinição das suas funções, p. 45.).

<sup>148</sup> BAKLANOFF, op. cit., p. 940.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 943.

Essa massiva diminuição de empresas e instituições públicas acabou tornando necessário o desenvolvimento de regulação do Estado sobre o sector privado, que enfim, readquiriu seu protagonismo na economia portuguesa, após as inúmeras privatizações ocorridas.

O desenvolvimento dessa actividade de regulação pública em Portugal foi ainda mais estimulada a partir de 2011 por razão da assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, o qual trouxe como indicação, a aceleração de privatização de empresas públicas responsáveis pela prestação de serviços públicos, a liberdade dos mercados, reforço à concorrência e aos poderes dos reguladores sectoriais, além de extinguir os direitos especiais do Estado tratando-se de empresas privadas. Em 2013, foi editada a chamada Lei-Quadro da Entidades Reguladoras Independentes, que estabeleceu um regime geral e harmonioso das entidades reguladoras no país,<sup>150</sup>

Os tempos atuais são de profunda mudança no quadro político e económico português, com desafios que também abrange em termos jurídicos, especialmente no Direito Administrativo e Direito Constitucional<sup>151</sup>, aos quais necessitam, conforme ensina Marisa Apolinário<sup>152</sup>: “enquadrar todos estes novos fenómenos (que se sucedem com uma rapidez alucinante) nos esquemas legais tradicionais, umas vezes acomodando-os, outras vezes (a maioria), superando-os”.

## **2 A LIBERDADE DE EMPRESA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**

### **2.1 – A difícil busca pela definição de liberdade**

A busca pelo conceito de liberdade encontra diversos sentidos, razão pelo qual é necessária a delimitação do propósito da definição perseguida<sup>153</sup>, estando esta precipuamente associada a prerrogativa de qualquer ser vivo realizar ações conforme a sua vontade.<sup>154</sup>

A liberdade como um princípio Estatal pode manifestar os mais variados significados políticos, económicos e na lei de um mesmo sistema político, sendo ainda mais diversos em sistemas políticos diferentes<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 139.

<sup>151</sup> Idem.

<sup>152</sup> Idem.

<sup>153</sup> LEONI, Bruno. - Liberdade e a Lei, p. 39.

<sup>154</sup> MILL, John Stuart. - Sobre a liberdade, p. 15.

<sup>155</sup> BRUNO LEONI refere-se a: “«Liberdade», então como um termo que designa um princípio político geral, pode, assim, ter significados só aparentemente semelhantes em sistemas políticos diferentes. É preciso que se tenha em mente,

Desse modo, enquanto a concepção de liberdade se modifica quando tratamos de filosofia, economia, política ou moral, a imprecisão do termo aumenta. A confusão semântica é especialmente evidente nas questões políticas e econômicas, em que parte: “vários tipos de comportamento induzidos por significados diferentes de uma mesma palavra mostram-se incompatíveis, e são feitas tentativas de atribuir a todos eles um lugar no mesmo sistema político”.<sup>156</sup>

Outrossim, não há que se falar em liberdade sem desassociar do indivíduo que a trata, uma vez que esta não tem uma definição geral e pode ser transformada a depender do momento histórico, circunstâncias e compreensão pessoal. A liberdade não é algo material onde se possa apontar, mas algo que desperta o sentimento humano a depender da circunstância.<sup>157</sup>

## 2.2 – Liberdade negativa e positiva

Segundo alguns autores, a liberdade possuiria um conceito negativo, é o caso de Friedrich Hayek<sup>158</sup>, que aduz: “[o] estado no qual o homem não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária de outrem”, e de Norberto Bobbio<sup>159</sup>: “entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja”. Seguindo o conceito de liberdade negativa, expôs Sir Isaiah Berlin<sup>160</sup>:

Alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém [...]. Um homem não possui liberdade política, individual ou institucional, apenas se estiver sendo impedido de atingir uma determinada meta por outros seres humanos [...]. Quanto mais ampla a área de não-interferência, mais ampla... a liberdade individual.

Desse modo, o indivíduo seria verdadeiramente livre com a não-interferência externa de qualquer outro ser humano ou do próprio poder do Estado sobre suas ações; assim, a ausência de restrições demonstraria o exercício da liberdade negativa.

A busca pela garantia de direitos individuais de liberdade em dissonância aos direitos coletivos é apontada pelos liberais iluministas como uma forma de obstar as várias formas

---

também, que essa palavra pode ter significados diferentes e implicações diferentes em momentos diferentes da história de um mesmo sistema legal, e, o que é ainda mais impressionante, pode ter significados diferentes, ao mesmo tempo, em um mesmo sistema legal, em circunstâncias diferentes e para pessoas diferentes” (LEONI, op. cit., p. 49).

<sup>156</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>158</sup> HAYEK, Friedrich. - Los fundamentos de la libertad, p. 35.

<sup>159</sup> BOBBIO, Norberto. 2000. - Liberalismo e Democracia, p. 20.

<sup>160</sup> BERLIN, Isaiah. 1981. - Quatro Ensaios sobre a Liberdade, pp. 136-137.

de tiranias, tais como o poder religioso ao poder secular monárquico, do feudalismo ao Estado absoluto.<sup>161</sup> É exigido por estes a concessão da liberdade individual, o poder de agir segundo as suas próprias convicções, não podendo ser coagido a comportar-se de forma em que a sociedade entenda ser mais adequada.

Em contrapartida, encontra-se a liberdade positiva, ao qual entende que as escolhas realizadas por meio da liberdade negativa não são desde sempre concretizadas. Outrossim, a existência de regras não retiraria o caráter da liberdade do homem<sup>162</sup>.

Segundo Isaiah Berlin, por meio de um Estado racional encontraremos um Estado livre, este dirigido segundo leis que todos os indivíduos, livres, consentiriam. Assim, “Se o universo for governado pela razão, não haverá necessidade de coerção, uma vida corretamente planejada coincidirá com a plena liberdade – a liberdade de autodireção racional – para todos”<sup>163</sup>.

Conforme lição de Wellmer<sup>164</sup>: “a liberdade negativa muda de caráter, desde o momento em que se torna uma preocupação comum. É que então já não é nossa própria liberdade que queremos, mas um máximo de autodeterminação para cada indivíduo e para cada coletivo”. Assim, o conceito da liberdade não seria mais compreendido da perspectiva do indivíduo em face dos demais, mas sob o prisma da comunidade que os indivíduos integram.<sup>165</sup>

Isto posto, existe até os dias atuais o conflito entre os adeptos dessas duas teorias, de acordo com Charles Taylor, apud João Esteves<sup>166</sup>, haveria: “de um lado, as teorias individualistas (atomistas) que concebem a sociedade atomizada, formada por indivíduos isolado com determinados direitos naturais”, os quais: “Consideram que cada um tem ou deve ter garantida à partida a possibilidade de fazer aquilo que quer, sendo o direito de todos garantido por uma lei geral: uma lei positiva, administrada por uma autoridade política que garante a repressão das violações”, e da outra parte: “as teorias sociais

---

<sup>161</sup> MARQUES, F. E. S. - Liberdade e modernidade: entre o individual e o coletivo, p. 21.

<sup>162</sup> Nesse sentido, o autor ISAIAH BERLIN afirma que: “Sou livre se e somente se planejo a minha vida de acordo com minha vontade; os planos acarretam regras; uma regra não me oprime, nem me escraviza, se a imponho a mim mesmo conscientemente ou se aceito livremente depois de tê-la compreendido, quer tenha sido inventada por mim, quer por outros, desde que seja racional, isto é, desde que se conforme as necessidades das coisas. Compreender por que as coisas devem ser é querer que assim sejam. O conhecimento não liberta oferecendo-nos mais possibilidade abertas de escolha, mas preservando-nos da frustração de tentar o impossível” (BERLIN, Isaiah. 2002. - Dois conceitos de liberdade, pp. 247-248).

<sup>163</sup> BERLIN, 2002. op. cit., p. 251.

<sup>164</sup> WELLMER, A. - Modèles de la Liberté dans le Monde Moderne, p. 535.

<sup>165</sup> MARQUES, op. cit., p. 22.

<sup>166</sup> ESTEVES, João Pissarra. - A ética da comunicação e os meios modernos: legitimidade e poder nas sociedades complexas, pp. 304-305.

(antiatomistas) que rejeitam qualquer concepção do indivíduo que não tenha em conta a mediação da sociedade”.

Enquanto as teorias neoliberais julgam não existir na prática uma relação de correspondência entre a liberdade individual e a coletiva, sendo assim, um conceito de liberdade insuficiente; os adeptos das teorias comunitárias tratam o conceito como incompleto, em razão de não haverem consolidado uma relação do princípio da igualdade ao princípio do bem comum entre as nações nos últimos séculos. Não obstante, apesar do conteúdo teórico permanecer sem solução, na prática é demonstrado a correlação entre as duas espécies de liberdade.<sup>167</sup>

Assim, não há a necessidade de eliminação de uma espécie de liberdade em detrimento de outra, conforme lição de Libois<sup>168</sup>: “nenhuma liberdade comunitária no mundo moderno é concebível se não for fundamentada na institucionalização de uma liberdade negativa igual para todos”, devendo esta, uma vez adquirida: “articular-se com a liberdade positiva a fim de encontrar o imperativo categórico das sociedades modernas: a solidariedade poderá então se reconstruir sobre novas bases universalistas e democráticas”.

### 2.3 - Liberdade econômica

O conceito de liberdade econômica é analisado desde Adam Smith, o qual defendeu a liberdade individual de competir no mercado, sem intervenções estatais, como característica fundamental da liberdade natural.<sup>169</sup>

Desse modo, o sistema da liberdade natural demonstra a ausência de intervenção Estatal na economia, devendo este, apenas empenhar-se em garantir a livre concorrência e o direito à propriedade privada, proporcionando ao indivíduo o direito a buscar seus próprios interesses por meio de uma livre iniciativa.

O direito de livre iniciativa e ampla concorrência tiveram uma notável notoriedade no ano de 1791, por meio do Decreto de *Allarde* e a Lei *Chapelier*, conforme ensina Eros Roberto Grau<sup>170</sup>:

o princípio da liberdade de iniciativa econômica inscreve-se plenamente no decreto d'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava

---

<sup>167</sup> MARQUES, op. cit., p. 22.

<sup>168</sup> LIBOIS, Boris. - Vers une approche ‘communautaire’ de la liberté de la presse, p. 2.

<sup>169</sup> Ainda segundo o autor: “[...] uma vez eliminados inteiramente todos os sistemas, sejam eles preferenciais ou de restrições, impõe-se por si mesmo o sistema óbvio e simples da liberdade natural. Deixa-se a cada qual, enquanto não violar as leis da justiça, perfeita liberdade de ir em busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas” (SMITH, Adam. - A Riqueza Das Nações – Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas, p. 169).

<sup>170</sup> GRAU, Eros Roberto. - A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 203.

que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contundo ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Meses após, na chamada Lei Chapelier – decreto de 14-17 de junho de 1791 – que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado.

O Decreto de *Allarde* veio a emitir a liberdade de iniciativa, estando o sujeito obrigado a cumprir algumas condições, como o pagamento de taxas e seguir regulamentos; enquanto a Lei *Chapelier* extinguiu todas as corporações de ofício, dando efetivação para a liberdade de comércio.

Em conformidade com Milton Friedman<sup>171</sup>, a análise do crescimento das economias está intrinsicamente em conformidade com a medida de liberdade econômica dos indivíduos e das instituições. Em vista disso, a autonomia do indivíduo de estar inserido no mercado é: “uma contribuição importante para o desenvolvimento”<sup>172</sup>. A liberdade econômica encontra-se diretamente associado ao desenvolvimento social e no seguimento da democracia, estando composto muito além da alta produtividade e redução de pobreza, uma vez que o alcance da prosperidade um nível geral vai além dos aspectos materiais e financeiros.<sup>173</sup>

A oportunidade dos indivíduos em desempenhar um papel de maior controle sobre suas escolhas de vida, contribui na realização de reformas políticas, uma vez que propicia às pessoas a consecução de recursos econômicos necessários na busca de efetivação de interesses e competição pelo poder público, possibilitando o desenvolvimento de sociedades mais plurais.<sup>174</sup>

O princípio da liberdade econômica é qualificado por Díez-Picazo, citado por Sebastián Martín-Retortillo<sup>175</sup> como: “de los grandes principios del orden económico de nuestra civilización y que jurídicamente inspira todo nuestro derecho patrimonial”.

A liberdade econômica possibilita o desenvolvimento das demais liberdades, conforme esclarece João Carlos Espada e João Cardoso Rosas<sup>176</sup> em análise da posição de Friedrich Hayek:

No seu entender, a liberdade económica – imbuída de um poder de escolha, bem como de alternativas e mecanismos (por exemplo, o dinheiro) – assegura uma subsistência às demais liberdades, senda ela o

<sup>171</sup> FRIEDMAN, Milton. - Capitalism and Freedom, p. 34.

<sup>172</sup> SEN, Amartya. - Desenvolvimento como liberdade, p. 21.

<sup>173</sup> STEWART Jr, Donald. - O Que é o Liberalismo, p. 118.

<sup>174</sup> Idem.

<sup>175</sup> MARTÍN-RETORTILLO, op. cit., p. 697.

<sup>176</sup> ESPADA, João Carlos. [et. al.]. - Pensamento Político Contemporâneo. Uma introdução, p. 37.

fundamento de outras liberdades cuja manifestação se concretiza na plena atividade económica dos indivíduos. A ordem social conforme ao pensamento hayekiano deve reger-se por uma multiplicidade de fins individuais em vista de uma sociedade equilibrada, democrática, livre e aberta, que permita maximizar o maior número de planos individuais. Como tal, economia de mercado e liberdade individual são dois planos que devem promover a referida ordem social, pelo que o Estado deve minimizar o seu contexto de atuação e a sua esfera de ação. Se os fins forem antecipadamente definidos pelo Estado, a maximização dos fins torna-se uma irrealidade.

Segundo entendimento de Friedrich Hayek, a efetivação da liberdade econômica se remeteria à própria liberdade individual, o qual só seria possível com a interferência mínima do Estado, possibilitando assim, por meio da economia de mercado e liberdade individual a consecução da ordem social.

Um mercado livre é constituído por operações desimpedidas entre os sujeitos, buscando cada um por si os seus propósitos econômicos, sem o controle de preços, taxações excessivas, instabilidade monetária, violação de direitos da personalidade, dentre outros.<sup>177</sup> Desse modo, a política implementada ajustada com a liberdade econômica deve assegurar a proteção aos indivíduos e a propriedade em oposição aos que se usarem de coerção, fraude e violência para usurpar o que não lhe são próprios.<sup>178</sup>

A liberdade econômica só poderia ser atenuada na busca pelas garantias sociais, razão pelo qual o Estado agiria no sentido de garantir a instituição de justiça. Segundo Adam Smith<sup>179</sup> e o seu sistema da liberdade natural, ao soberano só é cabível algumas atribuições.

À vista disso, ao governante é incumbido agir unicamente em algumas situações, tais quais para repelir agressões e invasões advindas de outros países; conceder uma administração judicial, objetivando proteger os indivíduos da violência e injustiças de outros indivíduos; e por fim, criar e manter as instituições públicas que, em razão do lucro ínfimo, não existiriam pelos interesses privados dos indivíduos.

Assim, os governos podem fomentar a liberdade econômica viabilizando o acesso a uma moeda justa, além de assegurar uma estrutura legal e um sistema judiciário e de

---

<sup>177</sup> CORBI, Raphael Bottura. [et. al.]. - Liberdade Econômica, Liberdade Política e Felicidade: Uma análise empírica de um painel de países, p. 5.

<sup>178</sup> GWARTNEY, James. [et. al.]. Economic Freedom of the World: 2004 Annual Report, p. 23.

<sup>179</sup> ADAM SMITH refere-se que: “Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres, por certo, de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade.” (SMITH, op. cit., p. 170).

fiscalização que resguardem os direitos da propriedade e o cumprimento de contratos. Todavia, a interferência em demasia na economia pode vir a inibir a liberdade, como o caso de impostos excessivos, despesas de governo, regulações que dificultam as trocas individuais e voluntárias, além de restrições na entrada de novos agentes no mercado.<sup>180</sup>

Isto posto, é manifesto a inexistência de uma liberdade absoluta, razão pelo qual, a liberdade econômica pode vir a ser mitigada pelas garantias sociais constitucionais, vindo, assim, a assegurar um sistema de justiça.

#### 2.4 – Conceito de empresa

Em sentido amplo, o conceito de empresa demonstra o caráter interdisciplinar que esse termo provém<sup>181</sup>, sendo assim, incorreto imputar-lhe apenas um significado, quando este possui diversos<sup>182</sup>. Assim, a expressão “empresa” se difere de acordo com o direito adotado, podendo variar se tratarmos de direito fiscal, comercial, trabalho, administrativo, dentre outros<sup>183</sup>.

Na definição legal do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, “considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”<sup>184</sup>.

Para o autor brasileiro André Luiz Santa Cruz Ramos<sup>185</sup>, empresa é: “uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens ou serviços”. Nessa linha, entende-se empresa como algo abstrato.

Já segundo José García Alcorta<sup>186</sup>, sendo considerado o prisma contratual, a empresa é conceituada como o modo de organização de construção a ser estabelecida por relações entre os indivíduos que nela atuam (empresário, trabalhadores, clientes, credores, fornecedores, dentre outros). Ao empresário é incumbido o risco da empresa, enquanto aos demais há a titularidade de pretensões acerca dos rendimentos da empresa, sendo do empresário a pretensão residual.

Sob o enfoque jurídico, há duas compreensões a serem concebidas, a primeira em sentido subjetivo, onde é indicado os sujeitos que exercem a atividade econômica; e no

---

<sup>180</sup> BENDER FILHO, Reisol. [et. al.]. - Instituições, Liberdade Econômica e Crescimento: Uma Análise de Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento, p. 245.

<sup>181</sup> CORREIA, Miguel J. A. Pupo. - Direito Comercial: Direito da Empresa, p. 42.

<sup>182</sup> SERRA, Cristina. - Direito Comercial: Noções Fundamentais, p. 17.

<sup>183</sup> NAMORADO, Rui. - Direito das Empresas e dos Contratos, p. 23.

<sup>184</sup> PORTUGAL. Lei n.º 19/2012. Diário da República n.º 89/2012, Série I de 2012-05-08.

<sup>185</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. - Curso de Direito Empresarial, p. 151.

segundo sentido, o objetivo, como mecanismo, ou meios produtivos e econômicos de negócios e direitos.<sup>187</sup>

Por sua vez, António Cordeiro<sup>188</sup> assenta à empresa um conceito fragmentado, no qual a empresa sujeito é aquela destinada às normas comerciais (pessoas singulares, coletivas); a empresa objeto é correspondente ao estabelecimento e a direção humana; o direito de empresa refere-se ao conjunto de diversas disciplinas jurídicas acerca do termo; e por fim, a empresa como linguagem comunicativa e conceito geral concreto, de modo que o vocábulo dependendo de quem aduz ou da situação existente, pode vir a apresentar diferentes definições.

Ademais, há casos em que embora seja exercido a atividade econômica, pode não ter necessariamente o desígnio do lucro, não existir uma organização de trabalho ou de outros fatores produtivos, bastando neste caso, que seja exercida por uma única pessoa, artistas, profissionais liberais, dentre outros.<sup>189</sup>

## 2.5 - O direito de livre iniciativa privada e a liberdade de empresa

A atividade da iniciativa pública em sua integralidade suprime o âmbito material da livre iniciativa privada, concretizando uma limitação a essa referida liberdade.<sup>190</sup> Deste modo, a proteção constitucional à livre iniciativa privada é, de acordo com João Pacheco de Amorim<sup>191</sup>: “a escolha e exercício de uma atividade – quer por iniciativa *individual*, quer de forma *consociada* – no domínio da produção e distribuição de bens e serviços”.

A conceituação do direito de livre iniciativa econômica consiste, segundo A. Sousa Franco e G. Oliveira Martins<sup>192</sup>, como: “um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a Constituição e a lei) para produzir bens e serviços”. Assim, para os autores seria análogo a definição de iniciativa econômica privada e liberdade de empresa, mas não é o que defende toda a doutrina.

Na lição de João Pacheco de Amorim<sup>193</sup>, é contestado a existência de similitude entre o direito de livre iniciativa econômica privada com a liberdade de empresa, também denominada iniciativa empresarial, assim, “os atos e operações econômicas esporádicos que não revistam as características de estabilidade próprias das atividades profissional e

---

<sup>186</sup> ALCORTA, José García. - La limitación de la libertad de empresa em la competência, pp. 26-27.

<sup>187</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho. 2006. - Curso de Direito Comercial. vol. I, p. 207.

<sup>188</sup> CORDEIRO, António Menezes. - Manual de Direito Comercial, p. 283-285

<sup>189</sup> ABREU, 2006. op. cit., p. 209.

<sup>190</sup> MONCADA, op. cit., p. 123.

<sup>191</sup> AMORIM, op. cit., p. 390.

<sup>192</sup> FRANCO, A. Sousa. [et. al]. 1993. - A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo, p. 196.

empresarial”; bem como da atividade de consumo de bens e serviços, no tempo em que: “liberdade de escolha e aquisição de bens e serviços disponíveis no mercado”.

No momento em que o empresário necessita comprar de outro indivíduo alguma matéria prima ou serviço essencial ao funcionamento do seu negócio, esse também cumpriria, ao menos formalmente, ao atributo de consumidor. Ocorre que, esse tipo de qualificação acabaria por tomar para si o paradigma de consumidor, o qual é mais o cliente final da cadeia econômica. Assim, quanto a liberdade de consumo, esta não integraria a liberdade de empresa, não devendo, portanto, ser dada função de proteção das posições de empresário e do consumidor.<sup>194</sup>

Enquanto aos atos e operações econômicas singulares, por tratar-se de “atos precários e sem ligação entre si” devem ser suprimidos da aplicação do artigo 61º da Constituição da República Portuguesa, precipuamente em razão da reforma constitucional em 1997, ao qual o artigo 21.1 exprimiu o “o autónomo direito, liberdade e garantia pessoal um direito geral de liberdade de atuação (o direito ao livre “desenvolvimento da personalidade) ”.<sup>195</sup>

A liberdade negocial é, segundo entendimento de R. Capelo de Sousa<sup>196</sup>: “também um direito de personalidade, por vezes de primacial importância enquanto expressão do poder de autodeterminação do homem”, ao qual institui: “os negócios jurídicos, enquanto emanção da autonomia da vontade privada”, manifestando uma real expressão do direito da personalidade à liberdade.

Ocorre que, conforme lição de M. S. Giannini<sup>197</sup>, àquelas: “atividades econômicas que não se exprimam em forma de empresa”, nesse contexto: “não interessam à normação jurídica se não enquanto atividade privada que se desenvolve mediante atos jurídicos e contratos, e que esteja no domínio do lícito”.

Portanto, o direito de livre iniciativa econômica privada é uma liberdade individual ou pessoal, e segundo J. M. Martinez Val<sup>198</sup>, não se pode: “anular a importância e o papel da pessoa individual do empresário, e, em definitivo, a sua qualidade de titular da liberdade de empresa”, uma vez que: “não se pode nem deve evitar, do ponto de vista jurídico, na dicotomia empresário-empresa, o reconhecimento expresso daquele como centro de relações jurídicas, inspirador e concertador da organização de todos os elementos”. Assim,

---

<sup>193</sup> AMORIM, op. cit., p. 391.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 392.

<sup>196</sup> SOUSA, R. Capelo. - O direito geral da personalidade, pp. 448-449.

<sup>197</sup> GIANNINI, M. S. - Diritto pubblico dell'economia, pp. 179-180.

<sup>198</sup> VAL, J. M. Martinez. - El contenido esencial de la libertad de empresa, p. 3174.

é tutelado uma dupla realidade, de um lado a pessoa individual do empresário, e do outro, a empresa.

Outrossim, a criação de uma empresa na maioria das vezes não é de iniciativa de um único indivíduo, mas de várias pessoas que se associam sob a forma de sociedade.<sup>199</sup> Assim, além do artigo 61.º da CRP também tutela formas de associações, este também abrange outras formas de produção, individuais ou coletivas, ao qual podemos citar a iniciativa cooperativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública; depreendemos então, que a livre iniciativa privada não é caracterizada unicamente como liberdade de empresa.<sup>200</sup>

A liberdade de iniciativa priva pode ser compreendida em algumas vertentes ou sub-liberdades, as quais: “liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)”.<sup>201</sup>

É o que também ensina Canotilho, o qual percebe que a livre iniciativa possui dois aspectos, no qual: “por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito de empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário)”.<sup>202</sup>

Assim, a liberdade empresarial exprime-se inicialmente pela liberdade de criação de uma empresa, de se expandir no mercado e do poder inicial de investimento.<sup>203</sup> Podendo ainda ser diferenciada a “liberté d’entreprendre”, ao qual engloba: “a possibilidade para toda a pessoa física ou moral de se instalar criando ou adquirindo uma empresa”, e da “liberté d’exploiter”, definida como a possibilidade de: “exercer ainda a atividade da sua escolha”.<sup>204</sup> Desse modo, assim como ocorre na liberdade de profissão e em confronto com a atividade de mero exercício, é fundamental a salvaguarda da escolha e ingresso na atividade a ser desenvolvida.<sup>205</sup>

Ainda é necessário o preenchimento de alguns requisitos, conforme ensina João Pacheco de Amorim<sup>206</sup>: “Mais corrente é a exigência da posse de determinados requisitos em sede de localização, capital, equipamentos e recursos humanos”, além de: “quando a lei exija aos responsáveis técnicos e/ou gerentes e administradores das empresas a constituir

---

<sup>199</sup> AMORIM, op. cit., p. 399.

<sup>200</sup> GRAU, op. cit., p. 202-203.

<sup>201</sup> VAZ, Manuel Afonso. - Direito Económico: A Ordem Económica Portuguesa, p. 165.

<sup>202</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. [et. al.]. 2007. - Constituição da República Portuguesa Anotada, p. 790.

<sup>203</sup> OSSENBUEHK, Fritz. - Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bona, p. 21.

<sup>204</sup> FERRIER, Didier. - La liberté du commerce et de l’industrie, pp. 508-509.

<sup>205</sup> AMORIM, op. cit., p. 399.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 400.

determinadas aptidões, qualidades ou habilitações profissionais, em *limitações subjetivas de acesso*”.

Por outro lado, há limitações objetivas de acesso, acarretando vedações na liberdade inicial de escolha e estando constitucionalmente expressas, como o caso previsto no artigo 86.3 da CRP, ao qual veda a iniciativa econômica privada de certos setores básicos.<sup>207</sup>

Ademais, deve ser compreendido pela expressão “iniciativa econômica privada” não apenas a atividade de criação, constituição da empresa e acesso desta ao mercado, mas também os demais atos que dão vida e prosseguimento a esta empresa<sup>208</sup>, tais quais a liberdade de direção da empresa e de organização, e liberdade da atividade da empresa no mercado e proteção da existência da empresa.

A liberdade de direção da empresa, ou gestão da empresa<sup>209</sup> por alguns autores, constitui-se pela liberdade de disposição dos recursos materiais e humanos da empresa, a liberdade de produção e as liberdades de reforço do investimento inicial e de desenvolvimento.<sup>210</sup> Essa liberdade de investimento ainda pode ser conceituada, na lição de Manuel Afonso Vaz<sup>211</sup>, como: “o direito que possui o titular de um capital de colocá-lo na actividade ou indústria que julgue conveniente”, ou ainda: “Em sentido negativo, [...] de retirar o capital investido quando o proprietário o julgue conveniente”.

Enquanto a liberdade de organização é analisada no: “direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objetivos, combinar fatores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na actividade empresarial”<sup>212</sup>. Assim, abrange a forma de organização da empresa, a formação e composição dos órgãos da empresa e a liberdade de abertura de filiais e sucursais.<sup>213</sup>

A liberdade da atividade da empresa no mercado, de contratação ou liberdade negocial exprime: “o direito do empresário de escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias”, assim como: “a liberdade de contratação da mão-de-obra e a fixação de salários e de outras condições de trabalho”.<sup>214</sup>

Por fim, a proteção da existência da empresa pode ser compreendida por meio da proteção da integridade da empresa, sendo determinada de modo geral pela garantia da

---

<sup>207</sup> Idem.

<sup>208</sup> CHELI, Enzo. - Libertà d'associazione e poteri di polizia, p. 274.

<sup>209</sup> CANOTILHO, [et. al.]. 2007. op. cit., p. 327.

<sup>210</sup> OSSENBUECK, op. cit., p. 29.

<sup>211</sup> VAZ, op. cit., p. 165

<sup>212</sup> Idem.

<sup>213</sup> AMORIM, op. cit., p. 400.

<sup>214</sup> VAZ, op. cit., p. 165.

propriedade.<sup>215</sup> Segundo Alessandro Pace<sup>216</sup>, concerne como: “faculdades e poderes que compõem o direito de liberdade económica”, podendo estas serem: “faculdade de escolha da atividade económica no âmbito dos objetos constitucionalmente ou legislativamente não vedados”, a: “faculdade de reunir capitais para a realização da iniciativa económica”, a: “faculdade de organizar-se para o prosseguimento do fim económico predeterminado”, a: “faculdade de desenvolvimento dos empreendimentos licitamente iniciados”, o: “poder de ficar um preço, ou quando menos, uma compensação razoavelmente remuneradora do bem produzido o do serviço prestado”, e por fim, o: “poder de gerir autonomamente a atividade previamente escolhida”.

## 2.6 - Aspectos em comum e diferenciação entre liberdade de empresa e a liberdade de profissão

O principal aspecto em comum da liberdade de empresa e a liberdade de profissão consiste em base do direito geral da personalidade, em concordância com João Pacheco de Amorim<sup>217</sup>: “que se desdobra num princípio constitucional de liberdade (de actuação) extensível a toda actividade produtiva, e que constitui fundamento, aliás, da ordem liberal da economia e da sociedade consagrada na Constituição”.

Tanto a “empresa” e a “profissão” como atividade no domínio da produção, são objeto de uma proteção constitucional genérica, sendo: “sobretudo como liberdade individual radicada na ideia de dignidade da pessoa humana”.<sup>218</sup>

Nas duas liberdades económicas encontram-se presente a viabilidade do direito da personalidade, com atos de conteúdos e fins económicos, atos materiais e atos jurídicos, estando presente neste último especialmente os atos eivados de liberdade contratual.<sup>219</sup>

No seu sentido central, ambas são: “a) liberdades individuais, tal como a liberdade pessoal (em sentido estrito – art.º 27 CRP) e as liberdades cultural, científica e técnica (art.º 42.º CRP)”, bem como: “b) liberdades de produção”.<sup>220</sup>

Quanto as diferenças, é no interesse prático que podemos começar a visualizar: “no tipo, dimensão e importância dos interesses estaduais ou comunitários potencialmente conflitantes com cada actividade humana no domínio da produção e distribuição de bens e

---

<sup>215</sup> OSSENBUHK, op. cit., p. 36.

<sup>216</sup> PACE, Alessandro. - Problemática delle liberta costituzionale, p. 339.

<sup>217</sup> AMORIM, op. cit., p. 406.

<sup>218</sup> Idem.

<sup>219</sup> FRANCO, A. Sousa. 1986. - Nota sobre o princípio da liberdade económica, p. 30.

<sup>220</sup> AMORIM, op. cit., p. 408.

da prestação de serviços, interesses de amplitude e significado variáveis, de acordo com o estágio de evolução social, económico e tecnologia de cada país”.<sup>221</sup>

Desse modo, não é decisivo a: “caracterização jurídica e formal da empresa, como organização de índole capitalista, sujeita ao direito comercial e ao direito público da economia, sobretudo ao direito da concorrência”<sup>222</sup>. Como ensina Jorge M. Coutinho de Abreu<sup>223</sup>: “as empresas artesanais são normalmente pequenas empresas”, sendo assim: “uma das razões por que elas não são qualificadas como comerciais”. Ademais: “no campo jurídico-mercantil, são comerciais tanto os grandes e médios empresários como os pequenos”, ainda existindo: “comerciantes sem empresa”, e por essa razão não é mais possível a distinção realizada pelo Código Comercial.

É determinante ao acesso de certas atividades económicas a satisfação de certos requisitos, tais quais: “designadamente, da disponibilidade, por parte do(s) candidato(s) ao seu exercício, de consideráveis meios técnicos e financeiros próprios da organização empresarial”. Podendo ainda: “ser atribuída à Administração em tais regimes legais uma margem de apreciação quanto à subsistência desses requisitos, reconduzível à chamada discricionariedade técnica”.<sup>224</sup>

Ademais, há a fácil qualificação para determinadas profissões regulamentadas: “é o caso das que se traduzem numa prestação de serviço *imateriais*: angariadores mobiliários, corretores de seguros, etc”, bem como ao caso das atividades constantes do artigo 230, § 1, do Código Comercial, ao qual: “subtrai à categoria do comerciante “artista, industrial, mestre ou oficial de ofício, embora empregue para isso, ou só operários, ou operários e máquinas””.<sup>225</sup>

A liberdade de criação ou escolha da empresa e a liberdade de exercício da atividade empresarial pode ser compreendida como uma expansão da liberdade individual, mas não deixando de existir uma “rota de colisão” com outros direitos constitucionais referentes à empresa.<sup>226</sup>

Em razão dessa proximidade com outros direitos e garantias constitucionais é que nasce a justificativa de limites e restrições que são admitidos à liberdade de empresa<sup>227</sup>, as quais

---

<sup>221</sup> Ibidem, p. 412.

<sup>222</sup> Ibidem, pp. 412-413.

<sup>223</sup> ABREU, Jorge M. Coutinho de. 1996. - Da empresarialidade (as empresas no direito), pp. 96-97.

<sup>224</sup> AMORIM, op. cit., p. 414.

<sup>225</sup> AMORIM, op. cit., p. 415.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 418.

<sup>227</sup> Idem.

são fundamentadas pela busca da proteção do interesse público geral e dos interesses de terceiros.<sup>228</sup>

### 2.7 - Os limites da intervenção do legislador: uma análise do número 1 do artigo 61 da Constituição da República Portuguesa

Após delimitar o conceito de liberdade de empresa e sua distinção com termos similares, importante se faz, por fim, tratar dos limites de intervenção do legislador, previsto no próprio artigo 61.1 da CRP.

Essa norma constitucional prevê que “a iniciativa económica privada exerce-se livremente”. Porém, em sua parte final, estabelece que tal exercício será “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral direito”.

Acerca dessa previsão constitucional, é levantada questão de fundamental importância sobre qual “tipo de lei” se atribui a este dispositivo. Segundo Vasco Moura Ramos<sup>229</sup>, é indagado se esta trata-se de “uma lei interpretativa, condicionadora, restritiva, conformadora” ou até mesmo “harmonizadora”. Ademais, é examinado a inquisição da “margem de liberdade do legislador na conformação deste direito”, ao qual o fora deixado pela: “indefinição resultante do verdadeiro alcance da remissão que o n.º 1 do art.º 61.º da CRP faz para o legislador”.<sup>230</sup>

Ocorre que, esse direito, conforme ensina João Pacheco Amorim<sup>231</sup>: “por um lado, a sua natureza de direito, liberdade e garantia de natureza análoga (com sujeição ao específico regime desses direitos consagrados no art.º 18.º CRP)”, enquanto por outro lado: “o carácter conformador (do conteúdo do direito) da intervenção do legislador, a quem apenas estaria vedada a sua (dele direito) “aniquilação””.

Desse modo, deve ser concedido ao artigo 61.1.º da CRP: “o conteúdo mais compatível com (ou que melhor tutele) a liberdade de iniciativa económica privada, como postula o princípio da máxima efetividade na interpretação das normas constitucionais”. Quanto maior o grau de compatibilização com esse princípio, melhor será o seu posicionamento na disciplina de direitos fundamentais na concepção não de uma lei conformadora, mas de uma lei harmonizadora.<sup>232</sup>

---

<sup>228</sup> SANTOS, António Carlos dos. [et. al.]. - Direito económico, p. 47.

<sup>229</sup> RAMOS, Vasco Moura. - O direito fundamental à iniciativa económica privada (Art. 61.º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português, p. 835.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 834.

<sup>231</sup> AMORIM, op. cit., p. 430.

<sup>232</sup> RAMOS, op. cit., pp. 862-863.

Assim, é papel da Constituição vir a definir as situações ao qual é cabível a mobilidade do legislador<sup>233</sup>, conservando subsequentemente os parâmetros normativos dessas leis em que estarão “sujeitas a um reexame judicial”<sup>234</sup>.

A partir do momento em que: “a Constituição remete para a lei a definição dos <<quadros>> de exercício da iniciativa privada”, estes: “não poderão contrariar a sua natureza, mas apenas explicitar melhor o seu conteúdo e compatibilizá-los com outros direitos ou valores de suprema dignidade constitucional que com ela possam abstratamente conflitar”, segundo o qual: “nesse sentido, e só nesse sentido, lhe introduzirão limites”.<sup>235</sup>

Ao tratar de “os quadros definidos pela lei”, esses serão fundamentalmente decorrentes da própria Constituição para o exercício da atividade econômica privada, isto é: “tão só os da delimitação dos setores de produção, e designadamente a separação entre por um lado os setores básicos vedados ou condicionados”, bem como: “por outro lado todo os demais por definição insuscetíveis de serem nacionalizados ou de sofrerem limitações objetivas de acesso [...] por força do direito consagrado no art.º 61.º/1 CRP”.<sup>236</sup>

A expressão “lei” que se refere o supracitado artigo é uma lei harmonizadora, mas é também, em relação a delimitação de setores de produção, uma lei conformadora. Ademais, é uma lei interpretativa enquanto ao encargo de complementar o conceito de setores básicos, bem como os seus limites. Desse modo, a lei em questão é harmonizadora, conformadora e interpretativa.<sup>237</sup>

Para Pacheco Amorim<sup>238</sup>, o direito à liberdade de empresa compreende dois momentos, o de acesso ou escolha da atividade econômica, e a do exercício da atividade empresarial, sendo errôneo para o mesmo, entender pela não inclusão deste último momento no artigo 61.1 da CRP.

De acordo com o supracitado autor, a compreensão da definição do momento da escolha ou acesso à uma determinada atividade econômica é facilmente identificada, mas isso não significa, pela necessidade de uma interpretação mais atenta, da exclusão do exercício da atividade. O momento do exercício da atividade empresarial encontra-se

---

<sup>233</sup> Ibidem, p. 863.

<sup>234</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. 2019. - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 225.

<sup>235</sup> FRANCO, [et. al.]. 1993. op. cit., p. 198.

<sup>236</sup> AMORIM, op. cit., p. 441.

<sup>237</sup> Ibidem, pp. 442-443.

<sup>238</sup> Ainda sobre o número 1 do artigo 61 da CRP, pondera João Pacheco de Amorim que: “Ora, para além da sujeição da liberdade de iniciativa económica privada aos “quadros (também) definidos pela lei...”, que a nosso ver se reporta ao momento da iniciativa, escolha ou acesso, temos nesta disposição de direito fundamental outra ressalva de restrições que não é habitual, e cuja razão de ser, significado ou efeito útil importa também determinar: referimo-nos à cláusula geral, ou autorização genérica de justificação da lei restritiva que completa o preceito (“... e tendo em conta o interesse geral”) –

compreendida no tópico final do artigo, ao tratar de “e tendo em conta o interesse geral”, ao qual se refere a uma “cláusula geral, ou autorização genérica de justificação da lei restritiva que completa o preceito”.<sup>239</sup>

Ademais, compatível e semelhante à Lei Fundamental Alemã, em seu artigo 12, nº 1, que aduz: “Todo o alemão tem o direito de escolher livremente a sua profissão, o seu lugar de trabalho e a sua aprendizagem. O exercício da profissão poderá ser regulado por lei ou com base numa lei”, a redação da norma segue: “como se seguem ambos os incisos das autorizações ao legislador à proclamação da liberdade de escolha ou iniciativa”.<sup>240</sup>

O alcance do “interesse geral” diz respeito ao momento do exercício da atividade empresarial, ao qual compreende na liberdade de organização do empresário, de direção ou gestão da empresa, na atividade da empresa no mercado e na proteção da existência da empresa no mercado.<sup>241</sup>

Conforme ensina J. M. Coutinho: “Constituída a empresa, não pode pensar-se agora que a sua gestão vai ficar entregue puramente ao arbítrio do empresário”<sup>242</sup>. Desse modo, é possível a imposição de restrições ao exercício da atividade empresarial.

Outrossim, podem existir níveis distintos de abstrações, de modo que quanto maior o grau de restrição, maior será o conflito entre “valores abstratos e globais”<sup>243</sup> em zonas mais centrais dos bens colididos. Por outro lado, quando for menor o grau de confronto, caso em que a restrição incide apenas ao exercício da atividade empresarial, está se tratará de “colisões parcelares de modalidades concretas”<sup>244</sup>, em partes mais à margem dos interesses tratados.<sup>245</sup>

Desse modo, foi concedido pelo constituinte ao legislador o entendimento de que: “quando apenas o exercício da atividade empresarial ou profissional esteja em causa, e não o acesso ou escolha – ou seja, enquanto se não ultrapassasse o primeiro patamar de restrições – poderia este alargar os fundamentos de restrição”.<sup>246</sup>

---

a qual, segundo o nosso entendimento, e tal como sucede na liberdade profissão, já tem a ver apenas com o momento do exercício, e não com o da escolha” (Ibidem, p. 443).

<sup>239</sup> Ibidem, p. 443-445.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 444.

<sup>241</sup> Ibidem, pp. 445-446.

<sup>242</sup> COUTINHO, J. M. - Os limites constitucionais à iniciativa econômica privada, p. 416.

<sup>243</sup> NOVAIS, Jorge Reis. - As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição, p. 613.

<sup>244</sup> NOVAIS, op. cit., p. 613.

<sup>245</sup> AMORIM, op. cit., p. 449.

<sup>246</sup> AMORIM, op. cit., p. 450.

### 3. REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA E O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS-EUROPEU DE INTERVENÇÃO NA ACTIVIDADE ECÓNOMICO-EMPRESARIAL

#### 3.1. A regulação pública na Economia: breve introito

As primeiras manifestações de regulação ocorreram há muito tempo, sendo marcado na Inglaterra como um dos primeiros diplomas o *Interstate Commerce Act* de 1887, o qual determinou uma agencia federal de nível independente, dando seguimento posteriormente na regulação da concorrência e do consumidor.<sup>247</sup> Além disso, também na Inglaterra, anos mais tarde fora criada a *Railway and Canal Comission* e a *Electricity Comission*, entidades com as suas definições semelhantes às agências reguladoras.<sup>248</sup>

A análise da concepção de regulação na economia tem correlação com o próprio Estado Regulador, o qual ganha força em meados dos anos 1970 com a crise do Estado Social-intervencionista, o qual passou a ser orientado por uma vertente neoliberal.<sup>249</sup>

Desse modo, diferentemente do que se assistia com o Estado Social, caberia agora ao Estado: “já não produzir e distribuir bens e serviços públicos diretamente, mas apenas regular, supervisionar e facilitar a produção e distribuição destes mesmos bens por parte de terceiros, incluindo empresas privadas”.<sup>250</sup>

A regulação compõe-se essencialmente na: “formulação, implementação e efectivação de um conjunto de regras para actividade económica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado de acordo com determinados objectivos públicos”<sup>251</sup>. Há duas acepções basilares na construção do conceito de regulação na economia, a primeira no montante de regras com fim de permitir o controle da atividade a certos preceitos; e a segunda no conjunto de regras ou desenvolvimento de técnicas capazes de permitir a atividade regular da economia.<sup>252</sup> Assim, existem diversos métodos de intervenção Estatal no mercado, o qual pode ser compreendido como: “um controle público prolongado e localizado, exercido por uma entidade pública sobre uma actividade económica, à qual a comunidade atribui uma especial relevância social”<sup>253</sup>.

Em sentido amplo, o conceito de Regulação Pública na economia pode ser compreendido na aplicação de ações por meio do legislativo, Administração ou por

---

<sup>247</sup> FERREIRA, Eduardo Paz. 2004. - Direito da Economia, p. 395.

<sup>248</sup> Idem.

<sup>249</sup> SANTOS, [et. al]. 2014. Op. cit., p. 209.

<sup>250</sup> SILVA, Filipe Carreira da. - Metamorfoses do Estado: Portugal e a emergência do Estado neo-social, pp. 28-29.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> Idem.

<sup>253</sup> Idem.

acordos, os quais o Estado, por si próprio ou por meio de delegações, ordena ou influencia a conduta dos agentes econômicos, com o propósito de que sejam evitadas práticas lesivas aos interesses sociais.<sup>254</sup>

Enquanto ao seu sentido estrito, se refere à: “institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e para dirimir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente sensíveis”<sup>255</sup>.

Existe ainda um sentido mais restrito, ao qual é aplicado por meio de diretrizes políticas, como códigos de condutas ou recomendações, sendo assim, por uma via não vinculativa. Apesar de não serem vinculativas, este modelo pode colaborar para a produção de efeitos jurídicos de uma *good governance*.<sup>256</sup>

Com isso, podemos notar que a definição de regulação não é um entendimento em consonância na doutrina, uma vez que o seu conceito vem sendo afetado e formado ao longo do tempo, mas que não nos impede de realizar uma breve análise acerca de algumas noções.<sup>257</sup>

Segundo J. C. Strick<sup>258</sup>, a regulação pode ser entendida como: “a imposição de regras e controles pelo Estado, com o objetivo de dirigir, restringir ou alterar o comportamento económico de pessoas e empresas, apoiados por sanções em caso de desrespeito”, à medida que, para B. M. Mitnick<sup>259</sup> consiste no: “controle público administrativo da atividade privada de acordo com regras estabelecidas no interesse público”.

Para J. J. Gomes Canotilho<sup>260</sup> a regulação é relacionada à: “institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e dirimir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente sensíveis”. Enquanto para M. Moran<sup>261</sup> consiste em um conjunto no qual: “a discricção de indivíduos ou instituições é restringida por via da imposição de normas”, e no entendimento de J. Francis<sup>262</sup>: “à intervenção do Estado nas esferas da actividade privada, para realização de finalidades públicas”.

---

<sup>254</sup> SANTOS, [et. al]. 2014. Op. cit., p. 207.

<sup>255</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. 2009. - O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios, p. 99.

<sup>256</sup> CHAMPAUD, Claude. - Régulation et droit économique, pp. 22-66.

<sup>257</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 56.

<sup>258</sup> STRICK, J. C. - The Economics of Government Regulation, p. 23.

<sup>259</sup> MITNICK, B. M. - The Political Economy of Regulation, p. 7.

<sup>260</sup> CANOTILHO, 2009. Op. cit., p. 209.

<sup>261</sup> MORAN, M. - Theories of Regulation and Changes in Regulation: The Case of Financial Markets, p. 185.

<sup>262</sup> FRANCIS, John. - The Politics of Regulation – A Comparative Perspective, p. 5.

Ao passo que, de acordo com Burkard Eberlein<sup>263</sup>, seria necessário instituir a distinção da regulação em duas instâncias, a primeira a tratar da formação dos mercados eficazes e concorrenciais, além da sua própria manutenção; e a segunda referente ao prosseguimento dos objetivos políticos e sociais das deliberações públicas.

Ademais, é necessário compreender a diferenciação entre regulamentação e regulação. Segundo exposição de Maria Eduarda Azevedo<sup>264</sup>:

“se a definição de um conjunto de regras de jogo claras destinadas a garantir o controle de um sector de actividade – “rules setting” – constitui o primeiro elemento importante da regulação, também não se há-de ignorar ou inimizar o segundo – “rules enforcement” -, que corresponde à existência de um outro grupo de regras ou práticas para tornar efectivo o regime regulatório, cujo cumprimento é atribuído a um organismo regulador em larga medida incumbido da sua definição e dotado dos necessários poderes de autoridade”.

Desse modo, núcleo basilar da atividade de regulação atende ao envolvimento de um modo de intervenção no mercado, ao qual restaria prejudicado se não fosse tomada alguma ação, e buscando-se a preservação do equilíbrio econômico do setor adotado; assim, atua como estímulo ou desestímulo a determinadas condutas.<sup>265</sup>

A conceituação de regulação também não se confunde com políticas de liberalização e privatização. Conforme ensina Marisa Apolinário<sup>266</sup>, em seu sentido amplo, privatizar consiste na: “passagem (que nalguns casos pode significar devolução, nomeadamente nos casos de reprivatização) para o sector privado de um bem ou de uma atividade anteriormente pertencente ao sector público”, enquanto por sua vez, liberalização significa: “a abertura ao mercado de um sector tradicionalmente organizado sob a forma de monopólio”.

Em vista disso, a regulação é: “a função ou poder público que surge na sequência da privatização e da liberalização de determinados sectores da economia, para garantir a proteção dos diferentes interesses em presença”<sup>267</sup>. Assim, é primordial a ação da regulação pública com vistas de: “assegurar a satisfação de necessidades colectivas que de outra forma poderiam ser postas em causa (nos casos de privatização) ou não encontrar satisfação no mercado (nos casos de liberalização)”<sup>268</sup>.

---

<sup>263</sup> EBERLEIN, Burkard. 1989. - Regulation & Governance, Public Administration and Public Policy, p. 209.

<sup>264</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 59.

<sup>265</sup> Idem.

<sup>266</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 198.

<sup>267</sup> Idem.

<sup>268</sup> Idem.

Outrossim, de modo diverso da matéria da concorrência que atua onde há antecipadamente um mercado, com vistas de retificar efeitos não preteridos pelo mercado; a regulação pode ser exercida em um ambiente onde não necessariamente exista um mercado ou ainda em cenários onde este não funcione muito bem e que, em razão disso, necessitam de regulação.<sup>269</sup>

Há ainda outra importante distinção entre concorrência e regulação, enquanto aquela tem um desígnio econômico, estando este referente a eficiência do mercado; a regulação visa garantir determinados resultados que o mercado por si só não assegura, é o caso de proteção aos consumidores, saúde pública, proteção ao meio ambiente, dentre tantos outros. Desse modo, além da correção das falhas do mercado, esta também busca garantir as necessidades coletivas.<sup>270</sup>

Ademais, quanto a definição do conceito jurídico de regulação, Marisa Apolinário<sup>271</sup> trata como: “sinónimo de aprovação e promulgação de normas jurídicas, cujo incumprimento tem associada a aplicação de alguma sanção”. De modo semelhante expõe João Calvão da Silva<sup>272</sup>, que se refere ao: “estabelecimento de regras para as actividades económicas (regulamentação), a tutela ou controlo dessas actividades (supervisão) e aplicação de sanções [...] às infrações eminentemente administrativas”.

A regulação envolveria também, segundo ensina Maria Apolinário<sup>273</sup>: “um novo processo de formação do direito”, sendo estes nomeados: “através da generalização de processos de consulta pública, prévios à emissão das normas que permitem a participação dos interessados na tomada de decisões que lhes dizem diretamente respeito”.

É o que também defende Santos, Gonçalves e Marques<sup>274</sup>, sendo a regulação na economia o: “conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos”, tendo como desígnio: “evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis”.

Em uma acepção semelhante Eduardo Paz Ferreira e Luis Morais<sup>275</sup> descrevem a regulação jurídica na economia como o: “desenvolvimento de processos jurídicos de

---

<sup>269</sup> Idem.

<sup>270</sup> Idem.

<sup>271</sup> Idem.

<sup>272</sup> SILVA, João Calvão da. - Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral, p. 86.

<sup>273</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 200.

<sup>274</sup> SANTOS, [et. al]. 2014. Op. cit., p. 181.

<sup>275</sup> FERREIRA, Eduardo Paz. [et. al]. 2008. - A regulação sectorial da Economia – Introdução e perspectiva geral, p. 22.

intervenção indirecta na atividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na atividade empresarial”, sendo este associado a: “algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela atividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma atividade em função de determinados objetivos públicos”.

Ocorre que, essas conceituações de regulação são gerais, não tencionando algum setor ou mercado; sendo assim, necessário a inclusão de outros aspectos que escapam das definições apresentadas. À vista disso, é preciso levar em consideração que a atividade regulatória advém de um cenário de abertura à concorrência de serviços que anteriormente só eram prestados pelo Estado.<sup>276</sup>

Assim, levando em consideração essas concepções, Marisa Apolinário<sup>277</sup> define a regulação como: “uma forma de intervenção de intervenção pública indirecta num determinado sector, através da utilização de um conjunto de instrumentos jurídicos e económicos”, devendo ainda ser levado em conta: “não só a promoção da concorrência, mas também a prossecução de objetivos sociais ligados à satisfação de necessidades colectivas”.

Os vários cenários de enquadramento do fenómeno regulatório é que vão determinar os desígnios perseguidos, e por esta razão estes poderão ser diferentes.<sup>278</sup> Desse modo, enquanto em algumas situações o surgimento da regulação é a “garantia do interesse público”, em outras pode vir a buscar a “proteção do lucro dos produtores ou fornecedores” ou até mesmo “resposta a grupos de interesses”.<sup>279</sup>

### 3.2. Regulação, Heterorregulação e Autorregulação: uma nota de distinção

Usualmente, ao se referir a uma atividade intervencionista na economia, se utiliza o vocábulo ‘regulação’ para a aquela direta ou indirectamente exercida pelo Estado, e a palavra ‘autorregulação’ para aquela intervenção exercida por empresas e entidades privadas. Porém, a doutrina especializada esclarece que a expressão ‘regulação’ alude a toda e qualquer intervenção na economia, sendo um género, o qual se divide em duas espécies principais: 1 - heterorregulação e 2 – autorregulação.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> Idem.

<sup>277</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 201.

<sup>278</sup> FERREIRA, 2004. op. cit., p. 399.

<sup>279</sup> VASCONCELOS, Jorge. O Estado Regulador: Principais características e perspectivas e evolução. In: A Regulação em Portugal, entidade de regulação no sector elétrico. Lisboa, 2000, p. 168. Apud FERREIRA, 2004. op. cit., p. 399.

<sup>280</sup> DIAS, L. A. R.; BECUE, S. M. F. - Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação, p. 7364.

A heterorregulação é justamente aquela intervenção na economia realizada diretamente por órgãos do próprio Estado, bem como aquela feita por entidades privadas, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal. É comum que a utilização do termo ‘regulação’ como seu sinônimo, sendo para alguns doutrinadores o *stricto sensu* do vocábulo, enquanto que na sua acepção de gênero seria seu *lato sensu*.<sup>281</sup>

Por sua vez, a autorregulação é entendida como aquela espontaneamente exercida por associações privadas sem a intervenção estatal<sup>282</sup>. Vital Moreira se refere como “a regulação levada a cabo pelos próprios interessados”<sup>283</sup>, e aponta três traços característicos dessa espécie, qual seja: “Primeiro, é uma forma de regulação e não ausência desta; autorregulação é uma espécie do gênero regulação. Segundo, é uma forma regulação colectiva. (...) Terceiro é uma forma de regulação não estadual”.<sup>284</sup>

Sua natureza jurídica pode ser tanto privada como pública, a depender de como suas instâncias são estabelecidas. Se voluntariamente pelos interessados, com base no direito privado e na liberdade negocial, temos que a autorregulação é de natureza privada. Se, de forma diferente, as suas instancias são impostas ou reconhecidas pelo Estado, dotadas de estatuto e de poderes públicos, a sua natureza é pública.

Não é o propósito da pesquisa aprofundar o tema da autorregulação, haja vista que o seu objetivo se relaciona mais intrinsecamente com a heterorregulação ou simplesmente regulação pública, mas importante essa breve nota distintiva para esclarecer o uso desses termos e também para evidenciar a existência de outra forma de intervenção na economia.

### 3.3. Razões conceptuais para regular: a teoria do interesse público e a teoria dos interesses privados

Há inúmeras premissas que explicam a razão da existência da regulação, ainda assim, em termos elementares há dois motivos da presença da regulação pública na economia, sendo estes para a defesa dos interesses privados ou o prosseguimento do interesse público.<sup>285</sup>

A denominada teoria do interesse público é também intitulada como teoria normativa da regulação, buscando esta alinhar os erros dos mercados, colaborando no bem-estar

---

<sup>281</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de - O conceito Jurídico de Regulação da Economia, p. 68.

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> MOREIRA, Vital. 1997. - Auto-regulação profissional e administração pública, pp. 52.

<sup>284</sup> MOREIRA, op. cit. pp. 52-53.

<sup>285</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 202.

geral; enquanto a teoria dos interesses privados é designada como uma teoria positiva da regulação, sendo esta existente para favorecer certos interesses, em geral, dos próprios regulados.<sup>286</sup>

O enfoque que assemelha essas duas correntes está no fato de examinarem a regulação pública a contar de um determinado interesse, isso pode ser compreendido com base de que a origem das teorias da regulação sempre teve, em sua essência, teorias de interesses.<sup>287</sup>

O fundamento clássico que esclarece a teoria do interesse público é situado no entendimento de que a regulação busca corrigir os erros do mercado. Desse modo, é evidente a verificação de que o mercado pode colocar em desacerto o bem-estar geral, tendo potencial de gerar ineficiências econômicas se não forem tomadas medidas de intervenção pública.<sup>288</sup>

Um dos exemplos de falhas do mercado é a manifestação dos denominados “monopólios naturais”<sup>289</sup>, sendo necessário para a eliminação destes não somente constituir concorrência, mas produzi-la<sup>290</sup>.

Desse modo, conforme ensina Marisa Apolinário<sup>291</sup>, a atuação da regulação pode vir a substituir a concorrência, por meio da: “consagração do direito de acesso de terceiros às infra-estruturas, assenta num princípio de não discriminação do acesso”, além disso, na: “fixação, por exemplo, de tarifas reguladas que visam compensar o operador pela utilização da sua infra-estrutura”.

Mais um exemplo de falha do mercado encontra-se naqueles casos em que a atividade da empresa acaba por gerar custos para a sociedade, sem que seja efetuada a respectiva compensação, as denominadas “externalidades negativas”.<sup>292</sup>

É o caso da poluição por emissão de dióxido de carbono gerada por uma central termoelétrica, no qual pela ausência de regulação para impor limites máximos de emissão de poluentes, esta não terá qualquer interesse de poluir menos se disso interferir a sua capacidade produtiva, e conseqüente lucro.<sup>293</sup>

---

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> MITNICK, op. cit., p. 84.

<sup>288</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 204.

<sup>289</sup> Idem.

<sup>290</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne. - Les nouveaux champs de la régulation, p. 59.

<sup>291</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 205.

<sup>292</sup> Idem.

<sup>293</sup> Idem.

Todavia, não obstante a atividade da empresa ser poluidora, segundo ensina Marisa Apolinário<sup>294</sup>: “a mesma produz bens e serviços essenciais para a sociedade, o que justifica a intervenção do Estado de forma a reduzir a diferença entre os custos privados da actividade poluente e os seus custos sociais”. Dessa forma, no momento em que há um erro do mercado seguida de um erro do direito privado, encontra-se o contexto que justifica a regulação em defesa do interesse público.<sup>295</sup>

Outrossim, as externalidades também podem ser positivas, onde a atividade da empresa gera proveitos para terceiros, sem a existência de contraprestação pelos benefícios. Neste cenário, é justificado a regulação para a promoção da atividade e proporcionar a compensação pela constituição de vantagens sociais.<sup>296</sup>

Outro exemplo é a disponibilização de informações adequadas para com os consumidores, onde a sua insuficiência ou ausência pode servir-se para o aproveitamento desproporcional dos produtores, se valendo da falta de informação para vender cada vez mais os seus produtos e serviços. Assim, os casos de ausência ou insuficiência de informações também necessitam ser remediadas pela regulação.<sup>297</sup>

Os casos supracitados são os mais verificados em falhas de mercado, o que não excluem a existência de outros em níveis de serviços económicos com interesse geral. Dessa forma, além da existência do interesse público na regulação dos mercados para alavancar a eficiência económica; tem surgido outras vertentes, dentro da mesma teoria do interesse público, ao qual aduz que a regulação é adequada não unicamente através de uma perspectiva económica, mas também para a proteção de outros valores coletivos que podem ser até mesmo divergentes com o mercado.<sup>298</sup>

Desse modo, conforme ensina Marisa Apolinário<sup>299</sup>: “para além da eficiência económica, o conceito de interesse público compreenderia também valores como a cidadania, a igualdade ou a segurança, a proteção do ambiente, a eficiência energética”, sendo estes: “valores para cuja proteção seria igualmente necessária a intervenção reguladora do Estado em nome de um interesse geral ou colectivo”.

Esse também é o entendimento de Mike Feintuck<sup>300</sup>, o qual aduz: “se estas matérias não forem efetivamente reguladas, valores como a cidadania passam a ser deixados apenas para

---

<sup>294</sup> Idem.

<sup>295</sup> OGUS, Anthony. - Regulation: Legal Form and Economic Theory, p. 28.

<sup>296</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 206.

<sup>297</sup> Idem.

<sup>298</sup> Idem.

<sup>299</sup> Idem.

<sup>300</sup> FEINTUCK, Mike. - The Public Interest' in Regulation, p. 251.

as forças de mercado”, podendo vir a prejudicar a: “legítima expectativa democrática de uma cidadania igual para todos”. Assim, a regulação pode ser analisada através da democracia, onde o interesse público se sobrepõe ao interesse privado<sup>301</sup>.

Por fim, quanto a teoria do interesse público, este enfrenta a sua maior crítica em razão do próprio conceito “interesse público” ser deveras genérico, conferindo, assim, uma grande margem de atuação da regulação, possibilitando favorecer interesses privados em nome do interesse público.<sup>302</sup>

Advém que, conforme ensinamento de George Stigler<sup>303</sup>, a regulação não existiria para perseguir o interesse público, mas sim para beneficiar a atividade da empresa que dela se favorece. Assim, o desígnio de toda empresa é a de maior lucratividade, e esta será maior quanto menor a quantidade de concorrentes no mercado, desse modo, o papel da regulação nada mais seria do que diminuir a concorrência em um ramo determinado e o de aumentar o preço de bens e serviços. Em síntese, o principal objetivo da regulação não seria a maior eficácia econômica, mas a redistribuição de riquezas.

Para o autor, as empresas estão em uma categoria de maior benefício da regulação do que os consumidores. Isso ocorre em virtude de a regulação afetar mais os produtores, e por essa razão procuram desde logo apoio político, colaborando para a sua maior organização. Por outro lado, os indivíduos têm interesses diversos, o que prejudica o agrupamento na sua organização.<sup>304</sup>

Outrossim, em analogia às empresas e consumidores, os políticos também dirigem a satisfação dos seus interesses pessoais (a consecução de poder político), ao qual requer capital e votos. Por essa razão, em virtude de os produtores terem maior possibilidade em conceder o apoio que os políticos buscam, estes em consequência desenvolvem uma regulação benéfica para aqueles.<sup>305</sup>

Esse conceito pode vir a esclarecer a ocorrência da “captura dos reguladores pelos regulados”, que se concerne ao cenário em que o regulador se comporta de acordo com fatores externos e que pode vir a ser atribuído a própria ação dos regulados.<sup>306</sup> Assim, o poder político seria um potencializador da utilidade econômica, ao qual influencia a regulação em favor dos produtores.<sup>307</sup>

---

<sup>301</sup> PALAST, Greg. - *Democracy and Regulation: How the Public can govern essential services*, p. 188.

<sup>302</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 209.

<sup>303</sup> STIGLER, George J. - *The Theory of Economic Regulation*, p. 3.

<sup>304</sup> Idem.

<sup>305</sup> Idem.

<sup>306</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 210.

<sup>307</sup> STIGLER, op. cit., p. 3.

Partindo da mesma concepção de interesses dos produtores e consumidores de Stigler, Sam Peltzman complementa que a regulação não se adequa a um só interesse econômico, não se limitando ao grupo organizado influente, mas também aos ganhos no empenho do processo político.<sup>308</sup>

Enquanto para Gary Becker<sup>309</sup>, a regulação é desenvolvida pela intervenção de certos grupos com interesses organizados aos quais sustentam interesses especiais sobre reguladores. Assim, o desenvolvimento dos interesses dos grupos organizados seria exercido antes mesmo da intervenção pública, onde estes influenciam a discussão previamente a da publicação de leis.

Desse modo, conforme ensina Marisa Apolinário<sup>310</sup>, consoante a Teoria da Escolha Pública, existiria uma: “analogia entre o processo de decisão regulatório e o mercado, sendo o processo político comparado a um mercado em que reguladores, regulados, consumidores e cidadãos trocam favores por medidas regulatórias que favoreçam os seus interesses”. Assim, a regulação seria exercida como: “um “bem” (uma commodity) que seria negociado pelo poder político em troca de votos num contexto em que todos os actores procuram maximizar o seu bem-estar”.

Podemos ainda citar outra dimensão da Teoria dos Interesses Privados, onde é defendido que a regulação é exercida por meio da influência de certos indivíduos, estando estes organizados para a manutenção de interesses especiais exercidos. Esse agrupamento de interesses estaria presente em um momento antecedente à intervenção pública, onde a organização é mais facilitada e podem vir a influenciar a discussão anterior à aprovação de leis e estatutos.<sup>311</sup>

Ocorre que, o fim da década de 1970, em especial nos Estados Unidos, trouxe uma adversidade para a Teoria dos Interesses Privados, sendo este a defesa por um movimento de desregulação. Esse desígnio acabou por contestar a concepção de que a regulação favoreceria as empresas, restringindo a concorrência através de dispêndios dos consumidores.<sup>312</sup>

---

<sup>308</sup> PELTZMAN, Sam. 1976. - Toward a More General Theory of Regulation, p. 7.

<sup>309</sup> BECKER, Gary. - A Theory of Competition among pressure groups for political influence, p. 371.

<sup>310</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 212.

<sup>311</sup> Idem.

<sup>312</sup> Idem.

Assim, o motivo que levou os regulados deixarem de aprovar a regulação deve-se a ocorrência dos custos com a regulação terem passado a ser maiores do que os benefícios, levando as empresas a defenderem a desregulação buscando os seus próprios interesses.<sup>313</sup>

Outra razão é apresentada por Marisa Apolinário<sup>314</sup>, ao qual aduz que: “nem sempre os políticos são movidos apenas pela satisfação dos seus próprios interesses, sendo a sua actuação determinada, muitas vezes, também por motivos ideológicos ou por puro altruísmo”.

Ocorre que a principal crítica é apresentada na inexistência de: “uma efectiva influência do poder político (sobretudo do Congresso) sobre os reguladores (no caso as Comissões Reguladoras Independentes)”. O que se sucede de fato é que: “raras vezes os temas regulatórios merecem a atenção dos políticos de forma a justificar uma intromissão na actividade das entidades reguladoras”, em contrapartida: “estas entidades gozam, regra geral, de uma ampla margem de discricionariedade na sua actuação o que dificulta, à partida, qualquer tentativa de influência por parte de um determinado órgão político”.<sup>315</sup>

Não obstante as críticas apresentadas, Richard Posner<sup>316</sup> aponta que a ação humana pode ser melhor compreendida se levarmos em consideração uma resposta de “rational self-interested beings” a sua esfera, ao qual deve ser posta em ampliação ao processo político.

Ocorre que, conforme ensina James Wilson<sup>317</sup>, a principal contrariedade surgiria nos contrastes entre a política e a economia. Diversamente do que se verifica no mercado econômico, onde todos os indivíduos têm um intento em comum, a busca da melhor satisfação das suas necessidades; na esfera política os objetivos são diversos, sendo difícil localizar um desígnio em comum para todos.

Ademais, o apoio político nem sempre significa uma definida repercussão, uma vez que é comum os candidatos defenderem certas ideias em campanhas eleitorais e quando eleitos não concretizam, havendo casos onde implementam políticas em sentido adverso.<sup>318</sup>

Por fim, James Wilson<sup>319</sup> aponta que: “a ciência da regulação segue diferentes caminhos, mobiliza diversos actores e tem consequências diferentes”, as quais dependem: “entre outras razões, do nível de distribuição de custos e de benefícios gerado por uma

---

<sup>313</sup> PELTZMAN, Sam. 1989. - The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation, p. 1.

<sup>314</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 221.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> POSNER, Richard. - Theories of Economic Regulation, p. 362.

<sup>317</sup> WELBORN, D. - The Politics of Regulation, p. 362.

<sup>318</sup> Idem.

<sup>319</sup> Idem.

determinada política”. Desse modo, segundo orientação de Marisa Apolinário<sup>320</sup>, a existência da regulação é fundada na: “perspectiva dos custos e benefícios gerados por uma determinada medida e não da perspectiva dos interesses de um determinado grupo”.

#### 3.4. Âmbito da regulação:

Podemos analisar a regulação segundo um enfoque territorial ou ainda pelo enfoque material. Sob o prisma territorial, também denominado geográfico, este poderá ser mundial, nacional, regional ou local.<sup>321</sup>

No Brasil, o artigo 174, caput, da Constituição Federal de 1988 aduz, de forma ampla, que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e o indicativo para o setor privado”<sup>322</sup>. Assim, é abrangido o âmbito da regulação a todas as entidades federadas, ou seja, à União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Outrossim, pode existir regulação de categoria mundial, como ocorre nos acordos realizados na Organização Mundial do Comércio (OMC), onde o Brasil já obteve resultados positivos como os mais recentes painéis do algodão contra os Estados Unidos e do açúcar contra a comunidade Europeia.

Em Portugal, segundo ensina Santos, Gonçalves e Marques<sup>323</sup>, podemos tomar como exemplo o setor têxtil, que pode ser: “simultaneamente regulado por normas de vocação mundial – como as provenientes da OMC – regional – como as que têm origem na UE”, ou ainda: “ – nacional – em geral, todo o direito económico proveniente de órgãos de competência nacional que lhe seja aplicável – ou local – como foi o caso do programa especial de apoio à região do Vale do Ave”.

Assim, é manifesto a “imbricação, hierarquização e dependência entre os vários níveis de regulação: do local, para o nacional, deste para o regional e daí para o global ou mundial”. Ocorre que, a divisão das competências de regular em diversos graus territoriais acaba por revelar vários problemas, sendo o principal o de eficiência. Desse modo, e com o intento de observar-se o princípio da subsidiariedade, a categoria superior de regulação só

---

<sup>320</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 215.

<sup>321</sup> SANTOS, [et. al]. 2014. Op. cit., p. 210.

<sup>322</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, artigo 174, caput.

<sup>323</sup> SANTOS, [et. al]. 2014. Op. cit., p. 210.

deve ser demandada quando os graus mais próximos do receptor da regulação não puderem alcançar uma solução suficiente.<sup>324</sup>

Por fim, sob o enfoque material, Santos, Gonçalves e Marques<sup>325</sup> aponta que a regulação pode ser: “sectorial, isto é, ora se dirige ao conjunto de uma economia (ou de várias economias)”, se sucedendo esta por exemplo: “como acontece com o plano (designadamente, as Grandes Opções de Plano) e com as normas de defesa da concorrência de vocação transversal, de proteção do consumidor ou do ambiente”; ou então aplicada a: “apenas um sector (os transportes, as telecomunicações, o sector têxtil, etc.), a um tipo de empresa (pequenas e médias empresas), ou a uma atividade (exportadora, agrícola, etc.)”.

### 3.5. Tipos de regulação;

A regulação é exprimida fundamentalmente em um processo motivado por comportamentos econômicos, mas que eventualmente pode se dar por circunstâncias sociais.<sup>326</sup> Inicialmente, a distinção entre elas pode realizada tomando-se por base no objeto e na finalidade da regulação pública.<sup>327</sup>

A regulação econômica tem o intento de disciplinar uma atividade econômica isolada<sup>328</sup>, se referindo à necessidade de se compor e manter mercados concorrenciais<sup>329</sup>, sendo esta, segundo a doutrina considerada regulação tradicional<sup>330</sup>.

Por sua vez, a regulação social incide na correção de resultados não desejados no mercado<sup>331</sup>, visando assim, fins externos, tais como a salvaguarda dos trabalhadores, consumidores ou ambiente<sup>332</sup>; considerada pela doutrina como regulação moderna<sup>333</sup>. A regulação social como forma de regulação objetiva salvaguardar a vida e a qualidade de vida.<sup>334</sup>

Em uma análise mais profunda, Hertog apresenta a diferenciação dois tipos de regulação econômica, a regulação estrutural e a regulação de conduta. A regulação estrutural é utilizada para regular a organização do mercado, como por exemplo a necessidade de qualificação para o exercício de algumas profissões, ou controle sobre

---

<sup>324</sup> Idem.

<sup>325</sup> Idem.

<sup>326</sup> FERREIRA, 2004. op. cit., p. 400.

<sup>327</sup> LUCAS, Eugenio Pereira. - Regulação. Questões Conceptuais e Terminológicas, p. 3.

<sup>328</sup> FERREIRA, 2004. op. cit., p. 400.

<sup>329</sup> EBERLEIN, Burkard. 1999. - L'État Régulateur en Europe, pp. 211-215.

<sup>330</sup> STRICK, op. cit., p. 7.

<sup>331</sup> EBERLEIN, 1999. op. cit., pp. 211-215.

<sup>332</sup> FERREIRA, 2004. op. cit., p. 400.

<sup>333</sup> WILSON, Graham K. - Social Regulation and Explanations of Regulatory Failure, p. 204.

<sup>334</sup> FRANCIS, op. cit., p. 125.

circulação de mercadorias. Enquanto a regulação de conduta visa regular o comportamento do mercado, tal qual o controle de preços ou imposição de regras de qualidade.<sup>335</sup>

Podemos verificar que a regulação econômica tem ao longo dos tempos estado sujeito à ocorrência da desregulação, o que não veio a alcançar a regulação social, que de modo contrário, só vem crescendo.<sup>336</sup> Outrossim, também pode ser encontrada uma regulação, e correlatos organismos de organização, dos tipos vertical ou horizontal. O do tipo vertical é verificado quando limitados a um determinado setor, conferem autorizações de exploração e fiscalizam o funcionamento e qualidade de serviços. Por sua vez, o de tipo horizontal intercede em todos os setores da vida econômica, como é o caso da concorrência.<sup>337</sup>

Vital Moreira expõe outras classificações de tipos de regulação, valendo-se de outros dois critérios, o do escopo da regulação e o da intensidade da regulação. O critério do escopo da regulação tem o desígnio de proteger a atividade regulada e a regulação com o intento de salvaguardar interesses de outras atividades; enquanto o critério da intensidade é discriminado em três graus, fraco, médio e forte.<sup>338</sup>

Quanto a regulação fraca, a sua natureza objetiva encontra-se nas: “limitações compatíveis com a mínima perturbação dos regulados”. Quanto as suas normas reguladoras, a adoção é: “adoptadas cautelosamente e normalmente de forma reactiva”, com o alcance de: “normas mínimas”, e severidade aplicada apenas com: “o que seja aceitável para o regulado. Ainda, a aplicação das normas é exposta por meio da admissão de exceções frequentes, ou o tratamento dos infratores, com a: “contemporização, persuasão; penas raras e leves”.<sup>339</sup>

A regulação média, possui como natureza objetiva: “limitações sensíveis, mas sem causar muita perturbação aos regulados”. Quanto as suas normas reguladoras, a adoção é utilizada lentamente, no seu alcance ocorre uma: “relutância em ir além do estritamente necessário, e quanto a sua severidade utiliza-se: “somente o que seja considerado económica e tecnologicamente praticável”. A aplicação de exceções é bastante frequente e no tratamento dos infratores há uma certa: “preferência pela transacção em relação às sanções; sanções pouco frequentes e pouco pesadas”.<sup>340</sup>

Por fim, quanto a regulação forte, a sua natureza objetiva situa-se em: “limitações necessárias ao cumprimento dos objectivos, mesmo à custa de considerável perturbação

---

<sup>335</sup> HERTOOG, Johan den. - General Theories of Regulation, p. 4.

<sup>336</sup> MAJONE, Giandomenico. [et. al.]. 1992. - Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze, p. 267.

<sup>337</sup> LUCAS, op. cit., p. 4.

<sup>338</sup> MOREIRA, op. cit., pp. 39-41.

<sup>339</sup> Ibidem, 1997, p. 40.

dos regulados”. A adoção de suas normas reguladoras é de: “iniciativa própria e rapidez”, com alcance: “abrangentes e preventivas” e bastante severas. Ademais, as suas exceções são: “raras e em geral condicionadas”, e o tratamento dos infratores são: “pronto recurso às sanções, que podem ser pesadas”.<sup>341</sup>

Outrossim, além da já apresentada regulação econômica e social, há um outro tipo de regulação que vem recebendo atenção, a regulação técnica; utilizada por exemplo para questões com medicamentos, segurança aérea, propriedade industrial, segurança marítima e matérias de complexidade técnica elevado.<sup>342</sup>

Além da regulação econômica e social, existe um terceiro tipo de regulação que tem vindo a ganhar uma maior dimensão: a regulação técnica. Para questões relacionadas, por exemplo, com propriedade industrial, medicamentos, segurança aérea, segurança marítima, matérias em que existe uma elevada complexidade técnica esta terceira categoria vem responder às necessidades de regulação nestes domínios.

### 3.6. Autoridades Administrativas Independentes: contexto de criação, objetivo, características e distinção das agências reguladoras brasileiras

No momento em que se abre à iniciativa privada o espaço total ou parcial do tradicional serviço público, é admitido a concorrência das atividades públicas e privadas. Ocorre que, o controle dessas atividades não pode ser realizado de forma direta pelo Estado, uma vez que é parte interessada. Desse modo, é transferido esse poder de controle às entidades reguladoras, perante um modelo indireto, descentralizado, independente, da regulação pública.<sup>343</sup>

Segundo Roberto Dromi<sup>344</sup>:

Los entes reguladores son aquellos que, creados por ley o por decreto, supervisión y controlan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los concesionarios, licenciatarios o permisionarios de servicios públicos en lo inherente a condiciones de seguridad y calidad de su prestación, así como también en cuanto a inversiones comprometidas, mantenimiento y uso de los bienes públicos afectados al servicio, tarifas, relaciones con los usuarios y defensa del medio ambiente.

---

<sup>340</sup> Idem.

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> LUCAS, op. cit., p. 4.

<sup>343</sup> MONCADA, op. cit., p. 100.

<sup>344</sup> DROMI, Roberto. - Empresas Públicas. De Estatales a Privadas, pp. 85-86

Por sua vez, conforme Juan Carlos Cassagne<sup>345</sup>, é exposto:

En tal sentido, los entes regulatorios no se limitan sólo a la tutela de los usuarios ni a ejercer su representación, ya que tienen que cumplir todos los fines que han justificado su creación mediante una serie de funciones – que superan el esquema estricto de la división de poderes – tendientes a resguardar los derechos e intereses de los diferentes protagonistas que se relacionan con la actividad prestacional.

E o autor supracitado evidencia a função e objetivos das entidades reguladoras<sup>346</sup>:

Su función básica consiste en lograr una armonía participativa entre los intereses en juego y contribuir, de ese modo, a que se alcance la armonía social, mediante procedimientos más innovadores, como el de las audiencias públicas. Entre los objetivos que se han atribuido a los entes regulatorios se destacan el relacionado con la promoción de la competencia, la defensa del mercado y de las libertades económicas de las personas vinculadas a la prestación de los servicios públicos, junto a la justicia y razonabilidad de las tarifas. Esta nueva función estatal, que tiende a proteger el funcionamiento eficiente de todo el ciclo económico con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas, viene a invertir la función que antaño cumplía el Estado en campo de la regulación económica, donde el poder de policía operaba mediante mecanismos que alteraban artificialmente la oferta y la demanda o las decisiones que corresponden al mercado.

Desse modo, os objetivos perseguidos pelas entidades reguladoras consistem na conformidade do serviço público prestado por empresas privadas, a qualidade, custo razoável, regularidade e a eficiência.

No direito português, surgiram de modo mais expressivo com a constância da Constituição de 1976, o qual condiz com um primeiro momento da evolução institucional do modelo em que fora tratado de maneira mais ampla.<sup>347</sup>

Desse momento inicial, destaca-se a Comissão Nacional de Eleições, que foi criada pela Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro, a qual fora qualificado como: “órgão independente que funciona junto da Assembleia da República”, que veio a lhe garantir o exercício de competências administrativas, regularidade, esclarecimento e isenção de atos eleitorais.<sup>348</sup>

Essa qualificação causou surpresa no sistema administrativo estadual, uma vez que, pela prática, a Administração Pública, de mais ou menos graus, sempre esteve dependente

---

<sup>345</sup> CASSAGNE, op. cit., p. 488

<sup>346</sup> Idem.

<sup>347</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 179.

<sup>348</sup> Lei n.º 71/78. Diário da República n.º 296/1978, Série I de 1978-12-27.

do Governo<sup>349</sup>. O Tribunal Constitucional definiu a Comissão Nacional de Eleições como um: “órgão sui generis de administração eleitoral” quanto a sua independência e autonomia.<sup>350</sup>

Outros órgãos com características análogas à Comissão Nacional de Eleições foram criados pela segunda revisão constitucional, como a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), enquanto outros foram instituídos por lei ordinária. Com exceção da Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), onde o texto constitucional o tratou expressamente como: “órgão independente”, o restante dos preceitos constitucionais não veio a impor ao legislados o dever de estabelecer autoridades administrativas independentes.<sup>351</sup>

Todavia, a revisão constitucional de 1997 dispôs expressamente da possibilidade de criação de entidades administrativas independentes, na qualidade de entes reguladores, e estabelecendo a regulação não mais como “uma faculdade discricionária, mas antes como uma obrigação constitucional, sempre que dela dependa a realização de objetivos e direitos constitucionais, ou se trate de obviar “falhas do mercado” e de assegurar a prestação de serviços de interesse econômico geral”.<sup>352</sup>

As autoridades reguladoras independentes surgem: “como o rosto de uma nova Administração Pública”, caracterizada: “por um elevado nível de especialização técnica e uma ampla margem de discricionariedade, tendo em vista o adequado cumprimento das suas funções”.<sup>353</sup>

Assim, várias dessas entidades foram criadas, porém cada qual com seu respetivo estatuto e regime, o que fez os autores Vital Moreira e Fernanda Maçãs evocassem um projecto de lei-quadro que pudesse instituir um regime geral e uniforme para essas entidades, bem como a celebração entre Portugal e a Comissão Europeia, de um memorando que estabelece a necessidade do panorama regulatório ser dotado de um quadro legal homogêneo e firme.<sup>354</sup>

Com isso, é editada em 2013 a chamada Lei-Quadro da Entidades Reguladoras Independentes, com o intuito firme de estabelecer um regime geral e harmonioso das

---

<sup>349</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 179.

<sup>350</sup> Idem.

<sup>351</sup> Idem.

<sup>352</sup> Ibidem, pp. 176-177.

<sup>353</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 289.

<sup>354</sup> AZEVEDO, op. cit., pp. 188-189.

entidades reguladoras, mas sem diminuir as especificidades de cada uma delas, cabendo ao legislador ainda o papel de adequar o regime a essas especificidades.<sup>355</sup>

Nos termos do artigo 3.º/3 da Lei n.º 67/2013 (denominada de (LQER)), as Autoridades Administrativas Independentes “são pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes”, as quais possuem atribuições: “em matéria de regulação da atividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores”, e ainda: “de promoção e defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social”.<sup>356</sup>

Em relação as características das autoridades independentes, destaca-se a existência de cinco essenciais, sendo descrita na reunião dos seguintes atributos: (1) “os membros serem, em regra, eleitos pelo Parlamento ou integrados por titulares designados por entidades privadas”; (2) “as entidades não representarem o Governo, apesar de incluídas na Administração Central do Estado”; (3) “não deverem obediência a qualquer órgão”; (4) “os titulares serem inamovíveis e irresponsáveis pelas suas opiniões e tomada de deliberações no seio dos órgãos”; (5) “os órgãos não poderem ser dissolvidas e os titulares demitidos”.<sup>357</sup>

No tocante a autonomia dessas entidades, o autor Mauro Mattos afirma que é: “fator necessário para o atingimento das suas finalidades”, todavia: “Não vai daí um salvo conduto para que haja, à título de independência real, um transbordamento das próprias prerrogativas legais, pois serão ilegítimos atos administrativos baixados sob o rótulo da ilegalidade”.<sup>358</sup>

Para Eduardo Gomes, essas entidades reguladoras possuem: “uma conformação institucional relativamente “blindada” da política e altamente especializada, em contraponto às burocracias mais generalistas dos ministérios”.<sup>359</sup>

Fazendo breve recorte comparativo com o Brasil, que tem as chamadas Agências Reguladoras, as quais exercem papel semelhante ao que as AAI’s realizam em Portugal, destacamos algumas distinções.

Primeira delas na origem, onde verifica-se que o modelo brasileiro é misto, sendo criado com base nos modelos utilizados nos Estados Unidos da América e na França, enquanto que o português tem maior inspiração francesa. É tanto que, a nomenclatura

---

<sup>355</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>356</sup> GOMES, 2005. op. cit., pp. 44-50.

<sup>357</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 180.

<sup>358</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. - Agências Reguladoras e as suas características, p. 10.

utilizada por Portugal é a mesma utilizada na França, enquanto que no Brasil há uma inegável importação do termo “agencies” usado no direito americano, que acabou prevalecendo até mesmo sobre o termo “órgão regulador” previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 21, XI.

Outro ponto distinto, encontra-se na natureza jurídica, pois as agências reguladoras brasileiras foram criadas com personalidade jurídica própria na administração indireta. Conforme expõe Alexandre Mazza, elas possuem natureza jurídica de autarquia especial<sup>360</sup>.

Por sua vez, as Autoridades Administrativas Independentes foram concebidas sem personalidade jurídica própria, sendo verdadeiros centros de competências autônomos, apesar de incluídas na Administração Central do Estado<sup>361</sup>. De acordo com Vital Moreira, as AAI's correspondem a "toda a administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem, todavia, corresponderem à autodeterminação de quaisquer interesses organizados"<sup>362</sup>.

Em relação as características, as agências reguladoras brasileiras se destacam por terem a garantia de dirigentes estáveis e com mandatos fixos, que significa dizer que somente nos casos expressamente previstos em lei, é que os dirigentes poderão perder seus cargos, sendo totalmente afastada a possibilidade de exoneração ad nutum, bem como pela garantia de suas decisões terem “caráter final”, ou seja, decisões impassíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Outra característica importante é o alto grau de especialização técnica no setor regulado<sup>363</sup>.

Do outro lado, as AAI's possuem também especialização técnica no sector econômico que regula, bem como seus membros tem as garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade pelas suas opiniões e tomada de deliberações no seio dos órgãos, além de garantias de indissolução do órgão e demissão dos seus titulares.<sup>364</sup>

Esses são alguns pontos de distinção e de semelhanças, e não sendo objetivo do trabalho esgotar o tema, mas apenas fazer breve esboço sobre as AAI, destacando seus

---

<sup>359</sup> GOMES, Eduardo Granha Magalhães. 2006. - As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?, p. 622.

<sup>360</sup> MAZZA, Alexandre. - Manual de direito administrativo, pp. 323-324.

<sup>361</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 180.

<sup>362</sup> MOREIRA, 1997. op. cit., p. 127.

<sup>363</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2018. - Direito administrativo, pp. 651-652.

<sup>364</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 180.

principais aspetos e distinguindo de outros modelos, passasse a no próximo tópico a análise do regime jurídico de limitação a actividade empresarial.

### 3.7. O regime jurídico de intervenção do Estado Português e da UE na actividade económico-empresarial

Conforme ensina João Pacheco de Amorim<sup>365</sup>: “o estatuto constitucional da empresa [...] abre caminho a restrições mais severas ao direito de livre iniciativa económica privada do que a outras manifestações da liberdade económica em geral”.

A atividade empresarial privada pode ser cometida pela presença ou não do controle prévio, além de fiscalizações sucessivas, supervisão e orientação, estando adstrita a diversos regulamentos e diretivas que constantemente se altera.<sup>366</sup>

Desse modo, as atividades privadas encontram-se: “sujeitas a um controlo programático e geral exercido por órgão públicos, que regem o ordenamento e que dispõem também de poderes normativos internos, de direção e de ordenação”<sup>367</sup>.

A qualidade da Administração em seu poder de regulação é exequível nos setores sujeitos a própria reserva público, sendo no caso, os serviços de interesse econômico geral.<sup>368</sup>

Com o intento de seus objetivos, a Administração pode se valer da concessão, ao qual confere: “um direito subjetivo sobre a coisa pública ou um poder que concerne por lei à administração pública”, enquanto nos casos de autorização: “o sujeito público nada cede de seu no momento em que autoriza”, podendo, neste último caso: “ao operador privado interromper a atividade e retirar-se do mercado sem mais, o que não acontece nas atividades concessionadas”<sup>369</sup>.

Quanto a isso, é possível enxergar nas últimas décadas a transformação em Portugal do Estado prestador para o Estado regulador, com diversas privatizações e a resultante diminuição de concessões, as quais eram, até então, o único modo de acesso de empresas privadas a esses setores.<sup>370</sup>

Outrossim, ao mesmo tempo também podemos verificar a liberalização ou desregulação do Estado ao controle prévio de escolha e acesso do setor privado a essas

---

<sup>365</sup> AMORIM, op. cit., pp. 453-454.

<sup>366</sup> Idem.

<sup>367</sup> FRACCHIA, F. Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Jovene Napoli, 1996. apud AMORIM, op. cit., p. 456.

<sup>368</sup> AMORIM, op. cit., p. 456

<sup>369</sup> FRACCHIA, F. Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Jovene Napoli, 1996. apud AMORIM, op. cit., p. 456.

<sup>370</sup> AMORIM, op. cit., p. 457.

atividades. Desse modo, é possível constatar a: “substituição das concessões por autorizações, e, dentro destas últimas, por um lado, a crescente supressão de autorizações discricionárias ou constitutivas por [...] contrariedade com o direito da União”.<sup>371</sup>

Assim como ensina J. M. Fernández Pastrana<sup>372</sup>, o funcionamento da atividade da empresarial é orientada pelo: “princípio da liberdade de empresa [...], direito ou liberdade constitucional que resulta dificilmente contabilizável com a tradicional e exuberante panóplia de intervenções e controles administrativos”, que acaba por depender da sua liberdade por uma sistemática voluntária de: “decisão da Administração de resolver ou não expressamente sobre os pedidos que são formulados, protelando por anos [...] o exercício das atividades empresariais”.

A intervenção e controle administrativo exacerbada é próprio de Estados autárquicos e autoritários, uma vez que intrínseco a denominada “técnica autorizativa”, que por muitas vezes não se extingue somente com o fim desses regimes.<sup>373</sup> V. Aguado i Cudolà<sup>374</sup> exemplifica bem esse cenário na presença de um grande número de: “autorizações administrativas prévias [...], muitas vezes sem uma justificativa adequada”, em razão de que: “a regra era a da proibição que se haveria de excepcionar, caso a caso, através de um pronunciamento expreso”.

Assim, segundo explica João Pacheco de Amorim<sup>375</sup>, podemos verificar um direcionamento da: “evolução legislativa num sentido mais favorável ao direito de livre iniciativa económica privada e às liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços”.

### 3.7.1. Do regime das atividades públicas: os atos concessórios

No exame da distinção entre tarefas públicas e as tarefas privadas é refletido principalmente no poder atribuído a elas<sup>376</sup>, ao qual: “se afirma uma tendencial maior discricionarieidade reservada à administração concedente relativamente ao poder de escolha reconhecido à autoridade que autoriza”<sup>377</sup>

---

<sup>371</sup> Idem.

<sup>372</sup> PASTRANA, J. M. F. - Reivindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación em el ámbito de las autorizaciones administrativas, pp. 117-118.

<sup>373</sup> AMORIM, op. cit., p. 461.

<sup>374</sup> AGUADO, V. [et. al.]. - Silencio administrativo e inactividad, pp. 328-329.

<sup>375</sup> AMORIM, op. cit., p. 461.

<sup>376</sup> Ibidem, p. 462.

<sup>377</sup> FRACCHIA, F. Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Jovene Napoli, 1996. Apud AMORIM, op. cit., p. 462.

Nesta e naquela conjuntura encontramos atos administrativos positivos para o alcance do maior número de destinatários. Assim, quanto ao exercício da tarefa pública e a execução da autoridade do poder público: “configura-se a concessão a privados da exploração daquelas atividades reservadas, e/ou a delegação do exercício de tais referidos poderes, como a exceção à regra”.<sup>378</sup>

Por sua vez, a autorização: “vigora por princípio uma regra geral de liberdade, pois aos particulares é permitido fazer tudo o que a lei não proíba”. Todavia, pode a lei: “sem proibir em absoluto, ou sem proibir por regra, o acesso a uma determinada atividade, fazer recair sobre esta um manto de proibição relativa ao associado”, tendo aptidão a exigir: “verificação prévia do cumprimento de determinados requisitos ou condições”, a fim de que a atividade: “se possa desenvolver sem risco para outros interesses ou bens jurídicos, públicos ou privados”.<sup>379</sup>

As concessões e atividades públicas são domínios designados ao Estado, exercido por este ou por meio de empresas privadas em razão de concessões, as quais se destinam a exploração de portos marítimos; transportes públicos ferroviários explorados em regime de serviço público; captação, tratamento e distribuição de água para consumo público através de redes fixas; recolhimento e tratamento de resíduos sólidos urbanos no âmbito dos sistemas multimunicipais e municipais; exploração de certas rotas e itinerários dos transportes públicos aéreos; distribuição de energia elétrica em baixa tensão; serviços públicos de interesse local no domínio dos transportes regulares urbanos de passageiros; dentre outros.<sup>380</sup>

Importante frisar que por vezes o legislador se utiliza de pressupostos jurídicos de uma autorização, quando em verdade se trata da existência de um ato de concessão. É o caso da atividade empresarial de gestão de centros de inspeção técnica de veículos, ao qual: “sujeita a um suposto regime de autorização administrativa: na verdade, [...] institui um sistema de vagas ou contingentes para a instalação destes centros”, ao qual resulta no: “preenchimento dessas vagas de uma seleção levada a cabo através de um prévio procedimento adjudicatório concursal e da subsequente celebração pela Administração de um contrato administrativo de gestão com o concorrente selecionado”.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> AMORIM, op. cit., p. 463.

<sup>379</sup> Idem.

<sup>380</sup> Idem.

<sup>381</sup> Idem.

Nessas situações: “estamos *ab initio* fora do âmbito da atuação estadual de controlo prévio do acesso de particulares a atividades económicas privadas que contendam com interesses públicos justificados da existência de tal controlo”.<sup>382</sup>

De modo diverso, nos contratos administrativos que visam outorgar a instauração e desenvolvimento dessas atividades não necessita de designação, são: “atos (ou contratos) concessórios que não têm o escopo [...] o permitir aos privados o acesso a atividades que pertencem à esfera da Sociedade”, mas: “antes de os admitir a operar a título exclusivo em atividades reservadas ao Estado”.<sup>383</sup>

### 3.7.2. Do regime das atividades de interesse geral: as autorizações no direito da União Europeia e no direito nacional

Nos últimos anos ocorreu a gradativa substituição das autorizações gerais (regimes de autorizações expressas) pelo formato de autorização tácito ou silente, principalmente através de diretrizes de direito da União Europeia.<sup>384</sup>

Todavia, há situações em que é necessário assentir: “a conveniência na manutenção da autorização administrativa, como ato das administrações nacionais”, com saídas que amenizam: “os riscos associados à figura da autorização administrativa enquanto ato nacional com aptidão para introduzir distorções e discriminações em razão da nacionalidade”, ou ainda: “em qualquer caso, para colocar obstáculos às liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços”.<sup>385</sup>

A Diretiva 2006/123/CE exprime que não tem por desígnio a: “liberalização dos serviços de interesse económico geral”, tampouco: “afetar a liberdade de os Estados membros definirem, em conformidade com a legislação comunitária, o que entendem por serviços de interesse económico geral”, notadamente: “o modo como esses serviços devem estar sujeitos”<sup>386</sup>. Desse modo, admitiu certa oportunidade aos Estados na submissão das empresas privadas aos regimes de concessão ou autorização.

O Decreto-Lei n.º 92/2010, que trata de regras para a simplificação do livre acesso e exercício das atividades de serviços, em seu artigo 3º, 3, exceptua do seu âmbito de aplicação os serviços financeiros em geral, sendo estes prestados por instituições de crédito e sociedades financeiras, de serviços de seguros e resseguros; serviços e redes de

---

<sup>382</sup> Idem.

<sup>383</sup> Idem.

<sup>384</sup> Idem.

<sup>385</sup> GONÇALVES, Pedro. 2013. - Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante, p. 153.

<sup>386</sup> Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 2 de Dezembro de 2006.

comunicações eletrônicas, estando incluso os recursos e serviços conexos regulados pela legislação aplicável às comunicações eletrônicas; serviços no domínio dos transportes e de navegação marítima e aérea, os quais incluem os serviços portuários e aeroportuários; atividades cinematográficas, de rádio e audiovisuais, inclusive os serviços de programa de televisão e os serviços audiovisuais a pedido, independentemente de seu modo de produção, distribuição e transmissão; serviços de segurança privada; atividades de jogos a dinheiro; serviços de cuidados de saúde, os quais independe do seu modo de organização e financiamento e do seu caráter público ou privado; serviços sociais nos setores de habitação, da assistência à infância e às famílias e pessoas necessitadas, quer sejam estas prestadas pelo Estado, instituições particulares de solidariedade social reconhecida pelo Estado; e por fim, dos serviços prestados por qualquer entidade no exercício de autoridade pública.<sup>387</sup>

Ademais, quanto a atividades econômicas excluídas do campo de aplicação de diretivas comunitárias e direito interno, e sujeitas ao âmbito de autorizações, o Decreto-Lei n.º 422/89, de 02 de novembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro, leva a um regime de autorização, os da constituição e funcionamento de instituições de crédito<sup>388</sup>; o Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril, alterada pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro, as atividades seguradoras<sup>389</sup>; o Decreto-Lei n.º 3/2001, de 10 de janeiro, a prestação do serviço aéreo regular extracomunitário, quando não imposta limitação do direito de tráfego, e do transporte público rodoviário de passageiros<sup>390</sup>; A Lei n.º 13/2006, de 17 de abril, o transporte coletivo<sup>391</sup>; o Decreto-Lei n.º 257/2007, de 16 de julho, o transporte rodoviário de mercadorias<sup>392</sup>; a Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, da segurança privada<sup>393</sup>; a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, da televisão<sup>394</sup>; e a Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, da rádio<sup>395</sup>.

Outrossim, ainda tratando do direito português, estando submetido a ao regime de autorização: (1) Por meio do Decreto-Lei n.º 397/98, de 17 de dezembro, as atividades de comércio e armamento<sup>396</sup>. (2) O Decreto-Lei n.º 86/98, de 03 de abril, o ensino de

---

<sup>387</sup> Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26. Artigo 3º, 3.

<sup>388</sup> Decreto-Lei n.º 114/2011. Diário da República n.º 230/2011, Série I de 2011-11-30.

<sup>389</sup> Decreto-Lei n.º 94-B/98. Diário da República n.º 90/1998, 2º Suplemento, Série I-A de 1998-04-17.

<sup>390</sup> Decreto-Lei n.º 3/2001. Diário da República n.º 8/2001, Série I-A de 2001-01-10.

<sup>391</sup> Lei n.º 13/2006. Diário da República n.º 75/2006, Série I-A de 2006-04-17.

<sup>392</sup> Decreto-Lei n.º 257/2007. Diário da República n.º 135/2007, Série I de 2007-07-16.

<sup>393</sup> Lei n.º 34/2013. Diário da República n.º 94/2013, Série I de 2013-05-16.

<sup>394</sup> Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho. LEI DA TELEVISÃO E DOS SERVIÇOS AUDIOVISUAIS A PEDIDO.

<sup>395</sup> Lei n.º 54/2010. Diário da República n.º 248/2010, Série I de 2010-12-24.

<sup>396</sup> Decreto-Lei n.º 397/98. Diário da República n.º 290/1998, Série I-A de 1998-12-17.

condução de veículos a motor<sup>397</sup>. (3) O Decreto-Lei n.º 12/2004, de 09 de janeiro, de construção<sup>398</sup>. (4) O Decreto Lei n.º 142/2004, de 11 de junho, de instalação de estabelecimento termais<sup>399</sup>. (5) O Decreto-Lei n.º 21/2009, de 19 de janeiro, de instalação de hipermercados e grandes conjuntos comerciais<sup>400</sup>. (6) O Decreto-Lei n.º 72/2009, de 31 de março, de instalação e exploração das áreas de localização empresarial<sup>401</sup>. (7) O Decreto-Lei n.º 173/2012, de 02 de agosto, de feiras grossistas em recintos privados<sup>402</sup>. (8) E a Lei n.º 15/2013, de 08 de fevereiro, de mediação imobiliária<sup>403</sup>.

Quanto às atividades industriais, conforme o Decreto-Lei n.º 169/2012, de 01 de agosto, estão sujeitas a autorizações a instalação e funcionamento em geral dos estabelecimentos de tipo 1, sendo estes os estabelecimentos de maior perigosidade. O mesmo não se submete o do tipo 2 e 3, sendo estes os que oferecem menos riscos de sua exploração para o indivíduo e para o ambiente, necessitando unicamente de um regime de comunicação antecedente.<sup>404</sup>

Além dessas, estão compreendidas por regimes autorizativos especiais os estabelecimentos industriais a instalação e exploração de centros de incineração ou coincineração de resíduos, contido no Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho<sup>405</sup>; as operações de gestão de resíduos, compreendido na armazenagem, triagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos, do Decreto-Lei n.º 178/2006, de 05 de setembro<sup>406</sup>; a produção de energia elétrica em regime ordinário e em regime especial, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto<sup>407</sup>; e a gestão de instalações nucleares, do Decreto-Lei n.º 30/2012, de 09 de março<sup>408</sup>.

Ainda Conforme disposto na Diretiva 2006/123/CE<sup>409</sup>: “Se o número de autorizações disponíveis para uma determinada actividade for limitado devido à escassez dos recursos naturais ou das capacidades técnicas”, ou além disso: “imperiosas de interesse geral”, deverá ser previsto: “um procedimento de selecção entre os vários candidatos potenciais, com o objectivo de desenvolver, através da livre concorrência, a qualidade e as condições

---

<sup>397</sup> Decreto-Lei n.º 86/2020. Diário da República n.º 200/2020, Série I de 2020-10-14.

<sup>398</sup> Decreto-Lei n.º 12/2004. Diário da República n.º 7/2004, Série I-A de 2004-01-09.

<sup>399</sup> Decreto-Lei n.º 142/2004. Diário da República n.º 136/2004, Série I-A de 2004-06-11.

<sup>400</sup> Decreto-Lei n.º 21/2009. Diário da República n.º 12/2009, Série I de 2009-01-19.

<sup>401</sup> Decreto-Lei n.º 72/2009. Diário da República n.º 63/2009, Série I de 2009-03-31.

<sup>402</sup> Decreto-Lei n.º 173/2012. Diário da República n.º 149/2012, Série I de 2012-08-02.

<sup>403</sup> Lei n.º 15/2013. Diário da República n.º 28/2013, Série I de 2013-02-08.

<sup>404</sup> Decreto-Lei n.º 169/2012. Diário da República n.º 148/2012, Série I de 2012-08-01.

<sup>405</sup> Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26.

<sup>406</sup> Decreto-Lei n.º 178/2006. Diário da República n.º 171/2006, Série I de 2006-09-05.

<sup>407</sup> Decreto-Lei n.º 172/2006. Diário da República n.º 162/2006, Série I de 2006-08-23.

<sup>408</sup> Decreto-Lei n.º 30/2012. Diário da República n.º 29/2012, Série I de 2012-02-09.

<sup>409</sup> Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006.

de oferta dos serviços à disposição dos utilizadores”. Outrossim, deverá ser prevista a: “limitação dos prazos de vigência das autorizações concedidas ou de despesas e sanções desproporcionadas”.

Conforme obra de Pedro Gonçalves, é apresentado alguns procedimentos designados: “atribuição concorrencial de autorizações”, os quais possuem regimes legais de acesso a algumas atividades económicas. Assim, é qualificada como autorizativo os regimes de produção de eletricidade em regime especial com remuneração assegurada em caso de adesão do meio concursal para atribuição de reserva de capacidade de injeção na rede; atribuição de faixas horárias de transportadoras aéreas; instalação e exploração de centros integrados de recuperação, valorização e eliminação de resíduos tóxicos; acesso ao mercado e atribuição do direito de tráfego no transporte regular aéreo extracomunitário<sup>410</sup>; estes reconduzem-se: “aos chamados serviços interesse económico geral, sobre as quais como vimos pode o legislador, ao abrigo do art.º 86.º/3 da CRP, instituir uma reserva pública e admitir os privados a explorar serviços”, sendo estes unicamente: “na qualidade de concessionários, o que acontece, como se nos afigura claro, nos respectivos regimes legais”<sup>411</sup>.

Ademais, Pedro Gonçalves também apresenta como autorizativo os regimes de emissão de gases de efeito estufa<sup>412</sup>; ao qual é refletido sobre ela: “um manto de proibição quase absoluta, em razão da respetiva perigosidade para imperiosos interesses públicos ambientais”, todavia: “por razões de ordem vária, e pelo menos durante um determinado período de transição, não poderão deixar de ser desenvolvidas a título [...] numa medida limitada, pelos particulares, dependendo por isso da outorga de uma autorização-dispensa”<sup>413</sup>.

Outrossim, é autorizativo o regime de atribuição de gestão de quotas de produção de leite<sup>414</sup>, tratando-se esta de uma política económico comunitária dirigista implementada por meio de normas emendadas da União<sup>415</sup>.

Por fim, o autor apresenta mais três regimes autorizativos, sendo estes o de instalação de cartórios notariais; acesso à atividade de transporte em táxi; e abertura de farmácias de oficina.<sup>416</sup>

---

<sup>410</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., p. 220.

<sup>411</sup> AMORIM, op. cit., p. 481.

<sup>412</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., p. 220.

<sup>413</sup> AMORIM, op. cit., p. 481.

<sup>414</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., p. 220.

<sup>415</sup> AMORIM, op. cit., p. 481.

<sup>416</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., p. 220.

### 3.7.3. Do regime de autorizações silentes ou tácitas e atos de comunicação em substituição às autorizações

Na década de 1990 fora iniciado a desregulação e liberalização das atividades econômicas privadas, ao qual teve como principal marco a Diretiva 2006/123/CE, dispondo acerca dos serviços no mercado interno, e para o direito português, a efetivação de políticas públicas com vistas da desburocratização da atividade administrativa.<sup>417</sup>

O direcionamento adotado foi o das autorizações perderem o seu caráter expresso, indo de encontro a autorizações silentes, com o denominado “deferimento tácito”, e ainda com a transição do meio autorizativo pelos “atos de comunicação prévia”.<sup>418</sup>

Todavia, esse estímulo à diminuição de controles prévios não visa: “a abolição de requisitos, condições e pressupostos legais para o exercício de atividades privadas”, sendo em grande parte dos quadros: “um leque de exigências e requisitos bastante mais extenso que até há poucos anos”, e do avanço: “dos controlos públicos *ex post*, que intervêm em plena fase de desenvolvimento ou exercício da atividade privada”, tornando-se um: “Estado vigilante”.<sup>419</sup>

Conforme estabelecido pela Diretiva 2006/123/CE, em seu artigo 9º/1<sup>420</sup>:

os Estados-membros só podem subordinar a um regime de autorização o acesso a uma atividade de serviços e o seu exercício se forem cumpridas as condições seguintes:

- a) O regime de autorização não ser discriminatório em relação ao prestador visado;
- b) A necessidade de um regime de autorização a ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral;
- c) O objetivo pretendido não pode ser atingido através de uma medida menos restritiva, nomeadamente porque um controlo a *a posteriori* significaria uma intervenção demasiado tardia para se poder obter uma real eficácia.

Assim, só é permitido ao Estado-membro submeter a um regime de autorização se esta não for discriminatória, ser efetivamente fundamentada em uma razão imperiosa de interesse geral, e o objetivo não pode vir a ser culminado por meio de uma medida menos restritiva.

Por sua vez, o artigo 9.º/2 do Decreto-Lei n.º 92/2010<sup>421</sup>, de 26 de julho, estabelece que quando: “possa ser adotado um regime jurídico que estabeleça uma permissão administrativa para o acesso e o exercício de uma atividade de serviços”, a: “autoridade

---

<sup>417</sup> AMORIM, op. cit., p. 483.

<sup>418</sup> Idem.

<sup>419</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., pp. 157-159.

<sup>420</sup> Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006.

administrativa competente deve notificar o requerente da receção do pedido de permissão administrativa, informando-o do prazo estabelecido por lei para a decisão final, dos efeitos resultantes da falta de decisão final nesse prazo e das vias de reacção administrativa ou contenciosa”; e deve ser utilizado o deferimento tácito constante no artigo 9.º, do Decreto-Lei 92/2010<sup>422</sup>: “ou atribuir-se efeitos positivos ao silêncio da autoridade administrativa competente quando essa [...] não se pronuncie no prazo legal, exceto se o contrário for justificado por um imperiosa razão de interesse público”.

Desse modo, conforme exposição de Pedro Gonçalves<sup>423</sup>, essa: “exigência conduz à aplicação da regra do deferimento tácito quando a lei especial que regule um procedimento de autorização para atividades de serviços omite qualquer referência ao seu valor”, ou ainda no: “sentido do silêncio da autoridade administrativa sobre o pedido de autorização”.

Ainda quanto o regime do Decreto-Lei 92/2010, podemos verificar a existência da “comunicação prévia”, prevista em seu artigo 8.º, que se constitui em uma: “declaração efectuada pelo prestador de serviços necessária ao início da actividade, que permita o exercício da mesma quando a autoridade administrativa não se pronuncie após o decurso de um determinado prazo”.<sup>424</sup>

À vista disso, compete à autoridade administrativa, em momento posterior à comunicação, desempenhar o seu controle da posse do autor do ato da comunicação, podendo ainda, se for verificando e contactando o desrespeito aos requisitos legais, determinar a sua suspensão ou proibição da atividade.<sup>425</sup>

Em Portugal, estão sujeitas ao regime de comunicação prévia as atividades económicas, dentre outras, as de oferta de serviços e redes de comunicações eletrónicas; prestação de serviços postais isentos de licença individualizada; atividade das agências de viagens e turismo; uma série de atividades de serviços típicos dos centros urbanos; e grande parte das atividades de comércio grossista de bens alimentares.<sup>426</sup>

O Decreto-Lei n.º 48/2011<sup>427</sup>, em seu artigo 6.º, também estabelece a simples comunicação prévia para a prestação de serviços de restauração ou de bebidas, em: “unidades móveis ou amovíveis localizadas em feiras ou em espaços públicos autorizados para o exercício da venda ambulante”, ou ainda: “Em unidades móveis ou amovíveis

---

<sup>421</sup> Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26.

<sup>422</sup> Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26.

<sup>423</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., p. 181.

<sup>424</sup> Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26.

<sup>425</sup> GONÇALVES, 2013. op. cit., p. 164.

<sup>426</sup> AMORIM, op. cit., p. 489.

<sup>427</sup> Decreto-Lei n.º 48/2011. Diário da República n.º 65/2011, Série I de 2011-04-01.

localizadas em espaços públicos ou privados de acesso público”, desde que: “quando o presidente da câmara municipal territorialmente competente emita despacho de deferimento ou quando este não se pronuncie após o decurso do prazo de 20 dias”, ou, em caso de unidades móveis ou amovíveis localizadas em espaços públicos ou privados de acesso público: “de cinco dias, contados a partir do momento do pagamento das taxas devidas”.

Além da figura já apresentada da comunicação prévia, há ainda a figura da comunicação prévia com prazo, a qual existe um prazo entre o momento da recepção da comunicação e do efetivo início da atividade. Entre as atividades sujeitas a comunicação prévia com prazo podemos citar a organização de campos de férias; aluguel de veículos de passageiros sem condutor; e alguns casos de produção de energia elétrica em regime especial.<sup>428</sup>

Nesse regime, o prazo é atribuído à Administração na execução de um controle, em princípio, análogo ao da autorização silente ou tácita. Desse modo, na comunicação prévia com prazo o procedimento é iniciado com a manifestação do particular dirigida à autoridade administrativa, estando presente neste ato a intenção do indivíduo na atuação em atividade sujeita ao controle administrativo prévio por meio do ato permissivo; em seguida, com a manifestação da pretensão do particular, a Administração é posta a um determinado prazo verificar a existência de requisitos e pressupostos para o exercício da atividade requerida; sendo a sua resposta negativa, deve proferir um ato de oposição, determinando a proibição da atividade pelo particular; e por fim, caso decorrido o prazo: “por mero efeito ou como direta consequência da apresentação do requerimento, se consolidar *ex lege* na esfera do particular a legitimação para o exercício da atividade requerida”.<sup>429</sup>

Trata-se, portanto, em se tratando do deferimento tácito, de um ônus, e não uma obrigação, a Administração só se encontra obrigada a desempenhar com um ato em caso da pretensão do particular ser ilegal, sendo assim, no caso contrário, suficiente a produção segundo a lei dos efeitos do caso factual.<sup>430</sup>

O Decreto-Lei n.º 48/2011, conforme o seu artigo 5.º/1, expressa a comunicação prévia com prazo: “numa atividade que permite ao interessado proceder [...] ao início de ima

---

<sup>428</sup> AMORIM, op. cit., p. 490.

<sup>429</sup> Idem.

<sup>430</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - Sobre silencio administrativo y recurso contencioso, p. 221.

atividade, consoante os casos, quando a autoridade administrativa emita despacho do prazo de 20 dias”, sendo este contado: “a partir do momento do pagamento das taxas devidas”.<sup>431</sup>

Ao seu turno, o artigo 15.º/2 do Decreto-Lei n.º 48/2011 aduz que: “a autoridade administrativa competente analisa a comunicação prévia com prazo e a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor”, sendo comunicado ao requerente: “a) o despacho de deferimento; b) o despacho de indeferimento, o qual contém a identificação das desconformidades do pedido com as disposições legais e regulamentares aplicáveis e cujo cumprimento não é dispensável”.<sup>432</sup>

O Decreto-Lei n.º 169/2012, que trata da instalação e exploração dos estabelecimentos industriais de tipo 2, expõe que: “a exploração de estabelecimento industrial de tipo 2 só pode ter início após o requerente ter em seu poder título válido de exercício da atividade industrial”, sendo este obtido: “mediante o procedimento de comunicação prévia com prazo”. Enquanto o artigo 32.º, n.º 10, dispõe que: “o requerente pode iniciar a exploração do estabelecimento logo que tenha em seu poder a notificação da decisão favorável, ou favorável e condicionada ou a certidão prevista no n.º 3 do artigo 16.º”.<sup>433</sup>

Ademais, o artigo 16.º/2 do Decreto-Lei n.º 169/2012, exprime: “Na falta de decisão expressa da entidade coordenadora, nos prazos para o efeito previstos no SIR, e não se verificando nenhuma das causas de indeferimento neste previstas, considera-se tacitamente deferida a pretensão do particular”, não sendo necessário: “qualquer ulterior ato de entidade administrativa ou de autoridade judicial”.<sup>434</sup>

Assim, cabe à Administração a alternativa: “entre a assunção da responsabilidade decorrente da prática de um ato expreso (de conteúdo positivo ou negativo)”, ou: “do endosso dessa responsabilidade ao particular, pelo decurso do prazo subsequente à receção da comunicação sem a tomada de qualquer decisão”, sendo que esta última escolha: “não a inibindo de exercer posteriormente os seus poderes de controlo, implicará uma maior limitação desses poderes”, sendo correspondente: “com a progressiva consolidação da posição do particular”.<sup>435</sup>

---

<sup>431</sup> Decreto-Lei n.º 48/2011. Diário da República n.º 65/2011, Série I de 2011-04-01.

<sup>432</sup> Decreto-Lei n.º 48/2011. Diário da República n.º 65/2011, Série I de 2011-04-01.

<sup>433</sup> Decreto-Lei n.º 169/2012. Diário da República n.º 148/2012, Série I de 2012-08-01.

<sup>434</sup> Decreto-Lei n.º 169/2012. Diário da República n.º 148/2012, Série I de 2012-08-01.

<sup>435</sup> AMORIM, op. cit., p. 493.

#### **4. O PARADOXO DA REGULAÇÃO PÚBLICA E LIBERDADE DE EMPRESA E A EFECTIVIDADE DA GARANTIA DE LIVRE INICIATIVA PRIVADA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA: CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES**

##### 4.1. O paradoxo da liberdade de empresa e da regulação pública na economia

Ao longo de toda a investigação, tratamos da intervenção do Estado na economia, com especial enfoque no paralelismo entre a o direito de liberdade de empresa (ou direito de livre iniciativa econômica privada) e a regulação pública.

Com aparente antagonismo, em verdade verificamos que há uma correlação intrínseca e direta entre ambos os objetos de estudos, constituindo-se numa manifesta relação paradoxal, na medida que um interfere no outro, sendo eles unidos por um liame lógico irrefragável.

A expressão “paradoxo” na língua portuguesa, refere-se a uma contradição lógica de ideias. Quando se pretende aduzir que determinada frase tem um conjunto de ideias, que ao serem contrapostas, cria uma ideia lógica, usa-se o referido vocábulo.

Assim, é seguramente coerente ponderar que a relação entre a liberdade de empresa e a regulação pública da economia trata-se de um paradoxo, haja vista que de um lado temos um ideal de liberdade individual, de livre iniciativa econômica e de ausência de intervenção estatal no mercado, em especial na actividade empresarial, e de outro lado uma ideologia de intervenção do Estado no mercado, com imposição de certas restrições, traduzidos em direitos, deveres e proibições legais.

Não seria absurdo pensar que a coexistência de ambos é inconcebível em um mesmo ordenamento jurídico, pois se há restrições na actividade empresarial, mesmo que mínimas, logo não há liberdade de empresa. Não é um raciocínio absurdo, porém é demasiado raso, e, conseqüentemente, tendente a ser equivocado.

Como bem ressaltado por Adam Smith<sup>436</sup>, é necessário que os governos fomentem a denominada “liberdade natural”, utilizando-se da sua soberania para garantir, por exemplo, o acesso a uma moeda justa e assegurar uma estrutura legal e um sistema judiciário e de fiscalização que resguardem os direitos da propriedade e o cumprimento de contratos. Sem isso, como bem ressalta o supracitado autor, a sociedade estaria à míngua da injustiça e da opressão de qualquer outro membro da mesma, e a tão valorizada liberdade natural, consubstanciada, principalmente, numa ausência de intervenção estatal, seria aparente e não efetiva.

---

<sup>436</sup> SMITH, op. cit., p. 170.

A conclusão lógica disso, como já apontado no capítulo 2, é no sentido de não haver uma liberdade absoluta, razão pelo qual, a liberdade econômica pode vir a ser mitigada pelas garantias sociais constitucionais, vindo, assim, a assegurar um sistema de justiça.

Todavia, é incontestável também a existência do perigo imaneente do excesso de regulação inviabilizar o direito de liberdade econômica. Seja através de burocracias excessivas, ou até mesmo por meio de altos impostos, ou de qualquer outra medida que, sem o devido ajuste a finalidade que se propõe - qual seja de apenas assegurar o respeito ao interesse público - pode acabar gerando anomalias irreparáveis, e, por consequência, inibindo a própria liberdade anunciada como direito e garantia dos indivíduos.

Eis a essência do paradoxo aqui anunciado, pois se a total ausência de interferência estatal pode ocasionar a inviabilidade da liberdade econômica, na mesma linha temos que o excesso de intervenção do Estado na economia pode ter a mesma consequência lógica da sua total abstenção.

Do ponto de vista específico da liberdade da empresa (espécie do gênero “liberdade econômica”) - cujo conceito pleno compreende duas dimensões<sup>437</sup>: acesso e exercício - temos como inviável que haja uma liberdade total, sem o mínimo de intervenção do Estado.

No tocante ao acesso, um grande exemplo de necessária restrição é o do sector energético, em especial o nuclear, cuja razão diz respeito, logicamente, ao extremo perigo pertinente a essa actividade, sendo um risco incalculável deixar a mesma à margem da autonomia privada.

Em relação ao exercício, as interferências estatais são variadas, à exemplo das cobranças de taxas e da licença de funcionamento, as quais buscam, assim como no exemplo anterior (talvez menos visivelmente), garantir o respeito dos demais interesses públicos, bem como a eficácia da própria liberdade empresarial, a qual também se intenta resguardar.

É sem dúvidas, imperioso para proteger outros interesses públicos, de igual ou até mesmo maior relevância, bem como para a garantia da própria liberdade de empresa, que haja por parte do Estado, uma actuação fomentadora e protecionista dos valores por ele garantidos em sua base de fundação. Mas a grande questão é: até que medida à interferência estatal na actividade empresarial é desejável?

---

<sup>437</sup> AMORIM, op. cit., p. 443.

Como mencionado anteriormente, o excesso ou a indevida regulação pública pode se tornar um grande obstáculo para efetivação do direito de liberdade de empresa. Na mesma linha dos exemplos supracitados, tanto de acesso, quanto de exercício, podemos nos deparar com situações de proibição injustificada de livre de actuação privada em determinado sector econômico, assim como situação de valores de taxas e licenças de funcionamento abusivas e procedimentos administrativos desarrazoados.

Esse é o perigo. Observamos que sob o mesmo fundamento legítimo de proteção de interesses públicos, podemos verificar interferências estatais excessivas e indevidas, que ao invés de fomentar o direito de liberdade de empresa, em verdade cria barreiras que podem vir a ocasionar a sua inibição prática.

Trata-se de um paradoxo chave a ser resolvido por qualquer Estado, uma vez que indissociável da importante questão do desenvolvimento econômico, e, por sua vez, com os valores basilares da sociedade, à exemplo da dignidade humana, pois como se sabe, o fator financeiro, dentro da lógica capitalista (sistema adotado pela maioria dos países) é fundamental para que haja a efetividade de todos os direitos e garantias fundamentais.

Ora, como garantir saúde para uma população que não tem dinheiro suficiente para acessar os insumos da higiene básica? Como falar em segurança se a maioria da população vive em situação de rua, pois não tem dinheiro para ter uma moradia? Simplesmente não há como, uma vez que a questão financeira é essencial na sociedade capitalista/globalizada que vivemos, sendo ponto chave de acesso a maioria das necessidades humanas básicas e fundamentais.

Nesse sentido, não é de se arrepiar o fato da corrente liberal não ter prevalecido na história como modelo de intervenção estatal. Sem o protecionismo do Estado, o interesse público pôde ser facilmente desrespeitado e os direitos dos cidadãos simplesmente ignorados, em detrimento de interesses privados.

A base de qualquer Estado Democrático de Direito que possamos considerar como legítimo, é, sem dúvidas, a prevalência do interesse colectivo sobre o interesse particular. Caso contrário, estaríamos diante de um Estado Absolutista. É razoável considerar que o caminho para ser ter uma sociedade justa, passa pela efetivação do interesse público.

Dentro dessa lógica, compete legitimamente ao Estado o papel de assegurar à vontade colectiva. Porém, dentro de certos limites, uma vez que suas intervenções em excesso podem ser igualmente nocivas. Não à toa, o modelo social de intervenção estatal também

foi superado. O Estado paternalista fracassou, pois concentrou tudo em si e fez gerar tantas anomalias quanto no arquétipo liberal.

Atualmente, verifica-se uma prevalência do modelo regulador de intervenção estatal. Talvez não seja o ideal, mas trata-se de um importante avanço em relação aos anteriores, pois representa uma forma de equilibrar os extremos dos modelos liberais e sociais, com vista a conferir definitivamente ao Estado o papel de tutelar os interesses públicos da sociedade, mas sem exacerbar o seu papel.

Para Pedro Gonçalves<sup>438</sup>: “a regulação representa, na verdade, a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados, surgindo como instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia”, sendo, ademais: “Em grande medida, [...] por via da regulação que hoje se realiza o dever estadual de garantir ou assegurar a realização do interesse público e de proteção ou até de realização de direitos dos cidadãos”.

O autor assevera ainda que: “a ‘responsabilidade pública de regular’ prova, por conseguinte, que o Estado continua a ser portador de uma relevante e indeclinável missão, a desenvolver na economia e, em geral, nas atividades privadas”, sendo assegurando, também, sob as suas atribuições: “a perpetuação e a manutenção das tarefas públicas”.<sup>439</sup>

O marco regulatório actual se distingue, em razão principalmente de promover uma descentralização administrativa, ao conferir o dever de regular às entidades independentes, as quais são dotadas de autonomia perante o governo e de conhecimento técnico especializado no sector que se propõe à regular<sup>440</sup>. Isso evita (ou pelo menos diminui os riscos) dos Governantes manipularem o mercado ao seu bel prazer, e dá condições para profissionais com excelência técnica nos sectores económicos regulados tratarem dos assuntos referente aos mesmo com imparcialidade e autonomia para tomar as melhores decisões em prol do interesse público.<sup>441</sup>

Todavia, por melhor que seja, em relação aos modelos anteriores, haja vista suas características específicas já estudadas nos tópicos anteriores e brevemente ressaltadas acima, a intervenção do Estado na economia via regulação têm possibilidades de apresentar problemas, e, conseqüentemente, gerar um prejuízo ao interesse geral, inclusive, no direito à livre iniciativa de actuação económica-empresarial.

---

<sup>438</sup> GONÇALVES, 2006. op. cit., p. 538.

<sup>439</sup> Idem.

<sup>440</sup> APOLINÁRIO, op. cit., p. 289.

<sup>441</sup> MACHETE, Rui Chancerelle de - O direito administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI. p. 288.

Sem dúvidas, o paradoxo em estudo é muito complexo de lidar. Tem muitos fatores a serem considerados, e por mais estruturas que se criem, com autonomia e grau de especialidade elevada, o interesse privado pode facilmente se confundir com o público, ou simplesmente pode haver equívocos nas medidas implementadas (as chamadas falhas de regulação<sup>442</sup>), por mais vontade colectiva que elas tenham considerado, sabemos que o mercado é extremamente volátil, e actuação do Estado nele tem espaço para inúmeras consequências incontrolláveis.

Porém, algo é certo: o Estado mínimo não é a solução. De alguma forma, deve o Estado, ante sua responsabilidade pública, tomar medidas para assegurar o interesse colectivo. E, como já dito anteriormente, o enfretamento do paradoxo liberdade/regulação é fundamental.

Em Portugal, prevaleceu-se por muito tempo o absolutismo monárquico, caracterizado pela centralização do poder e predominância do Direito do rei<sup>443</sup>. Em seguida, por meio da Revolução Liberal de 1820, houve uma ruptura total com o paradigma monárquico, instituindo-se um novo regime jurídico, de cunho obviamente liberal, caracterizado pela separação de poderes, pela supremacia da lei, pela igualdade de todos perante a lei, pela tutela dos direitos fundamentais do cidadão e pelo abstencionismo do Estado<sup>444</sup>. Em 1933, por meio de nova constituição, houve nova transição, desta vez para modelo de Estado corporativo e social, dotado de características de intervencionismo económico, social e cultural<sup>445</sup>.

A partir dos anos 70, esse modelo passou a ter dificuldades em responder aos novos condicionalismos político, económico e social, e assim como tinha desaparecido da cena o Estado liberal, também o Estado social saiu de protagonista<sup>446</sup>. Logo, nos anos 90 o Estado passa actuar como regulador, incidindo nos setores dos quais o tinha se retirado através da fiscalização das escolhas dos novos atores privados. Nos dias atuais, essa regulação de âmbito nacional é envolvida numa regulação europeia mais ampla<sup>447</sup>.

Assim, houveram diversas transformações na ordem jurídica portuguesa, com o intuito de acompanhar essa nova realidade regulatória, formando o quadro de normas que conhecemos hoje e que dedicaremos especial atenção no próximo tópico.

---

<sup>442</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 66.

<sup>443</sup> OTERO, 2010. op. cit., p. 523.

<sup>444</sup> OTERO, 2013. op. cit., p. 256.

<sup>445</sup> Idem.

<sup>446</sup> E SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque. 2013. - Características atuais e transformações ocorridas na compreensão do Estado e da Administração Pública, p. 72.

<sup>447</sup> E SOUSA, 2013. op. cit., p. 72.

#### 4.2. O paradoxo da liberdade e regulação pública da actividade económico-empresarial no ordenamento jurídico português

No núcleo do ordenamento jurídico português, ou seja, na Constituição da República Portuguesa, encontra-se o ponto de partida da forma em que o paradoxo em estudo encontra-se regulamentado. É previsto expressamente na Lei fundamental a garantia de livre iniciativa económica privada.

*Ab initio*, extrai-se dessa previsão constitucional, que ao direito de liberdade da actividade económico-empresarial (ou simplesmente liberdade de empresa) foi conferido um status de preceito jus fundamental. Em sentido de concordância, o autor João Pacheco Amorim, aduz que essa norma constitucional prevê um direito análogo aos do regime do art.º 18.º CRP<sup>448</sup>.

Na sequência do seu texto temos que sua aplicabilidade será nos termos definidos pela própria CRP, além da lei e também do interesse geral. Essa parte final do número 1 do artigo 61 da CRP, traduz-se numa permissão constitucional expressa para o Estado intervir no direito à liberdade de empresa, em razão, principalmente, das expressões: “por lei” e “interesse geral”.

Em relação a primeira, entende-se que o constituinte se refere a uma norma “interpretativa, condicionadora, restritiva e conformadora, ou até mesmo harmonizadora”<sup>449</sup>. Trata-se de uma lei que autoriza o legislador definir os quadros de exercício da iniciativa privada, sendo harmonizadora em regra, mas conformadora em relação a delimitação de setores de produção, e uma lei interpretativa enquanto ao encargo de complementar o conceito de setores básicos, bem como os seus limites<sup>450</sup>.

Já em relação ao termo “interesse geral”, apreende-se o intuito do constituinte foi dar uma possibilidade ao legislador de alargar os fundamentos de restrição ao preceito jus fundamental para além do expressamente previsto na CRP<sup>451</sup>.

Na percepção de João Pacheco de Amorim, em termos práticos, essa previsão legal só pode significar a possibilidade de proteção de valores comunitários não consagrados no texto constitucional, constituindo-se em uma “cláusula de comunidade”. Acrescenta ainda o autor, que essa interferência (fundada em valores não consagrados na CRP) só poderá

---

<sup>448</sup> AMORIM, op. cit., pp. 445-446.

<sup>449</sup> RAMOS, op. cit., p. 835.

<sup>450</sup> AMORIM, op. cit., p. 430.

<sup>451</sup> AMORIM, op. cit., pp. 444-446.

decorrer de problemas de menor relevância, que se relaciona ao modo de exercer uma atividade econômica<sup>452</sup>.

Todavia, essa possibilidade concedida ao legislador refere-se apenas ao exercício da atividade empresarial ou profissional, e não o acesso ou escolha. Como já visto, a liberdade de empresa tem duas facetas: acesso ou escolha e exercício. A sujeição aos “quadros definidos pela constituição e pela lei” refere-se apenas momento de acesso ou escolha da atividade econômica, e, por sua vez, ao momento do exercício da atividade empresarial, e tão-somente a ele, tem-se o alcance da expressão “pelo interesse geral”.<sup>453</sup>

Depreende-se em primeira leitura da lei fundamental que o direito de liberdade de empresa pode vir a receber restrições infraconstitucionais, por autorização contida no próprio texto que o prescreve. Porém, em verdade, tais restrições devem passar pelo filtro constitucional.

Inicialmente, no tocante ao acesso ou escolha da actividade empresarial, verifica-se sua limitação pode vir aos quadros definidos pela Constituição, e, também por lei. Mas, essa lei não constitucional só poderá vir a ser editada para melhor explicitar o conteúdo da norma e compatibilizá-lo com outros direitos ou valores de suprema dignidade constitucional<sup>454</sup>.

Em outras palavras, não é possível o legislador ser contrário a CRP ou mesmo exceder ao que fora posto na mesma, pelos menos não em relação ao momento de escolha ou acesso da actividade empresarial.

Na questão do exercício, há a possibilidade de proteção de valores não constitucionais, fundada no interesse geral. Entretanto, na mesma lógica anterior, temos que o respeito a norma maior deve imperar. Nesse sentido, em caso de colisão com preceitos fundamentais, o que tiver consagração constitucional deve por obvio prevalecer<sup>455</sup>.

Trata-se de uma base constitucional que caracteriza o direito de livre iniciativa econômica como verdadeiro direito subjetivo público fundamental, mas que como qualquer outro direito de mesma natureza, não é absoluto, sendo primordialmente limitado pelos demais direitos análogos e no interesse público.

Justamente em razão disso, ao Estado é conferido uma reserva pública a determinadas actividades económicas. São as chamadas tarefas públicas, que se referem aos domínios designados a Administração Pública para exercido por este ou por meio de empresas privadas em razão de concessões.

---

<sup>452</sup> Idem.

<sup>453</sup> Ibidem, pp. 445-450

<sup>454</sup> FRANCO, [et. al.]. 1993. op. cit., p. 198.

Em poucas palavras, a justificativa de haver tal reserva de mercado para o Estado, se relaciona ao seu dever de garantia dos direitos individuais e do bem-estar colectivo, o que faz ser necessário que determinados sectores económicos (relacionados a outros valores constitucionais, como a saúde e a educação) sejam por ele controlados.

Tal controlo é efetivado pela Administração Pública e pelas Autoridades Administrativas Independentes através do regime administrativista. Através de actos e contratos administrativos, bem como regulamentos, e demais mecanismos legais à disposição, se estabelece a estrutura que limita/condiciona determinado direito ou liberdade, em favor da vontade colectiva consagrada constitucionalmente.

No caso do direito de liberdade de empresa, encontra-se uma predominância de actos de concessão e de autorização, haja vista o actual paradigma português de Estado Regulador, que visa entregar ao privado as tarefas públicas e ao mesmo tempo estabelecer mecanismos de fiscalização para garantia dos interesses públicos.

Essas figuras correspondem a tipos de actos administrativos, classificados doutrinariamente como actos favoráveis, uma vez que desencadeiam benefícios para os destinatários, particulares ou públicos<sup>456</sup>.

O acto concessório (conforme já visto no capítulo anterior) é amplamente conhecido na doutrina por ter maior discricionariedade em relação ao autorizativo<sup>457</sup>, e por conferir um direito subjetivo sobre a coisa pública<sup>458</sup>.

Sua previsão legal situa-se na Parte III do Código dos Contratos Públicos. Verifica-se que a concessão<sup>459</sup> tem uma natureza contratual. Sua formalização é via contrato administrativo, sendo dotada de maiores poderes de titularidade da atividade concedente, e, até por isso, é um direito em relação ao particular de maior precariedade

Na doutrina administrativista temos que as concessões se dividem em duas espécies: (1) translativas e (2) constitutivas. As translativas são aquelas que transmitem direitos ou poderes (já) existentes na titularidade da Administração concedente. Já as constitutivas, são

---

<sup>455</sup> AMORIM, op. cit., pp. 447-449

<sup>456</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. 2017. - Lições de Direito Administrativo, p. 177.

<sup>457</sup> FRACCHIA, F. Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Jovene Napoli, 1996. Apud AMORIM, op. cit., p. 462.

<sup>458</sup> FRACCHIA, F. Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Jovene Napoli, 1996. Apud AMORIM, op. cit., p. 456.

<sup>459</sup> Nas palavras de João Pacheco de Amorim, a ‘concessão’ consiste em uma técnica administrativa que: “(...) se traduz na emissão de atos administrativos ou na celebração de contratos administrativos através dos quais a Administração admite um privado a exercer atividades que (1) estejam sob reserva pública, que (2) envolvam a utilização/exploração de bens dominiais ou ainda que (3) impliquem o exercício de poderes de autoridade. Tenha-se presente que as relações concessórias estão sujeitas a um conjunto de princípios e regras específicas, entre os quais pontuam (1) o caráter temporário dos direitos conferidos ao privado (princípio da temporalidade), (2) a precariedade desses direitos (...) e (3) a titularidade de fortes poderes de intervenção do concedente na atividade do concessionário” (AMORIM, op. cit., p. 457).

aquelas que criam novos direitos ou poderes de que a Administração não pode ser titular, mas que só ela pode criar em favor dos particulares<sup>460</sup>.

São exemplos de actividades públicas concessionadas em Portugal os serviços de: captação, tratamento e distribuição de água para consumo público através de redes fixas; recolhimento e tratamento de resíduos sólidos urbanos no âmbito dos sistemas multimunicipais e municipais; exploração de certas rotas e itinerários dos transportes públicos aéreos; distribuição de energia eléctrica em baixa tensão; serviços públicos de interesse local no domínio dos transportes regulares urbanos de passageiros; dentre outros.<sup>461</sup>

As áreas sociais também são concessionadas pelo Estado Português, assim como também são as actividades de televisão e rádio que utilizam o espectro hertziano terrestre, bem como a actividade empresarial de gestão de centros de inspeção técnica de veículos. Estes dois últimos, são exemplos de figuras que apesar do legislador utilizar erroneamente o termo “autorização”, tratam-se de verdadeiros regimes de concessão. São igualmente concessionadas, “as actividades que envolvam a utilização ou exploração de bens de domínio público”, bem como “as que impliquem o exercício de prerrogativas de autoridade”<sup>462</sup>.

De outro lado, o acto autorizativo é aquele essencialmente unilateral e que retira os limites de acesso e exercício de certas actividades empresariais, as quais apesar de serem lícitas e próprias dos particulares, foram consideradas pelo legislador necessárias de controlo público para tutela de interesses colectivos. Assim, consubstancia-se numa espécie de controlo prévio, com a finalidade de verificar se o privado preenche ou não as condições necessárias para exercer determinada actividade fiscalizada pelo Estado<sup>463</sup>. Segundo Vieira de Andrade, “trata-se de actividades privadas que também podem ser de interesse público e que a Administração deva promover ou fomentar”<sup>464</sup>.

Essas autorizações podem ser classificadas como: (1) Autorizações nas relações entre a Administração e os particulares; (2) Autorizações nas relações entre órgãos administrativos. As primeiras se dividem ainda em 04 (quatro) diferentes espécies, quais

---

<sup>460</sup> ANDRADE, 2017. op. cit., p. 177.

<sup>461</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>462</sup> AMORIM, op. cit., pp. 465-166.

<sup>463</sup> Ibid., pp. 457-458 e pp. 473-474.

<sup>464</sup> ANDRADE, 2017. op. cit., p. 178.

sejam: (1) dispensas; (2) licenças ou autorizações constitutivas; (3) autorizações propriamente ditas ou autorizações permissivas; e (4) reconhecimentos<sup>465</sup>.

Conforme Vieira de Andrade, a **dispensa** se consubstancia na retirada excepcional de um “dever especial” de uma actividade proibida por lei, a qual não é um direito da Administração, enquanto que o **reconhecimento** trata-se uma permissão para o privado exercer actividades já autorizados por outra autoridade, designadamente de outro Estado. A autorização excepcional para construção em zona de REN ou RAN é um exemplo de licença, enquanto que o acto que reconheceu as qualificações profissionais, ao abrigo da Directiva 2005/36/ CE, é um exemplo de reconhecimento.<sup>466</sup>

Ainda segundo o supracitado autor, as **licenças ou autorizações constitutivas** são aqueles actos da Administração que constituem um direito subjectivo em favor do particular sobre determinada actividade de proibição relativa, enquanto que as **autorizações propriamente ditas ou autorizações permissivas** são aquelas que possibilitam ao particular exercer uma actividade correspondente a um direito subjectivo pré-existente, que resta somente condicionado pela lei a uma intervenção administrativa. As autorizações para o funcionamento de estações emisoras de rádio são um exemplo de licença, enquanto que a autorização para sair do país é um exemplo de autorização permissiva.<sup>467</sup>

Dessas figuras, as autorizações constitutivas e as autorizações-dispensas são envoltas em maior discussão e polemica, em razão da sua natureza jurídica subjectiva, que permite uma maior discricionariedade à Administração Pública nos critérios de definição.

Para João Pacheco de Amorim, essas autorizações não são compatíveis com a constituição, sendo a autorização constitutiva, especificamente, um acto conflitante com a garantia oferecida pelo art.º 61.º CRP.<sup>468</sup>

Essa discricionariedade não é compatível no actos condicionadores da liberdade de empresa, pois pode ocasionar uma indevida e injustificável interferência na concorrência, uma vez que possibilitaria o Estado de estipular restrições baseadas numa subjectividade não justificável ante os direito e garantia constitucionalmente previsto na CRP.

A exceção, digamos assim, recai-se no chamado sectores económicos reservados ao Estado, onde se justifica o maior controlo da Administração, e, logo, maior discricionariedade. Porém, nas actividades económicas privadas com proibição relativa, não é justificável que seja conferido ao Estado um grau similar de discricionariedade que se

---

<sup>465</sup> Idem.

<sup>466</sup> Idem.

<sup>467</sup> Idem.

verifica nas atividades de domínio público. Nesse último caso, o direito já existe, e só deve ser verificado as condições de exercício, não sendo de facto compatível que tenha discricionariedade no procedimento autorizatório,

De qualquer sorte, observa-se que o direito português vem sofrendo uma forte influência do direito europeu, no sentido de reduzir ou eliminar a discricionariedade dos actos administrativos<sup>469</sup>. Essa influência europeia tem por principal marco a Diretiva 2006/123/CE, que foi transposta ao direito português pela Decreto-Lei 92/2010,

Esse dispositivo legal, segundo seu próprio preâmbulo, estabelece os princípios e regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das actividades de serviços. Dentre os seus principais pontos, destaca-se a criação do balcão único que modernizou todo processo administrativo, tornando-o eletrônico, bem como a previsão de substituição das autorizações constitutivas por comunicações prévias, além do estabelecimento da eliminação do carácter expresso das autorizações, permitindo o chamado “deferimento tácito”<sup>470</sup>.

Vieira de Andrade também destaca essa influência comunitária no direito interno, reconhecendo a existência de uma tendência de simplificação administrativa, baseada numa política de “licenciamento zero”<sup>471</sup>. Essa influência do direito europeu também é reconhecida por João Pacheco de Amorim, porém o autor faz a ressalva que a norma de transposição não tem necessariamente que se sujeitar as apertadas exigências comunitárias.

Essa não sujeição total, é verificável na própria DL que transpôs a referida directiva, quando prevê a exclusão de certas atividades econômicas do âmbito de aplicação da norma europeia<sup>472</sup>. Trata-se de uma decorrência natural da soberania nacional que cada Estado-Membro possui, e também de uma orientação do próprio direito comunitário, que entende ser mais conveniente a manutenção dos atos nacionais, apesar dos riscos envolvidos<sup>473</sup>.

De qualquer forma, a Decreto-Lei 92/2010 segue a linha da directiva e estabelece para determinadas atividades econômicas, o que Pedro Gonçalves denomina de “atribuição concorrencial de autorizações”<sup>474</sup>, uma espécie procedimento concursal, mas que bem esclarece João Pacheco de Amorim, utilizando-se de uma abordagem constitucional, que se

---

<sup>468</sup> AMORIM, op. cit., p. 474.

<sup>469</sup> Ibidem, pp. 475-176.

<sup>470</sup> Ibidem, p. 483.

<sup>471</sup> ANDRADE, 2017. op. cit., p. 179.

<sup>472</sup> AMORIM, op. cit., pp. 469-470.

<sup>473</sup> Ibidem, p. 468.

<sup>474</sup> Ibidem, p. 481.

trata na verdade de um regime concessório, haja vista a correspondência com as suas características e o que prescreve a lei fundamental<sup>475</sup>.

Já vimos que a confusão de nomenclatura ao fazer referência ao tipo de acto administrativo que limita ou condiciona a liberdade de empresa (se é autorizativo ou concessório) é recorrente e por si só não é um problema, bastando uma simples análise sistemática do ordenamento jurídico para melhor entendimento.

O que de facto pode ser entendido como um problema, é a designação de um regime autorizativo (que na verdade, nos termos da DL 92/2010, é de acto concessório), para uma determinada actividade económica, a qual não se justifica que haja tal limitação.

É o caso da atribuição de gestão de quotas de leite, a qual se trata de uma actividade privada onde não há qualquer tipo de interesse económico geral envolvido, mas por que uma questão de política comunitária recebe essa especial limitação. Na mesma linha, temos os casos de instalação de farmácias e obtenção de licenças de taxis, onde as actividades têm natureza essencialmente privada e insuscetíveis de se tornarem objeto de domínio público<sup>476</sup>.

#### 4.3. A actual conjectura da regulação nacional e europeia anulam a efectividade do direito à liberdade de empresa em Portugal?

Liberdade e regulação não são necessariamente contraditórios, ou seja, não é decorrência lógica que um anule o outro. Ao contrário, tratando-se de um aparente paradoxo, é razoável considerar plenamente possível a existência de uma harmoniosa relação entre ambos os elementos em um determinado ordenamento jurídico, mas desde que haja o correcto equilíbrio entre eles.

Verificamos no primeiro capítulo os principais paradigmas de intervenção estatal na economia, sendo possível perceber todos eles têm em comum as restrições as liberdades individuais económicas. O que varia a depender da concepção, é o grau de intensidade desses condicionadores das liberdades económicas.

No Estado liberal, observou-se uma total ausência de intervenção pública na economia, o que acabou gerando a prevalência do interesse individual sobre o colectivo. No Estado social, pelo contrário, verificou-se um nível elevado de interferência do Estado, de tal forma excessiva e indevida, que fez a sociedade depender demais do sector público que acabou sendo insuficiente para suprir a demanda que se propôs atender.

---

<sup>475</sup> Ibidem, p. 480.

<sup>476</sup> Ibidem, p. 481-482.

Na vertente reguladora, em regra há um nível mais equilibrado de interferência estatal, se comparado com seus antecessores. Mas isso pode variar muito, a depender de cada Estado, conforme suas respectivas políticas públicas e ordem jurídica, que podem ter mais ou menos garantias fundamentais, bem como uma orientação política mais ou menos intervencionista.

Na ordem jurídica portuguesa, verifica-se que há um regime administrativo que restringe o acesso e o exercício ao direito à liberdade de empresa, composto de uma série de actos concessórios e actos autorizativos, sendo o primeiro aquele pelo qual o Estado concede ao particular o acesso e o exercício de uma actividade económica de domínio público; e o segundo responsável por limitar o acesso e o exercício do particular a determinado sector económico particular de interesse geral da sociedade.

Num primeiro momento da fase regulatória em Portugal, foram previstos diversos actos autorizativos de natureza constitutiva, ou seja, uma autorização que criava um direito subjetivo e que tinha um elevado grau de discricionariedade, mas sem nenhum amparo constitucional ante a garantia prevista no nº 1 do art. 61 da CRP.

Todavia, com forte influência do direito comunitário essa situação acabou sendo modificada, tendo a Diretiva 2006/123/CE como o principal vetor dessa mudança. Ela foi editada pelo parlamento europeu com vistas a eliminar os entraves ao comércio de serviços na União Europeia (UE) através: (1) da simplificação dos procedimentos administrativos para os prestadores de serviços; (2) do reforço dos direitos dos consumidores e das empresas que recebem os serviços; (2) da promoção da cooperação entre os países da UE.

No direito nacional essa Diretiva foi transposta por meio do DL 92/2010, absorvendo o intuito comunitário de simplificar e agilizar os regimes de licenciamento e de condicionamentos prévios ao acesso e ao exercício de atividades económicas. Segundo o seu texto de justificativa, essa simplificação e desburocratização são conseguidas através dos seguintes mecanismos<sup>477</sup>:

(...) em primeiro lugar, é criado o balcão único dos serviços que passa a disponibilizar toda a informação necessária para o desenvolvimento da actividade em Portugal, bem como informação relevante para os destinatários dos serviços. Ou seja, a partir de um único portal passa a ser possível, para qualquer pessoa ou empresa que pretenda prestar serviços em território nacional, saber quais os requisitos que tem de cumprir para o exercício da sua actividade e quais os actos e permissões administrativas de que necessita. O balcão único dos serviços permite ainda que os procedimentos e as formalidades necessárias sejam tramitados electronicamente, de um modo simples e célere. (...) Em segundo lugar, são limitados os casos em que é possível exigir-se uma licença ou autorização para a prestação de serviços em território nacional. Desta forma, as

---

<sup>477</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26.

licenças ou as autorizações que correspondem a procedimentos administrativos mais complexos e demorados passam agora a ser exigidas apenas em situações excepcionais, em que imperiosas razões de interesse público assim o justifiquem. A agilização dos procedimentos é acompanhada do necessário reforço dos meios e modos de fiscalização. A simplificação introduzida tem, assim, no seu reverso, por um lado, a responsabilização dos agentes económicos e, por outro lado, o reforço da fiscalização. Em terceiro lugar, são eliminadas formalidades consideradas desnecessárias, como, por exemplo, a necessidade de obter certos pareceres prévios ou de realizar vistorias, no âmbito dos procedimentos administrativos. Finalmente, em quarto lugar, é reconhecida a liberdade de prestação de serviços e de estabelecimento de qualquer pessoa ou empresa da União Europeia no território nacional. Com esta medida, é aprofundado o processo de integração europeia e de consolidação do mercado único.

Essa inovação legislativa encontra-se principal explicação no momento histórico que vivenciava o país e todo continente europeu. Era época da grande crise econômica de 2008. Para o contexto, buscar uma maior simplificação do limites e condicionadores da actividade empresarial, foi um caminho natural a seguir para fins de promover uma reação ao quadro de crise.

Foi assim estabelecida uma maior simplicidade, objetividade e transparência, ao regime de actos autorizativos. E a discricionariedade - até então tão comum no arquétipo nacional – foi preponderantemente eliminada desses actos, prevalecendo apenas os autorizativos expressos, as autorizações silentes ou tácitas e os actos de comunicação.

Também foi um marco para modernização da administração pública, que tinha até então os processos tramitando analogicamente, sendo essa perspectiva modificada através da criação do balcão único, que trouxe todo o processo para o meio eletrônico, podendo inclusive ser realizadas consultas e procedimentos pela internet.

Ao nosso ver, sem dúvidas trata-se de uma evolução legislativa que possibilitou uma maior efectividade ao direito de liberdade de empresa, trazendo maior celeridade e simplicidade, mas que não foi exaustiva na correção dos problemas existentes.

Observa-se alguns casos de designação de um regime autorizativo – cuja natureza é de acto concessório - para uma determinada actividade económica privada onde não tem justificação plausível de ser limitada.

São os já citados casos de instalação de farmácias e obtenção de licenças de taxis, onde as actividades têm natureza essencialmente privada e insuscetíveis de se tornarem objeto de domínio público, bem como o caso da actividade de atribuição de gestão de quotas de leite, a qual se trata de uma actividade privada onde não há qualquer tipo de interesse económico

geral envolvido, mas em razão de uma questão de política comunitária recebe essa especial limitação<sup>478</sup>.

Quando não se trata de sector economia de domínio público ou de interesse geral, qualquer restrição que se estabeleça deve ser considerada incompatível com a garantia prescrita no n.º 1 do art. 61 da CRP. Da mesma forma, é indevida a imposição de um regime concessório ou autorizativo constitutivo ou de dispensa, em atividades econômicas onde há apenas um interesse geral, ou seja, sectores de proibição relativa.

Apesar de ter avançado em relação a previsão mais correcta do respetivo regime de actos administrativos de acordo com a atividade econômica que se pretende restringir, ainda observa-se no ordenamento português certas arbitrariedades na escolha daquelas atividades que merecem ser limitadas, como verifica-se nos exemplos já citados das licenças de taxis e de instalação de farmácia.

Todavia, não é o caso de considerar que é suficiente tornar ineficaz o direito de liberdade de empresa, em verdade são pontos que provocam o desrespeito a essa garantia, mas que não anula sua eficácia.

De facto como já visto, algumas atividades privadas recebem restrições indevidas ao seu acesso ou exercício, mas isso não deve significar que todas as outras também recebam. O que se verifica é tratam-se de casos pontuais, tendo as demais restrições a devida guarida no texto constitucional, seja em razão do interesse geral ou por se tratar de atividade pertencente ao domínio público.

Outrossim, verifica-se que a excepcionalidade das licenças ou autorizações constitutivas para casos específicos e justificáveis, dá azo a maior efetividade da garantia de livre acesso a atividade econômica privada, assim como a modernização do procedimento administrativo via balcão único, que proporciona maior celeridade e transparência.

Logo, em que pese a nítida intervenção estatal no domínio da livre iniciativa privada, sua efetividade não se encontra comprometida a ponto de se considerar nula sua previsão, mas a ponto suficiente de se indicar algumas irregularidades em determinadas sectores econômicos que são alvos de restrições indevidas.

---

<sup>478</sup> AMORIM, op. cit., pp. 481-482.

### III- EM RESUMO

Cuidou o presente estudo do aparente paradoxo entre o direito de liberdade de empresa e o papel do Estado de regulação da actividade económica-empresarial, com escopo de analisar a efectividade da garantia prevista no número 1 do artigo 61 da Constituição da República Portuguesa.

Os principais paradigmas de intervenção estatal na economia foram revisitados ao longo da pesquisa, com especial detalhamento a concepção de Estado Regulador, que foi assumida pelo Estado Português.

Verifica-se na própria CRP, após a revisão constitucional nº 4, uma expressa previsão de regulação, ao dispor no art. 267.º, n.º 3, a possibilidade de criação de autoridades administrativas independentes. Não só isso, mas no próprio número 1 do artigo 61, a garantia de livre iniciativa privada é condicionada a constituição, a lei e ao interesse geral.

Assim, apesar de ser considerado um importante preceito jusfundamental, seu conteúdo não é absoluto, se sujeitando a intervenção do Estado, no limite da CRP, da lei e de fundado interesse geral.

Logo, nos debruçamos em um complexo arcabouço jurídico, com disposições não só nacionais, mas também do direito comunitário, o qual exerceu forte influência e fez surgir diversas modificações no âmbito interno, com destaque a criação do balcão único que modernizou todo processo administrativo, tornando-o eletrónico, bem como a previsão de substituição das autorizações constitutivas por comunicações prévias e a possibilidade delas receberem um deferimento tácito

Sem dúvidas, houve uma positiva evolução no regime jurídico, com maior simplicidade e celeridade nos actos autorizativos, e com algumas adequações referente aos sectores limitados, porém não se justifica algumas situações onde a actividade não é reservada ao Estado e nem possui interesse geral, e mesmo assim incide sobre ela uma limitação via autorização de natureza constitutiva.

De qualquer sorte, tem-se claro que a estrutura em vigor não anula eficácia da garantia de livre iniciativa económica, apesar de promover alguns condicionamentos injustificáveis, mas que por si só não é suficiente para torna-la ineficaz.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABREU, Jorge Manuel Coutinho - **Da empresarialidade (as empresas no direito)**. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN 9789724009568.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho - **Curso de Direito Comercial, vol. I**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724080192.

AGUADO, V.; CUDOLÁ - **Silencio administrativo e inactividad**. Madrid: Colex, 2001.

ALFONSO, Luciano Parejo - **Lecciones de Derecho Administrativo**. 9ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN 9788413555690.

ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de - **História do Direito Português**. 10ª Ed. Lisboa: Editor Pedro Ferreira, 1999.

ALCORTA, José García - **La limitación de la libertad de empresa em la competência**. Atelier, 2008. ISBN 9788496758391.

AMARAL, Diogo Freitas de; ANDRADE, José Robin de. – As indemnizações por nacionalização em Portugal. **ROA**. vol. 49 (1989). pp. 05-84 [Consul. 05 jun. 2021]. Disponível na internet: <URL: <https://portal.oa.pt/upl/%7B6e539079-c834-40bb-8444-48a6bf35e86d%7D.pdf>>.

AMORIM, João Pacheco de - **Direito Administrativo da Economia**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789724057514.

ANDRADE, J. C. Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 9789724046693.

ANDRADE, J. C. Vieira de - **Lições de Direito Administrativo, 5.ª.**, Coimbra, 2017. eISBN 978-989-26-1489-2.

APOLINÁRIO, Marisa - **O Estado Regulador: O novo papel do Estado. Análise da perspectiva da evolução recente do direito administrativo. O exemplo do sector de energia**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5957-0.

ARAGÃO, Alexandre Santos de - **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 9788530948016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de - O conceito Jurídico de Regulação da Economia. **Revista de Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano 2, n. 122 (2001). pp. 59-74. [Consul. 05 jun. 2021]. Disponível na internet: <URL: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i0.750>>. e-ISSN 1984-4182.

AZEVEDO, Maria Eduarda - **Direito da Regulação da Economia**. Quid Juris, 2017. ISBN 9727247792.

AZEVEDO, Maria Eduarda - **Temas de Direito da Economia**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 9724061353.

BAKLANOFF, Erik N. - Breve experiência de socialismo em Portugal: o sector das empresas estatais. **Análise Social**. vol. XXXI, nº 138 (1996). pp. 925-947 [Consul. 04 jun. 2021]. Disponível na internet: <URL:<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223396078J5qGK7ii0Ay50XT5.pdf>>. ISSN online 2182-2999.

BECKER, Gary - A Theory of Competition among pressure groups for political influence. **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. 98, nº 3 (1983). pp. 371-400 [Consul. 09 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://doi.org/10.2307/1886017>>. ISSN 0033-5533.

BENDER FILHO, Reisoli; SONAGLIO, Cláudia Maria; ZAMBERLAN, Carlos Otávio - Instituições, Liberdade Econômica e Crescimento: Uma Análise de Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento. **Revista Pesquisa & Debate** [Em linha]. Vol. 24, nº 2 (2013). [Consul. 06 fev. 2020]. pp. 243-266. Disponível na internet: <URL:<https://revistas.pucsp.br/rpe/article/view/17712>>. ISSN 1806-9029.

BERLIN, Isaiah - **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Trad. Wamberto Hudson. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BERLIN, Isaiah - Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) - **Estudos sobre a Humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. ISBN 85-359-0308-9

BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos - Desafios do direito administrativo no Estado Regulador. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI** [Em linha]. vol. 12, n.3 (2017). pp. 1125-1153. [Consul. 18 set. 2019]. Disponível na internet: <URL:[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. ISSN 1980-779.

BOBBIO, Norberto - II nostro Croce. In: BOVERO, Michelangelo - **Dal fascismo alla democrazia: I regimi, Le ideologie, Le figure e Le culture politiche**. Milão: Baldini & Castoldi, 1997. ISBN 8880892223.

BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN 8535215611

BOBBIO, Norberto - **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Garcia. São Paulo: Brasiliense, 2000. ISBN 85-11-14066-2.

BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN 8539204029.

BONAVIDES, Paulo - **Do estado liberal ao estado social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 9788539201808.

BRASIL. Constituição (1988) - **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOTELHO, Catarina Santos. - A história faz a constituição ou a constituição faz a história? – reflexões sobre a história constitucional portuguesa. **RIDB**. [Em linha]. n. 1 (2013), pp. 229-249. [Consul. 04 jun. 2021]. Disponível na internet: <URL: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/01/2013\\_01\\_00229\\_00247.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00229_00247.pdf)>. ISSN: 2182-7567.

CADILHE, Miguel - Fronteiras das Funções do Estado. in **AAVV, O Estado no século XXI: redefinição das suas funções**. Oeiras: INA/Tribunal de Contas, 2005. ISBN 972-9222-46.

CALERA, Nicolás María López - **Yo, el Estado**. Madrid: Trotta, 1992. ISBN 84-87699-27-8.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9724021068.

CANOTILHO, J. J. Gomes - O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios. **Revista de Direito Público e Regulação** [Em linha]. n.º 1, (2009). pp. 99-108. [Consul. 15 jul. 2019]. Disponível na biblioteca da FDUP. ISSN 1647-2306.

CASSAGNE, Juan Carlos - **Los Nuevos Entes Regulatorios in El Derecho Público Actual**. Buenos Aires: De Palma, 1994.

CENCI, Ana Righi - Do liberalismo ao intervencionismo: O Estado como protagonista da (des)regulação econômica. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** [Em linha]. n. 4 (2011), pp. 77-97. [Consul. 10 dez. 2019]. Disponível na internet: <URL: <http://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/32>>. ISSN 2177-8256.

CHAMPAUD, Claude - Régulation et droit économique. **Revue Internationale de Droit Économique**. n.º 1 (2002). pp. 23-66. ISSN 1782-1525.

CHELL, Enzo - **Libertà d'associazione e poteri di polizia**. In: Atti del convegno del'ISAP, la tutela dei cittadino. Vicenza, 1967.

CHEVALLIER, Jacques - **As novas fronteiras do serviço público**. Trad. Ana Carolina Wanderlei Teixeira. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 51, set./out., 2008.

Constituição da República Portuguesa - Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10.

COELHO, André Felipe Canuto - A privatização com instrumento de passagem do Estado Social para o Estado Regulador. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** [Em linha]. Vol. 84, n.º 1 (2012). pp. 245-338. [Consul. 19 dez. 2019]. Disponível na internet: <URL: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/355>>. ISSN(eletrônico) 2448-2307.

COMPARATO, Fábio Konder - **O indispensável direito econômico**. In: MENDESTEPEDINO, Gustavo José; FACHIN, Luiz Edson (Org.). Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos. São Paulo: RT, 2011. ISBN: 8520340539.

CORBI, Raphael Bottura; MENEZES FILHO, Naércio Aquino - **Liberdade Econômica, Liberdade Política e Felicidade: Uma análise empírica de um painel de países**. ANPEC – Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, Anais do XXXV Encontro Nacional de Economia, 2007.

CORDEIRO, António Menezes - **Manual de Direito Comercial**. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2009. ISBN: 9789724031866.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo - **Direito Comercial: Direito da Empresa**. 12ª Ed., Lisboa: EDIFORUM, 2011. ISBN 978-989-8438-04-1.

COTARELO, Ramon - **Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar**. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. ISBN: 8425907454.

COUTINHO, J. M - Os limites constitucionais à iniciativa econômica privada. In: **Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra - Exemplar dedicado a: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia** [Em linha], Vol. Extra 3 (1991), pp. 411-425. [Consul. 15 jul. 2019]. Disponível na biblioteca da FDUP. ISSN: 0303-9773.

DI PIETRO, Maria Sylvia - **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. ISBN 85-89148-51-3.

DI PIETRO, Maria Sylvia - **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7956-0.

DIAS, José Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula - **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7114-5.

DIAS, L. A. R.; BECUE, S. M. F. - Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. **RIDB**. Ano 1, nº 12 (2012), pp. 7357-7388. [Consul. 05 jun. 2021]. Disponível na internet: <URL: <https://docplayer.com.br/153662171-Ridb-revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-1-2012-no-12-faculdade-de-direito-da-universidade-de-lisboa.html>>. ISSN:2182-7567.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN: 8520329845.

Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 2 de Dezembro de 2006. [Consul. 18 dez. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0123>>.

DRAIBE, Sônia Miriam - O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. **Caderno NEPP/UNICAMP** [Em linha]. n.º 08 (1993). pp. 3-52. [Consul. 07 mai. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://www.nepp.unicamp.br/biblioteca/periodicos/issue/view/104/CadPesqNepp8>>. ISSN 2527-1946.

DROMI, Roberto - **Empresas Públicas. De Estatales a Privadas**. Argentina: Ediciones Ciudad, 1997. ISBN: 9875070203.

DUMONT, Louis - **O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Trad. A. Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

EBERLEIN, Burkard - **Regulation & Governance, Public Administration and Public Policy**. London School of Economics, 1989.

EBERLEIN, Burkard - L'État Régulateur en Europe. **Revue française de Science politique**. vol. 49, n° 2, avril 1999. pp. 205-230. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/rfsp\\_0035-2950\\_1999\\_num\\_49\\_2\\_395365](https://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1999_num_49_2_395365). Acesso em 10 mar. 2020. ISSN 0035-2950.

ESPADA, João Carlos; ROSAS, João Cardoso - **Pensamento Político Contemporâneo. Uma introdução**. Lisboa: Bertrand, 2004. ISBN: 9725646274.

ESTEVES, João Pissarra - **A ética da comunicação e os medias modernos: legitimidade e poder nas sociedades complexas**. 3ª ed. rev. e actualiz. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. ISBN 978-972-31-1223-X.

FEINTUCK, Mike – **'The Public Interest' in Regulation**. Oxford: OUP Oxford, 2004. ISBN-13: 9780199269020

FERREIRA, Eduardo Paz - **Direito da Economia**. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004. ISBN: 9721007004495.

FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luis Silva - A regulação sectorial da Economia – Introdução e perspectiva geral. In: **Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3748-1. pp. 07-38.

FERRIER, Didier - La liberté du commerce et de l'industrie. In: CABRILLAC, Rémy, org; FRISON-ROCHE, Marie-Anne, org; REVET, Thierry, org. - **Droits el libertés fondamentaux**. 10ª Ed. Paris: Dalloz, 2004. ISBN 9782247055302.

FORSTHOFF, Ernest; DOEHRING, K.; ABENDROTH, W. - **El Estado Social**, tradução José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. ISBN 9788425907432.

FRANCIS, John - **The Politics of Regulation: a comparative perspective**. Cambridge: Blackwell, 1993. ISBN 0631174672.

FRANCO, A. Sousa - **Nota sobre o princípio da liberdade económica**. Lisboa: Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 355, 1986.

FRANCO, A. Sousa; MARTINS, G. Oliveira - **A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo**. Coimbra: Almedina, 1993.

FRIEDMAN, Milton - **Capitalism and Freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. ISBN 0226264009.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne - Les nouveaux champs de la régulation. **Revue Française d'Administration Publique** [Em linha]. vol. 109, nº. 1 (2004), pp. 53-63. [Consul. 15 jul. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2004-1-page-53.htm>>. DOI: 10.3917/rfap.109.0053.

GANEM, Ângela - Adam Smith e a explicação do mercado como ordem social: Uma abordagem Histórico-Filosófica. **Revista de Economia Contemporânea** [Em linha]. vol. 4, nº 2 (2018), pp. 09-36. [Consul. 03 set. 2019]. Disponível na internet: <URL:<https://revistas.ufrj.br/index.php/rec/article/view/19623>>. ISSN 1980-5527.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - Sobre silencio administrativo y recurso contencioso. **Revista de Administración Pública** [Em linha]. nº 47. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1965). pp. 207-228. [Consul. 21 ago 2020]. Disponível na internet: <URL:<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=47&IDA=22411>>. ISSN: 1989-0656.

GIANNINI, M. S - **Diritto pubblico dell'economia**. 2 ed. Bolonha: II Mulino, 1993. ISBN 8815040323.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães - As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?. **RAP – Revista de Administração Pública** [Em linha]. vol. 40, nº 4 (2006), pp. 615-30. [Consul. 28 nov. 2019]. Disponível na internet: <URL:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/issue/view/768>>. ISSN 0034-7612.

GONÇALVES, Pedro - Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento – vol. 1**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9780000056382.

GONÇALVES, Pedro - **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora. 2013. ISBN 9789723221473.

GRAU, Eros Roberto - **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 8574206709.

GWARTNEY, James; LAWSON, Robert. **Economic Freedom of the World: 2004 Annual Report** [Em linha]. Vancouver: The Fraser Institute, 2004. [Consul. 23 nov. 2019]. Disponível na internet: <URL:<https://www.fraserinstitute.org/research/economic-freedom-of-the-world-2004-annual-report>>. ISBN 0889752095.

HAYEK, Friedrich - **Los fundamentos de la libertad**. 6ª Ed. Trad. José Vicente Torrente. Madrid: Unión Editorial, 1998. ISBN 8472093220.

HELLER, Hermann - **Teoría Del Estado**. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. ISBN 9789681606237.

HESPANHA, António Manuel - **História das Instituições: Épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

HERTOG, Johan den - General Theories of Regulation. in BOUCKAERT, Boudewijn e DE GEEST, Gerit (Ed.) - **Encyclopedia of Law and Economics**. Vol. III. Edward Elgar: Cheltenham, 2000. pp. 223 – 270. [Consul. 17 mar. 2020]. Disponível na internet: <URL: <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/19806>>. ISBN 1858989868.

HOBBS, Thomas - **Leviatã**. 2ª ed. Trad. Rosina Angina. São Paulo: Martin Claret, 2008. ISBN 8572327622.

HOMEM, António Pedro Barbas - **O Espírito das Instituições**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724027395.

LEONI, Bruno - **Liberdade e a Lei**. 2ª Ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. ISBN 9788562816239.

KEYNES, J. M - **The End of laissez-faire**. London: Hogarth Press, 1926. ASIN B001401YFQ.

LASKI, Harold J - **El liberalismo europeo**. México: Fondo de Cultura Económica, 2003. ISBN 9789681609313.

LAUBADÈRE, André de - **Direito Público Econômico**. Tradução Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LIBOIS, Boris - Vers une approche ‘communautaire’ de la liberté de la presse. In: LIBOIS, Boris & HAARSCHER, Guy - **Les medias entre droit et pouvoir: redéfinir la liberté de la presse**. Bruxelles: Ed. De l’Université de Bruxelles, 1995. ISBN 2800411015.

LOCKE, J - **Two Treatise on Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. ISBN 978-0521354486.

LUCAS, Eugenio Pereira - Regulação. Questões Conceptuais e Terminológicas. In **XXXI Encontro da ANPAD** (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração). 22-26 de setembro, Rio de Janeiro, 2007 – XXXI EnANPAD, 2007. [Consul. 20 set. 2020]. Disponível em <URL:<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A2369.pdf>>. ISSN 2177-2576.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez - Las generaciones de derechos humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** [Em linha]. n.º 10 (1991). pp. 203-217. [Consul. 10 mai. 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050933>>. ISSN 0214-6185.

MACHETE, Rui Chancerelle de - O direito administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 9723212072.

MACPHERSON, Crawford Brough - **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. CDD 320.50942.

MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, A - “Deregulation” e privatizzazione: differenze e convergenze. In **Stato e Mercato** [Em linha]. nº 35, vol. 2 (1992). pp. 249-290.[Consul. 9 10 mai. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://www.jstor.org/stable/24650327>>. ISSN: 03929701.

MAJONE, Giandomenico - Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público** [Em linha]. Ano 50. Número 1 (1999). pp. 5-36. [Consul. 17 nov. 2019]. Disponível na internet: <URL:<https://doi.org/10.21874/rsp.v50i1.339>>. ISSN 00349240.

MANNING, D. J - **Modern Ideologies: Liberalism**. Londres: Palgrave Macmillan, 1976. ISBN 9780312483357.

MARCOS, Rui Figueiredo - **A Legislação Pombalina – Alguns aspectos fundamentais**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN: 9789724028330

MARQUES, Francisca Ester de Sá - Liberdade e modernidade: entre o individual e o coletivo. **Logos** [Em linha]. v. 9, n. 1 (2015). pp. 17-30. [Consul. 7 dez. 2019]. Disponível na internet: <URL:<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/14743>>. ISSN 1982-2391.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo - Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** [Em linha]. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. nº 4 (2005). pp. 1-21. [Consul. 18 set. 2019]. Disponível na internet:<URL:<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/floriano-de-azevedo-marques-neto/limites-a-abrangencia-e-a-intensidade-da-regulacao-estatal>>. ISSN 1981-1861.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián - Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria. In MORANT, Rafael Gómez-Ferrer (coord.) - **Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi**. Madrid: Ed. Civitas, 1989. pp. 698-716. ISBN 84-7398-645-8.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de - Agências Reguladoras e as suas características. **Revista de Direito Administrativo** [Em linha]. Vol. 218 (1999). pp. 71-91. [Consul. 23 dez. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://doi.org/10.12660/rda.v218.1999.47453>>. ISSN 2238-5177.

MAZZA, Alexandre - **Manual de direito administrativo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553605651.

MELLO, Thiago Dellazari - Do Estado Social ao Estado Regulador. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza**, v.30, n.1 (2010). pp.223-232. [Consul. 17 set. 2019]. Disponível na internet: <URL:<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12043>>. ISSN 18073840.

MILL, John Stuart - **Sobre a liberdade**. 1ª ed. Petrópolis: Editora Vozes de Bolso, 2019. ISBN 9788532660442.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional, vol. I (Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais)**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789723222203.

MITNICK, B. M - **The Political Economy of Regulation**. New York: Columbia University Press, 1980. ISBN 978-0231040235.

MONCADA, Luís S. Cabral de - **Direito Económico**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 9789724071572.

MORAES, Ricardo Quartim de - A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e a sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa** [Em linha]. v. 51, n.º 204 (2014). pp. 269-285. [Consul. 17 set. 2019]. Disponível na internet: <URL:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509938>>. ISSN 2596-0466.

MOREIRA, Vital - **A ordem jurídica do capitalismo**. 4ª ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MOREIRA, Vital - **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. ISBN 9789724010441.

MORAN, M - Theories of Regulation and Changes in Regulation: The Case of Financial Markets. **Political Studies** [Em linha]. Vol. 34, n.º 2 (1986). pp. 185-201. [Consul. 09 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1986.tb01590.x>>. ISSN:1478-9302.

NAMORADO, Rui - **Direito das Empresas e dos Contratos**. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra – FEUC, 2011.

NORONHA, R. V. C. A. - **A nacionalização da banca no contexto do processo revolucionário português (1974-75)**. Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa. 664 p. Tese de Doutoramento. [Consul. 04 jun. 2021]. Disponível em: <URL: <http://hdl.handle.net/10362/6855>>.

NOVAIS, Jorge Reis - **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789723218336.

OGUS, Anthony - **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004. ISBN 9781841135304.

ORTIZ, Gaspar Ariño - **Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Madri: Universidad Externado de Colombia, 2003. ISBN 9789586166554.

OSSENBUEHCK, Fritz - Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bona. **Revista Española de Derecho Constitucional** [Em linha]. Año n.º 11, N.º 32 (1991). pp. 9-44. [Consul. 18 jul. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79439>>. ISSN 0211-5743.

OTERO, Paulo - **Manual de Direito Administrativo, Vol. I.** Reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724053882.

OTERO, Paulo - D. Afonso II e a edificação do Estado: a raiz do constitucionalismo português. In **Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Martim de Albuquerque – Vol. 1.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9720032160367.

PACE, Alessandro - **Problemática delle liberta costituzionale.** 2ª ed. Pádua: Cedam, 1992. ISBN 9788813174828.

PALAST, Greg - **Democracy and Regulation: How the Public can govern essential services.** Virgínia: Pluto Press, 2002. ISBN 9780745319421.

PASTOR, Juan Santamaria - **Princípios de Derecho Administrativo General.** 1ª ed. Madri: Iustel, 2004. ISBN 8496440028.

PASTRANA, J. M. F - Reivindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación em el ámbito de las autorizaciones administrativas. **Revista de Administração Pública** [Em linha]. n.º 127 (1992). pp. 103-144. [Consul. 09 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17119>>. ISSN 0034-7639.

PATRÍCIO, J. Simões - **Introdução ao Direito Económico.** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1982.

PELTZMAN, Sam - Toward a More General Theory of Regulation. **Journal of Law and Economics** [Em linha]. Vol. 19, n.º 2 (1976). pp. 211-240. [Consul. 16 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://www.nber.org/papers/w0133>>. ISSN 1537-5285.

PELTZMAN, Sam - The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. **Brookings Papers on Economic Activity** [Em linha]. vol. 20, Microeconomics (1989). pp. 1-59. [Consul. 16 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://www.brookings.edu/bpea-articles/the-economic-theory-of-regulation-after-a-decade-of-deregulation/>>. ISSN 0007-2303.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 3/2001. Diário da República n.º 8/2001, Série I-A de 2001-01-10.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 92/2010. Diário da República n.º 143/2010, Série I de 2010-07-26.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 94-B/98. Diário da República n.º 90/1998, 2º Suplemento, Série I-A de 1998-04-17.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 114/2011. Diário da República n.º 230/2011, Série I de 2011-11-30.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 257/2007. Diário da República n.º 135/2007, Série I de 2007-07-16.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 397/98. Diário da República n.º 290/1998, Série I-A de 1998-12-17.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 86/2020. Diário da República n.º 200/2020, Série I de 2020-10-14.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 12/2004. Diário da República n.º 7/2004, Série I-A de 2004-01-09.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 142/2004. Diário da República n.º 136/2004, Série I-A de 2004-06-11.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 21/2009. Diário da República n.º 12/2009, Série I de 2009-01-19.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 72/2009. Diário da República n.º 63/2009, Série I de 2009-03-31.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 173/2012. Diário da República n.º 149/2012, Série I de 2012-08-02.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 169/2012. Diário da República n.º 148/2012, Série I de 2012-08-01.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 178/2006. Diário da República n.º 171/2006, Série I de 2006-09-05.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 172/2006. Diário da República n.º 162/2006, Série I de 2006-08-23.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 30/2012. Diário da República n.º 29/2012, Série I de 2012-02-09.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 48/2011. Diário da República n.º 65/2011, Série I de 2011-04-01.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 169/2012. Diário da República n.º 148/2012, Série I de 2012-08-01.

PORTUGAL. Lei n.º 71/78. Diário da República n.º 296/1978, Série I de 1978-12-27.

PORTUGAL. Lei n.º 13/2006. Diário da República n.º 75/2006, Série I-A de 2006-04-17.

PORTUGAL. Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho. LEI DA TELEVISÃO E DOS SERVIÇOS AUDIOVISUAIS A PEDIDO. Disponível em <

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=923&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=923&tabela=leis&so_miolo=>) Acesso em 18 dez. 2020.

PORTUGAL. Lei n.º 54/2010. Diário da República n.º 248/2010, Série I de 2010-12-24.

PORTUGAL. Lei n.º 67/2013. Diário da República n.º 165/2013, Série I de 2013-08-28.

PORTUGAL. Lei n.º 19/2012. Diário da República n.º 89/2012, Série I de 2012-05-08.

PORTUGAL. Lei n.º 5/2013. Diário da República n.º 15/2013, Série I de 2013-01-22.

PORTUGAL. Lei n.º 15/2013. Diário da República n.º 28/2013, Série I de 2013-02-08.

PORTUGAL. Lei n.º 34/2013. Diário da República n.º 94/2013, Série I de 2013-05-16.

POSNER, Richard - Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science** [Em linha]. vol. 5, nº 2 (1974). pp. 335-358. [Consul. 09 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://doi.org/10.2307/3003113>>. ISSN 2325-5323.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz - **Direito empresarial: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. ISBN 9788530990336.

RAMOS, Rui; SOUSA, Bernardo Vasconcelos e Sousa; MONTEIRO, Nuno Gonçalo - **História de Portugal**. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2015. ISBN 9789896263669.

RAMOS, Vasco Moura - O direito fundamental à iniciativa económica privada (Art. 61.º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** [Em linha]. Vol. 77 (2001). pp. 833-871. [Consul. 18 jul. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://dialnet.unirioja.es/revista/24294/A/2001>>. ISSN 03039773.

ROSANVALLON, Pierre - **La crisis del Estado Providencia**. Madri: Civitas, 1995. ISBN 8447006158.

ROSSEAU, Jean-Jaques - **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 8533605528.

SADDY, André - **Regulação Estatal, Autorregulação privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. ISBN 978-8584404247.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; LEITÃO MARQUES, Maria - **Manuel Direito Económico**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9724055361.

SARAIVA, Alberto da Cunha Rocha - **As teorias sobre a representação política e a nossa Constituição**. Revista de Justiça, 1916.

SARAIVA, Alberto da Cunha Rocha - **A construção jurídica do Estado: O Direito**. Coimbra: Imp. da Universidade, 1912.

SEN, Amartya - **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. ISBN 9788535916461.

SERRA, Cristina - **Direito Comercial: Noções Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 9789723217568.

SIEBERTZ, Paul - **D. Miguel e a sua época. A verdadeira história da guerra civil**. 2.a ed., rev. Algueirão: ACTIC, 1985.

SMITH, Adam - **A Riqueza Das Nações: Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas**. vol. I e II. São Paulo: Abril Cultural, 1996. ISBN 9788535108279.

SILVA, Filipe Carreira da - **Metamorfoses do Estado: Portugal e a emergência do Estado neo-social**. In: CARMO, Renato do; RODRIGUES João (coord.). **Onde Pára o Estado? Políticas Públicas em Tempo de Crise**. Lisboa: Edições Nelson Matos, 2009. ISBN 9898236116.

SILVA, João Calvão da - **Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724033716.

SOARES, Paulo Firmeza - **Do Estado Liberal ao Estado Regulador: aspectos políticos-jurídicos**. **Conteúdo Jurídico**. [Sine Loco] 2013. [Consult. 17 set. 2019]. Disponível na internet: <URL: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35749/do-estado-liberal-ao-estado-regulador-aspectos-politico-juridicos>>.

SOUSA, António Francisco de - **Direito Administrativo**. Lisboa: Prefácio, 2009. ISBN 9789896520366.

SOUSA, R. Capelo - **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN: 9723206773.

E SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque - **Caraterísticas atuais e transformações ocorridas na compreensão do Estado e da Administração Pública**. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**. Vol. 2. n.º2 (2013), pp. 68-95. [Consult. 28 Out. 2020]. Disponível na internet:<URL: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/view/236>>. ISSN 2184-6219.

SOUTO, Marcos Juruena Villela - **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ISBN: 857387015x.

STRAUSS, L - **Droit naturel et histoire**. Paris: Flammarion, 2008. ISBN 978-2081218901.

STRICK, J. C - **The Economics of Government Regulation**. 2ª ed. Toronto: Thompson, 1994. ISBN 9781550770544.

STEWART Jr, Donald - **O Que é o Liberalismo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988. ISBN 85-85054-43-3.

STIGLER, George J - The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science** [Em linha]. vol. 2. n.º 1 (1971). pp. 03-21. [Consul. 09 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://doi.org/10.2307/3003160>>. ISSN 2325-5323.

WELBORN, D. - The Politics of Regulation. Edited by James Q. Wilson. (New York: Basic Books, 1980. Pp. xii 468). **American Political Science Review** [Em linha]. Vol. 75, n.º 2 (1981). pp. 517 – 518. [Consul. 14 ago. 2020]. Disponível na internet: <URL: <https://doi.org/10.2307/19614281980>>. ISSN 0003-0554.

WEIL, Prosper - **Direito Administrativo**. edição portuguesa. tradução Maria da Gloria Ferreira Pinto. revisão e notas A. J. Pinto Loureiro. Coimbra: Almedina, 1977.

WELLMER, A. - Modèles de la Liberté dans le Monde Moderne. In: **Critique**, n.º 505-506. Paris: Editions de Minuit, 1989. ISBN 2707312908.

WILSON, Graham K. Social Regulation and Explanations of Regulatory Failure. **Political Studies** [Em linha]. Vol. 32, n.º 2 (1984). pp. 203–225. [Consul. 12 ago 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1984.tb00175.x>>. ISSN 14679248.

VAL, J. M. Martinez - El contenido esencial de la libertad de empresa. **Revista General de Derecho** [Em linha], n.º 493-494 (1985). pp. 3167-3194. [Consul. 25 fev. 2020]. Disponível na internet: <URL:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1233>>. ISSN 02100401.

VAZ, Manuel Afonso - **Direito Económico: A Ordem Económica Portuguesa**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN 972320827X.