



KARINA CORDEIRO TEIXEIRA

**OS LIMITES DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO-LEGISLADOR E A SUA  
LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DEMOCRÁTICA:**

análise à luz dos ordenamentos constitucionais do Brasil e de Portugal

DISSERTAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS - MENÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO APRESENTADA À  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

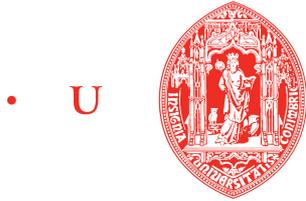
ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR PEDRO ANTÓNIO PIMENTA DA COSTA GONÇALVES

Jul/2018

• U •



C •



• C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**KARINA CORDEIRO TEIXEIRA**

**OS LIMITES DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO-LEGISLADOR E A  
SUA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DEMOCRÁTICA:**

**Análise à luz dos ordenamentos constitucionais do Brasil e de Portugal**

**THE LIMITS OF THE ECONOMIC REGULATION BY THE LEGISLATOR STATE  
AND ITS FREEDOM OF DEMOCRATIC CONFORMATION:**

**Analysis under the constitutional systems of Brazil and Portugal**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves

**COIMBRA**

**2018**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu professor, Dr. Pedro Costa Gonçalves, pela valiosa orientação durante a elaboração da presente pesquisa.

## RESUMO

Uma das relevantes preocupações dos Estados Contemporâneos, que optaram por adotar um modelo de economia de livre mercado, é conciliar os interesses dos agentes econômicos com outros direitos ou valores socialmente relevantes. Isso porque, atualmente, nos moldes de um Estado Social de Direito, o agir estatal necessariamente encontra-se vinculado à prossecução de algum interesse público que nem sempre se encontra aliado à lógica dos sistemas econômicos capitalistas. Assim, a intensidade da interferência estatal na economia tem relação direta com as exigências econômico-sociais de um dado contexto histórico. Diante disso, em meados dos anos oitenta do século XX, a conjuntura econômica ocidental (sobretudo a europeia) sofrera modificações voltadas para uma maior liberalização da economia, em que os Estados passaram a intervir menos no domínio econômico (seja flexibilizando as regras públicas limitadoras do mercado, seja abstendo-se de desenvolver atividade econômica), com vistas a incentivar a livre concorrência – ideias essas defendidas e impostas, *a posteriori*, pela União Europeia. Todavia, a liberalização de atividades inicialmente públicas para a iniciativa privada, por estarem diretamente relacionadas com a satisfação de necessidades básicas dos indivíduos, exigiu do Estado a fixação de regras destinadas a garantir a sua adequada prestação. De Estado empresário e prestador de serviços, passou a ser garantidor de direitos e regulador da economia. Diante desse novo paradigma, a presente pesquisa tem por objetivo verificar se a regulação econômica condiciona-se a limites e critérios definidos, ou se é uma atividade estatal cujos contornos se submetem apenas à vontade política e discricionária do legislador democrático. Para tanto, serão analisadas as normas das Constituições do Brasil e de Portugal destinadas a disciplinar a ordem econômica, traçando-se a seguir um quadro comparativo de como essas estabelecem a intensidade do poder regulatório estatal para, ao final, verificar se impõem ou não limites ao legislador ordinário. No caso português, levar-se-á em conta também o Direito europeu, enfatizando o entendimento da jurisprudência europeia acerca das normas nacionais reguladoras da economia e possíveis violações às liberdades do mercado interno, tomando como base o princípio da proporcionalidade. Por fim, diante do conflito existente entre as liberdades concorrenciais e outro direito ou interesse que se pretende proteger através da regulação, o presente estudo terá como objetivo final verificar se é possível exercer um controle sobre o juízo de apreciação do legislador ao realizar a restrição, ou se tal tarefa é de sua exclusividade, haja vista sua liberdade de conformação democrática.

**Palavras-chave:** Estado-regulador; legislador democrático; limites; liberdades fundamentais; Direito Administrativo Econômico. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

One of the relevant concerns of contemporary States, which adopted the economic model based on free market, is to reconcile the interests of economic agents with other socially relevant rights or values. This can be justified by the link of the state action to the pursuit of some public interest that is not always allied to the logic of capitalist economic systems. Thus, the intensity of the state interference in the economy is directly related to the socio-economic requirements of a given historical context.. In the 1980's, the Western (especially European) economic conjecture changed, aiming to a greater liberalization of the economy. In order to encourage the free competition, the States gradually decreased their intervention in the economic domain, either by the relaxation of public rules that limit the market, or by the abstention from developing economic activity. Later, the European Union defended and imposed these ideas. However, the liberalization of public activities to the private initiative required from the State the establishment of intervention rules, in order to ensure the adequate provision of the individual basic needs. The State was no longer an entrepreneur and service provider, but it became a guarantor of rights and an economy regulator. Considering this new paradigm and from a legislative point of view, this study aims to identify if the economic regulation is conditioned to defined limits and criteria, or whether it is a state activity whose contours are submitted only to the political and discretionary will of the democratic legislator. This study will analyse the economic order disciplinary norms established in the Brazilian and Portuguese Constitutions. A comparative review of how these norms define the intensity of the state regulatory power will be conducted in order to verify if they impose or not the limits to the ordinary legislator. In the Portuguese case the European Law will also be considered, emphasizing the understanding of the European jurisprudence on economic regulatory national norms and possible violations to the domestic market freedom. Finally, this study will verify if it is possible to exert control over the legislator's judgment of the legislature, once there is a conflict between competitive freedoms and other right or interest intended to be protected through regulation. Or if it is a responsibility exclusive to the legislator, considering its freedom of democratic formation.

**Key-words:** State-regulator; democratic legislator; limits; fundamental freedoms; Administrative-Economic Law; Constitutional Law.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

CE – Constituição Económica

CRP – Constituição da República Portuguesa

CF/88 - Constituição Federal de 1988

DUE - Direito da União Europeia

CDFU) – Carta dos Direitos Humanos da União Europeia

OMC – Organização Mundial do Comércio

TFUE - Tratado para o funcionamento da União Europeia

TUE - Tratado da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1.REGULAÇÃO</b> .....	12
<b>1.1. Do Estado liberal; do Estado prestador de serviços ao Estado regulador</b> .....	12
<b>1.2. Regulação: considerações gerais</b> .....	18
<b>1.3. Regulação da economia e formas de intervenção do Estado no domínio econômico</b> .....	21
<b>1.4. A regulação no Estado Constitucional de Direito: construção de um conceito jurídico</b> .....	23
<b>2. Disciplina constitucional da ordem econômica no Brasil e em Portugal</b> .....	27
<b>2.1. Ordem econômica e Constituição Econômica: considerações gerais</b> .....	27
2.1.1. O sistema capitalista .....	33
<b>2.2. Disciplina constitucional da ordem econômica no Brasil: a Constituição (Econômica) Federal de 1988</b> .....	34
2.2.1. Formas de intervenção direta .....	35
2.2.2. Formas de intervenção indireta (art. 174).....	40
<b>2.3. Disciplina constitucional da ordem econômica em Portugal</b> .....	42
2.3.1. Análise dos dispositivos constitucionais da Constituição Económica Portuguesa e suas Revisões .....	42
2.3.2. Fontes externas do direito português: as normas do direito europeu e as normas internacionais gerais e convencionais.....	50
2.3.3. Princípios (internos) da Constituição Econômica Portuguesa .....	53
<b>3. LIMITES DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO-LEGISLADOR NO BRASIL E EM PORTUGAL</b> .....	70
<b>3.1. A regulação da economia enquanto norma restritiva de direitos fundamentais e a ponderação como juízo de valor do legislador ao atuar como regulador econômico-social: considerações teóricas acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais.</b> 70	
<b>3.2. Limites constitucionais da regulação no Brasil: análise segundo a doutrina...</b>	77
<b>3.3. Limites da regulação normativa em Portugal: uma análise jurídico-constitucional e doutrinária</b> .....	87
3.3.1. Princípio da proporcionalidade em Portugal: as diferentes formas de aplicação segundo a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC).....	90
3.3.2. Princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais .....	97
3.3.3. Princípio da Subsidiariedade.....	99
<b>3.4. Lei reguladora da economia e seu caráter restritivo em relação ao exercício das liberdades de mercado: colisão entre direitos fundamentais e o regime jurídico dado aos “direitos, liberdades e garantias” no ordenamento constitucional português.....</b>	100
<b>3.5. Limites à regulação segundo o DUE. Restrições às liberdades fundamentais de mercado e o posicionamento do TJUE</b> .....	104
<b>3.6. Limites à regulação da economia no Brasil e em Portugal: análise comparativa</b> 108	

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>112</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>115</b>

## INTRODUÇÃO

Já no século XX, a conjuntura econômica ocidental, principalmente a da Europa (década de 80), em contraposição à ideia de Estado Social ou “Estado de Serviço Público”, foi progressivamente sendo alterada com o intuito de diminuir a atuação direta do Estado no desempenho de atividades econômicas, liberalizando-as para a iniciativa privada, a fim de efetivamente garantir a liberdade concorrencial<sup>1</sup>- ideias essas que foram difundidas e efetivamente impostas, posteriormente, pelo direito da União Europeia.

Nesse contexto, determinadas atividades, que até então eram assumidas pelo Estado a título de serviços públicos, passaram a ser, paulatinamente, abertas ao mercado. Essas circunstâncias, portanto, foram cruciais no que tange à uma nova reestruturação do papel estatal, sobretudo relativamente à sua atuação na qualidade de interventor na economia.

Inicialmente, essa aparente diminuição de seu papel e a opção por um modelo menos intervencionista deu-nos a ideia de um Estado Mínimo, mais desregulador.

Ocorre que, levando em conta o fato de que essa forma de atuação ainda está em construção, esse novo paradigma não representou em absoluto um abstencionismo estatal, nem tampouco numa atuação exaustiva por parte do Estado. Ambas as concepções devem ser atenuadas, pois, nos dizeres de Marçal:

A democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil, mas a realização de valores fundamentais a um Estado Social impõe a participação de todos os segmentos sociais. [...]

A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia da realização de direitos fundamentais, mas apenas a modificação para tanto.<sup>2</sup>

Assim, ao se desvencilhar do desempenho de algumas atividades essenciais, o Estado se viu obrigado a estabelecer regras destinadas a regular tais atividades, a fim de garantir a satisfação de interesses fundamentais dos indivíduos. Dessa forma, o seu papel enquanto interventor do mercado foi apenas alterado: de agente prestador de serviços ou de atividades econômicas passou a ser agente regulador, exigindo de sua parte uma intervenção (ainda que

---

<sup>1</sup> Nota: a regulação econômica teve início nos EUA, mas foi implementada num contexto diferente do europeu. O Estado regulador surgiu nos EUA como uma resposta ao Estado Abstencionista, de modelo liberal; já no caso da Europa, a regulação passou a ser um novo paradigma de um Estado antes intervencionista (prestador de serviços públicos). Logo, o contexto regulatório americano implicou numa maior interferência estatal na economia; já no contexto da Europa, a regulação representou, aparentemente, uma menor participação direta do Estado na economia. Importante enfatizar que, mesmo no modelo europeu, a regulação não configura o retorno ao Estado Liberal. Pelo contrário, significa que, apesar de não ser o Estado o prestador direto de atividade econômica, ele intervém sistematicamente, de forma indireta, no mercado, a fim de garantir a livre concorrência e outros valores extraeconômicos, como: saúde, meio ambiente, direito do consumidor...

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 537, São Paulo: 2008. Saraiva, 3 ed.

indireta) sobre o domínio econômico, seja para garantir a livre concorrência, seja para proteger valores ou direitos essenciais dos indivíduos.

Partindo desse raciocínio, Gonçalves afirma que o abandono, por parte do Estado, de missões clássicas configurou uma alteração mais profunda que se traduziu, ao final, numa ambivalência do Estado Regulador, pois as medidas de desregulação implicaram *a posteriori* num Estado mais operacional, mais interventivo.<sup>3</sup>

Ainda, há quem afirme que o que ocorrera foi a diminuição orgânica do papel estatal, pois o *“Estado contemporâneo não interrompeu o seu crescimento enquanto instituição social, ampliando continuamente a sua intervenção nos domínios do “mundo-da-vida”*.”<sup>4</sup>

Nessa seara: *“não houve lugar a uma desregulamentação propriamente dita das atividades econômicas: ao invés, a retirada do Estado dos setores produtivos onde intervinha diretamente, na qualidade de agente econômico e normalmente em regime de monopólio, foi compensada pela (re) criação de quadros regulatórios bastantes extensos...”*<sup>5</sup>

Diante desse cenário, o Estado passou a dar preferência pela não intervenção direta no mercado, deixando, como regra, de prestar atividade econômica propriamente dita, dando ênfase à produção de normas destinadas a condicionar o comportamento dos agentes econômicos, além de fiscalizar (diretamente ou não) a prestação de atividades que até então eram por ele assumidas, a fim de garantir a adequada satisfação de direitos essenciais aos indivíduos.

A essa alteração de suas funções e conseqüente reestruturação de seu papel deu-se o nome de regulação, que representa o atual modelo dos Estados Contemporâneos, mas que em absoluto configura ausência de intervenção; pelo contrário, o que se alterou foi a forma de intervir no domínio privado mediante a opção por um Estado mais garantidor e menos prestacional, que opta por regular o mercado, a fim de satisfazer interesses coletivos relevantes (sejam de natureza econômica ou não).

Trata-se de uma forma de ingerência externa, indireta na economia e, como qualquer interferência pública na esfera privada, está condicionada a alguns critérios. Todavia, esses

---

<sup>3</sup>GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 18. O autor fala na ambivalência do movimento de liberalização, em que ao mesmo tempo que configura uma diminuição de sua atuação interventiva direta, exige do Estado uma maior preocupação em disciplinar as atividades essenciais privatizadas. Nesse sentido, afirma o mesmo que *“parece fazer sentido enquadrar as medidas de desregulação no contexto mais vasto de uma política de re-regulação e de distribuição de responsabilidades entre o Estado e o Mercado.”* (grifo do autor).

<sup>4</sup>CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira da; MODESTO, Paulo (coord). *Terceiro Setor e Parcerias na área da saúde*, p. 22, Belo Horizonte: 2011, ed. Forum.

<sup>5</sup>AMORIM, João Pacheco de. *Direito Administrativo da Economia*, vol. 1 (Introdução e Constituição Econômica), p. 89. Coimbra: 2014, ed. Almedina.

critérios devem se pautar no respeito aos direitos de liberdade e autonomia privadas? Ou é uma atuação eminentemente discricionária cujos contornos, no contexto dos Estados de Direito, encontram limites apenas na liberdade de conformação do legislador democrático?

Vale dizer: o Estado Contemporâneo que, muito embora, na maior parte das vezes, não atua diretamente na esfera particular desempenhando atividades de natureza econômica pode, na qualidade de regulador, intervir discricionariamente na economia e em setores particulares, ou sua atuação regulatória, de cunho normativo, possui limites e condicionantes?

Esse questionamento é de suma importância nos dias de hoje, haja vista a predominância cada vez maior da regulação pública e na interferência de sua atuação sobre o domínio econômico, influenciando o comportamento não só do mercado, mas dos vários sujeitos que compõem a organização política, econômica e social de um Estado. Além disso, em decorrência da pluralidade de interesses que compõem a realidade econômico-social e do conseqüente conflito entre tais interesses, as normas destinadas à regulação da economia geralmente são dotadas de conteúdo menos denso, mais impreciso, a fim de abarcar com maior elasticidade a complexidade da vida econômica. Assim, é natural a adoção de conceitos jurídicos indeterminados – o que caracteriza a grande margem de liberdade e discricionariedade por parte do legislador – motivo pelo qual se mostra relevante o estudo acerca dos limites e critérios dessa atuação. Quanto à natureza das normas de regulação infraconstitucional (que fazem parte do direito administrativo da economia – D.A.E) e seu alto grau de indeterminação, claras as exposições de Amorim:

Por isso a regulação desta realidade a vários títulos complexa é uma tarefa difícil de levar a cabo, requerendo dos poderes públicos, no que respeita ao conteúdo das normas e como vimos ao próprio tipo de instrumentos normativos utilizados, uma grande versatilidade: como melhor veremos, é desde logo menor a densidade dos regimes nela consagrados, abundando **nas normas de D.A.E. os conceitos jurídicos indeterminados** e a discricionariedade administrativa (sobretudo a chamada discricionariedade técnica).<sup>6</sup> (grifo nosso).

Diante disso, acreditamos que a definição e os contornos da atuação estatal de regulação muito além de ser uma opção política é, sobretudo, um agir subordinado a princípios fundamentais esculpidos nos textos constitucionais dos Estados. Essa atividade de intervenção deve se subordinar às liberdades e somente se justifica quando a esfera privada não possuir condições de se autorregular, comprometendo, assim, valores essenciais dos indivíduos. O que impera no âmbito da regulação estatal, portanto, é o princípio da subsidiariedade.

E é de acordo com essa perspectiva que pretendemos abordar a presente pesquisa - cujo objetivo principal é a análise da regulação normativa estatal da economia no ordenamento

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 55.

jurídico do Brasil e no de Portugal, com a finalidade de comprovar que a atividade pública de regulação do mercado não está condicionada apenas aos limites impostos pela vontade política de nossos legisladores, demonstrando, assim, que até mesmo a opção política do legislador ao regular a economia, muito embora legitimada pela vontade da maioria, sujeita-se a limites assentados em princípios fundamentais que regem a ordem econômica constitucional de um país.

Importante salientar que, muito embora exista a atividade de regulação normativa exercida pelo Estado-Administrador (regulamentação por parte das agências reguladoras, por exemplo), o enfoque de nosso estudo será a regulação normativa do Estado-Legislator.

Para responder a tais indagações, pretendemos estudar o texto constitucional de ambos os países com vistas a entender como a Constituição de cada um deles trata da forma pela qual o Estado intervém no domínio econômico, estabelecendo-se, ao final, um quadro comparativo da abrangência e nível de intensidade de regulação entre ambos.

Destaca-se, desde logo que, no caso de Portugal, muito embora a Constituição exerça um papel fundamental, as suas normas serão analisadas em conjunto com as regras e os princípios fundamentais que compõem o Direito da União Europeia – DUE, já que essas possuem prevalência sobre as normas constitucionais dos Estados Membros, condicionando, portanto, a própria atuação da regulação pública.

Assim, a presente pesquisa pretende demonstrar que a regulação normativa configura uma atividade crucial do Estado Contemporâneo na consecução de seus objetivos e, conseqüentemente, a forma, a abrangência e o seu nível de intensidade sobre a economia devem estar subordinados à concretização de interesses da coletividade, sejam eles relacionados com a proteção do próprio mercado e da livre concorrência, ou relacionados com a proteção de outros valores e direitos extraeconômicos que são constitucionalmente garantidos.

Para tanto, como fundamento jurídico de nosso trabalho, abordaremos, ainda que de forma sucinta, a importância da atribuição de força normativa às Constituições no período pós Segunda Guerra Mundial, que deixaram de ser um instrumento meramente político e passaram a representar a Norma Suprema destinada a coibir os abusos do poder estatal e a efetivamente garantir os direitos fundamentais.

Por fim, nosso objetivo último terá como enfoque a demonstração de que a regulação normativa da economia condicionada apenas à liberdade de conformação do legislador e exercida de forma discricionária e aleatória poderá acarretar no esvaziamento do conteúdo substancial dos direitos à livre iniciativa privada e das demais liberdades de mercado, indo de encontro, pois, aos princípios da proporcionalidade e proteção do núcleo essencial dos direitos

fundamentais– princípios esses presentes nos ordenamentos constitucionais do Brasil e de Portugal.

Dessa forma, mesmo sob argumento de que nenhum direito fundamental é absoluto podendo, pois, ser objeto de restrições por parte do Estado, as eventuais restrições somente se legitimam para proteger ou garantir outro direito constitucionalmente relevante e somente até a medida necessária para a proteção desse direito. Nesse aspecto, o critério de aferição desses parâmetros, por envolver colisão de direitos constitucionais (fundamentais), equaciona-se mediante a técnica da ponderação, com o auxílio de princípios instrumentais que, apesar de alguns não estarem expressamente previstos nos textos constitucionais, decorrem logicamente de seus enunciados por configurarem formas legítimas de contenção dos abusos do poder estatal e que, pois, serão também objeto de análise no presente trabalho.

Diante do exposto, imprescindível se mostra a necessidade de se delimitar os contornos da atividade regulatória estatal na economia por parte do Estado-Legislator, a fim de lhe conferir a legitimidade necessária e compatível com os princípios do Estado Constitucional de Direito.

## 1.REGULAÇÃO

### 1.1. Do Estado liberal; do Estado prestador de serviços ao Estado regulador

A regulação, sobretudo da economia, abrange vários significados cujo conteúdo material de definição está longe de ser absoluto, eis que depende, não só da área profissional que a estuda, mas também das circunstâncias sociais, políticas e econômicas de determinado contexto histórico.

Todavia, como o nosso trabalho não tem por objeto o estudo aprofundado das teorias econômicas que envolvem a regulação, por ora limitaremos apenas em apresentar um conceito jurídico do termo e delimitar os seus contornos, verificando se os critérios limitadores dessa atividade dependem exclusivamente de uma opção política estatal, ou se possui outras condicionantes para, ao final, tentarmos traçar os parâmetros jurídicos adequados para que o Estado possa exercer seu poder regulatório.

Dessa forma, o que se propõe neste capítulo é apresentar, ainda que brevemente, o contexto em que a regulação passou a caracterizar um novo paradigma de Estado, pois a própria opção por um estado que intervém mais ou menos na economia está diretamente relacionada com o nível e a intensidade da atividade regulatória.

Assim, a princípio, etimologicamente, “regulação” nos remete à ideia de criação de regras. Regras essas que têm por objetivo “*manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema.*”<sup>7</sup>

Nesse contexto, a regulação pública da economia compreende uma espécie de ingerência do Estado na esfera privada (intervenção indireta), condicionando o comportamento dos agentes econômicos de forma a garantir o regular funcionamento do mercado e as liberdades concorrenciais, bem como proteger valores de natureza social.

Essa tarefa do Estado envolve, primordialmente, a função de editar normas. Assim, falar em atividade regulatória estatal seria, a princípio, associar o Estado à sua atividade legislativa e, portanto, regulação num sentido mais abrangente compreenderia toda e qualquer atuação normativa do Estado-Legislator que, de algum modo, tenha por objetivo alterar o comportamento dos agentes privados.

No entanto, conforme dito, regulação é uma palavra polissêmica que comporta vários conceitos. Pode ser vista também como sendo a atividade administrativa de fiscalização, de impor sanções aos particulares pelo descumprimento de regras e, ainda, a própria atividade

---

<sup>7</sup> MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional e a administração pública*, p. 34, Coimbra: 1997, Almedina.

legislativa de fixar normas destinadas a intervir na esfera privada, a fim de garantir a satisfação de interesses da sociedade, ou até mesmo para proteger o adequado funcionamento do mercado, evitando abusos do poder econômico e garantindo a livre concorrência. Em contrapartida, a regulação pode ser encarada de uma maneira mais restrita, atribuindo-se à atividade regulatória apenas a administrativa (seja ele desempenhada pelo Estado, seja desempenhada pelas ‘agências’). Há outros que, partindo de uma concepção neoliberal, compreende a atividade regulatória como uma forma de diminuição do papel do Estado no que se refere à sua intervenção na economia, mas existem concepções que, ao contrário, compreendem na regulação um Estado mais ativo socialmente, pois, mesmo não atuando diretamente no domínio econômico, ele se incumbem de outras tantas tarefas para atingir suas finalidades (econômicas ou sociais).<sup>8</sup>

Porém, como o objetivo do presente estudo não é abordar propriamente os diferentes conceitos de regulação, importante é termos o entendimento de que o Estado, ao condicionar o exercício dos agentes privados o faz buscando alcançar o bem-estar da sociedade – e, portanto, a atividade pública de regulação da economia deve ser encarada sob esse prisma. Diante desse raciocínio, podemos afirmar que a atuação estatal de intervir na esfera particular só se justifica se for para alcançar interesses legítimos da coletividade.

Nesse ínterim, essa mesma lógica se aplica à atividade regulatória. Meirelles (*Direito Administrativo*, p. 503) *apud* Gasparini afirma que para “*o uso e o gozo dos bens e riquezas dos particulares, o Poder Público impõe normas e limites, e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular.*”<sup>9</sup> Trata-se de um fundamento legitimador dos Estados Constitucionais Contemporâneos (Estados sociais-liberais).

Ocorre que a regulação e o conseqüente nível de intensidade pelo qual o Estado intervém no domínio econômico dependem das exigências políticas, econômicas e sociais de um dado contexto histórico. Para tanto, o instrumento jurídico definidor das relações entre Estado e economia destinado a estabelecer regras fundamentais da ordem econômica é a Constituição, ou seja, é na norma fundamental de cada Estado que encontraremos a legitimidade e os elementos justificadores da intervenção estatal na economia.

---

<sup>8</sup> LUCAS, Eugênio Pereira. *Regulação. Questões Conceptuais e Terminológicas*. XXXI ENCONTRO DA ANPAD, 22 a 27 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A2369.pdf>. Acesso em 8/03/2018.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, p. 793- 794, São Paulo: 2012, Saraiva, 17 ed.

Isso porque é indissociável desvincular o poder estatal do poder econômico, pois a relação entre ambos sempre ocorrera no decorrer dos tempos, uma vez que a ordem econômica “nunca poderia viver fora de um enquadramento jurídico que identifique suas fontes, discrimine as formalidades a observar no trato econômico, estabilize as relações entre os agentes econômicos e defina os comportamentos econômicos ilícitos e as respectivas sanções, ”<sup>10</sup> muito embora , a intervenção do Estado na economia decorra “de um determinado modelo de relacionamento entre a atividade econômica e o Estado que nem sempre esteve presente.”<sup>11</sup>

No liberalismo clássico, por exemplo, o Estado exercia tarefas destinadas a garantir e a reconhecer precipuamente as liberdades fundamentais: livre concorrência, livre circulação, liberdade de empresa e de iniciativa econômica, atendo-se o Estado a executar atividades diretamente relacionadas ao exercício de sua soberania, fixando regras voltadas para a segurança, defesa nacional, garantia da ordem pública, etc.<sup>12</sup>

Portanto, apesar de existir, ainda que modestamente, leis protetivas do mercado, a racionalidade (liberal) defendia a ideia de regulação autônoma do mercado, devendo o Estado intervir o mínimo possível na economia.

Todavia, já na segunda metade do século XIX, o modelo europeu de Estado Liberal, gradativamente, foi sendo alterado e o poder estatal alargou suas funções e passou a intervir no mercado, assumindo a titularidade de certas atividades econômicas que possuíam ligação direta com a satisfação de direitos essenciais dos indivíduos, direitos esses que poderiam se ver comprometidos pela lógica racional do mercado. Essa gradual mudança de paradigma se consolidou efetivamente na Europa no final da primeira metade do século XX<sup>13</sup> - momento em que tais atividades passaram a ser desempenhadas pelo Estado a título de serviço público.

Diante desse novo modelo, o Estado, aumentando significativamente o rol de suas funções, passou a intervir de forma mais direta na economia, seja como prestador de serviços públicos, seja como executor de atividade econômica propriamente dita – razão pela qual passou a ser concebido como Estado Social ou Estado Prestador de Serviços.

Ocorre que, já na segunda metade do século XX, mediante influência das regras defendidas e impostas pela Comunidade Europeia, cujos preceitos fundamentais se baseavam (e ainda se baseiam) nas liberdades concorrenciais, o modelo de Estado Prestador de Serviços

---

<sup>10</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação*, p. 9, Coimbra: 2012, Almedina.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Pedro Costa; Martins, Licínio Lopes. *Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador*, p.174. In *Estudos de Regulação Pública*, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 177.

foi cedendo espaço e as atividades que eram de titularidade estatal foram, de forma gradativa, substancialmente privatizadas e abertas à iniciativa privada. Assim, no contexto europeu, o Estado não transferiu para a esfera privada apenas a execução desses serviços, o que efetivamente ocorreu foi uma “*privatização material*”<sup>14</sup>, em que se alterou, na essência”, a natureza jurídica dessas atividades, que deixaram de ser públicas e passaram a ser abertas ao mercado.

Diante desse cenário, no Brasil, por força e sob influência do Direito (até então) da Comunidade Econômica Europeia, muitos passaram a falar em “crise na noção de serviço público”. Mas, no contexto brasileiro o que efetivamente ocorreu foi apenas a terceirização da execução dessas atividades, ou até mesmo a privatização de estatais prestadoras de serviços públicos, mas a sua titularidade continuou a permanecer nas mãos do Estado, por força da própria Constituição que, expressamente, incumbiu ao Estado a responsabilidade na sua prestação, atribuindo a esses serviços regime jurídico administrativo e diverso daquele destinado a disciplinar as demais atividades privadas. A respeito da “pretensa crise na noção de serviço público” no Brasil:

Segundo boa parte da doutrina, estaríamos passando por uma crise na noção de serviço público. Na realidade, o conceito não está sendo alterado; o que existe é uma pressão no sentido de diminuir o rol de serviços públicos ou mesmo acabar com esse tipo de atividade, especialmente quanto às de natureza econômica. Sofre-se, no caso, influência do direito comunitário europeu. [...] No direito brasileiro, a doutrina adepta do neoliberalismo força a adoção das mesmas inovações, **mas a dificuldade é grande porque é a própria Constituição que prevê expressamente a competência exclusiva do Estado para a execução de várias atividades, como ocorre no artigo 21, XI e XII. E continua a fazer referência a serviços públicos especialmente no art. 175.**<sup>15</sup> (grifo nosso)

O que efetivamente ocorrera foi que a legislação ordinária brasileira, ao arrepio do texto constitucional, previu uma liberalização parcial de alguns serviços – o que gerou críticas doutrinárias a respeito por ferir o citado dispositivo constitucional, coo bem se observa: “***O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arrepio da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos.***” (grifo nosso)<sup>16</sup>

Ainda assim, mesmos os serviços públicos materialmente privatizados no contexto europeu, haja vista a sua relevância na consecução de interesses da coletividade, não perdeu seu caráter essencial, exigindo do Estado, conseqüentemente, um tratamento diferenciado em relação às demais atividades econômicas – motivo pelo qual passaram a ser denominados

---

<sup>14</sup> GONÇALVES, Pedro Costa; Martins, Licínio Lopes. *Os serviços públicos econômicos...*, op. cit., p.180.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 32-3, São Paulo: 2014, Atlas, 27 ed.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 33.

“serviços de interesse econômico geral”<sup>17</sup>. Ademais, o Tratado de Amsterdão<sup>18</sup> introduziu a necessidade de se estabelecer um regime jurídico diferenciado para as atividades com essa caracterização, impondo aos seus prestadores certas “obrigações de serviços públicos”, a fim de que efetivamente pudessem cumprir suas finalidades, justamente pela sua essencialidade. A mesma dinâmica foi aplicada também em relação aos serviços de natureza social que, apesar de não serem de exclusividade estatal, exigiam proteção por parte do Estado, haja vista também a sua relevância social.

Nesse sentido, mesmo não mais desempenhando atividades econômicas (seja a título de serviços públicos, seja em regime de concorrência com o particular)<sup>19</sup>, o Estado passou, externa e indiretamente, a intervir na economia, limitando-se a fixar regras destinadas a regular a execução dessas atividades privatizadas, além de condicionar o comportamento dos agentes privados com o objetivo de coibir deficiências do próprio mercado ou de proteger outros valores relevantes para a coletividade.

De prestador de serviços passou a ser agente regulador – o que acarretou significativa diminuição de seu papel como interventor direto na economia, substituindo sua atuação por mecanismos de mercado fundados na iniciativa privada.

Inicialmente, a ideia de Estado Regulador tinha como objetivo a proteção e a garantia do livre funcionamento do mercado (ou seja, a finalidade da regulação estava diretamente ligada a objetivos econômicos). Porém, atualmente, é inconteste que os fins da regulação pública são destinados à garantia de outros valores de natureza social. Mesmo no seio da União Europeia essa concepção vem sendo desenvolvida e o Estado deve se valer de seu poder regulatório para proteger também direitos não econômicos, como: saúde, meio ambiente, consumidor, etc.

A respeito da dualidade de objetivos (econômicos e sociais) da regulação no âmbito da UE, Majone afirma que, num primeiro momento, as regras de livre mercado foram cruciais para

---

<sup>17</sup> MOREIRA, Vital. *Regulação econômica, concorrência e serviços de interesse geral*, p. 551. In Estudos de Regulação Pública, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

<sup>18</sup> Art. 16, do Tratado, que possui a seguinte redação: “*sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º e 87º, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões*” Vide comentário de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 111.

<sup>19</sup> No Brasil, após CF/88, o desempenho de atividade econômica em regime de concorrência com o particular configura exceção (quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou nos casos de interesse relevante coletivo – art. 173); no caso de Portugal, muito embora, por influência do DUE, houve uma substancial diminuição do setor empresarial público, a CRP ainda permite ao legislador a faculdade de instituir reservas públicas de mercado, além de atribuir ao Estado a titularidade dos meios de produção, juntamente com o setor privado e o cooperativo.

conceber o mercado único europeu e até as intervenções na área da regulação social tiveram suas justificativas por argumentos econômicos. Todavia, desde o Tratado de Maastricht (Tratado da UE), as intervenções voltadas para a proteção da saúde; das regras de segurança do trabalho; proteção ao meio ambiente e proteção dos consumidores não mais necessitavam de justificativas econômicas para se efetivarem. Para esse autor, o campo da regulação social fora um dos exemplos mais marcantes relativos à inovação política no seio da União Europeia”<sup>20</sup>

No entanto, não é porque o Estado tenha alterado a maneira de interferir no mercado, diminuindo as formas de intervenção direta enquanto executor e prestador de atividades de natureza econômica, que podemos afirmar, repita-se, que houve o “retorno” ao liberalismo clássico cuja principal característica era o abstencionismo estatal. Atualmente, regulação representa, portanto, uma intervenção indireta do Estado no domínio da esfera privada, a fim de condicionar o mercado e os agentes econômicos à consecução de interesses públicos. Nesse sentido:

Sendo cada vez menos um Estado intervencionista na economia, mas sem voltar a ser um Estado abstencionista, o Estado passou a ser crescentemente e primordialmente um Estado regulador. Tendo deixado de ser uma economia sob tutela pública, **a economia de mercado não deixou de ser uma economia publicamente regulada.** Junto com a defesa da concorrência e com as políticas de incentivo à atividade econômica, a regulação dos mercados constitui um dos pilares essenciais da ação econômica do Estado.<sup>21</sup>

Por conseguinte, partindo da ideia de que o mercado, a fim de garantir a livre concorrência e não comprometer direitos básicos dos indivíduos, não pode se regular sozinho, o Estado surge como garantidor desse equilíbrio, ou seja, a “*mão invisível do mercado*” (Adam Smith) é agora *deliberadamente apoiada pela mão visível da regulação.*”<sup>22</sup>

Diante desse quadro, passemos, pois, ao estudo, ainda que breve, da regulação que, conforme abordado anteriormente, sofre as mais variadas alterações conceituais, o que comporta pensamentos e teorias diversas acerca do assunto. Para elucidar a questão, mister se faz a análise de algumas delas:

---

<sup>20</sup> MAJONE, Giandomenico. *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, p. 71. Paris: 1996, ed. Montchrestein.

<sup>21</sup> MOREIRA, Vital. Texto elaborado pelo autor para o Programa da disciplina “Direito Público da Regulação”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 8. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>. Acesso em: 18/03/2018.

<sup>22</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra: 2003, Almedina.

## 1.2. Regulação: considerações gerais

O conceito de regulação é afeto a diversas áreas, mas sobretudo é uma definição que leva em consideração a economia, bem como a forma e intensidade pelas quais o Estado interfere no mercado. Assim, sob a perspectiva dos economistas, a regulação primordialmente “*é vista como um instrumento fundamental de correção das deficiências do mercado.*”<sup>23</sup> É um mecanismo que visa alcançar a eficiência na concorrência (a concorrência perfeita), corrigindo ou impedindo distorções que afetam esse patamar ideal. Na linguagem da ciência econômica, o estado ideal de concorrência perfeita está relacionado com a maximização do bem-estar social, ou seja, “*a maximização do excedente do consumidor com o excedente do produtor, isto é, dos resultados das empresas e dos benefícios dos consumidores.*”<sup>24</sup>

Entretanto, independente da área (sociologia; economia; direito) ou da escola econômica que se adere, mesmo porque o objetivo de nosso trabalho não é a abordagem econômica acerca do tema, é inconteste que o Direito entende que o objetivo da regulação é “*maximizar o interesse público.*”<sup>25</sup>

Partindo dessa ideia, dentre as diversas abordagens sobre regulação, optamos por dar ênfase a teorias que concebem o seu significado levando em consideração as finalidades que o Estado pretende atingir ao exercer a atividade regulatória (teoria do interesse privado; teoria do interesse público e teoria institucionalista).

Para a primeira teoria, a regulação seria uma atividade estatal que tem suas raízes fundadas em interesses de certos grupos econômicos. Assim, o Estado estaria apenas condicionado a atuar de acordo e sob a influência de interesses exclusivamente privados. Nos dizeres de Soares<sup>26</sup> : “*Do ponto de vista material, a regulação apenas sedimentaria os anseios dos agentes regulados. Ainda que disfarçadamente, de propósito ou não, os beneficiados com a regulação seriam grupos específicos, e não a coletividade.*”

Já a teoria do interesse público, contrária à anterior, aponta o Estado como o grande protagonista da atividade regulatória sendo exclusivamente sua a decisão de escolha quanto às formas de regular, porém, a sua conduta tinha que estar sempre condicionada ao alcance de interesses da coletividade, seja para proteger e corrigir falhas do mercado, seja para alcançar

---

<sup>23</sup> LEITE, A. Nogueira. *Lição inaugural do I curso de pós-graduação em regulação pública*, p. 494, in: Estudos de regulação pública, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 506.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> SOARES, Paulo Firmeza. *Teorias da regulação: interseção entre as teorias do interesse público e a teoria institucionalista*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46467&seo=1>>. Acesso em: 06/07/2018.

valores de natureza social, ainda que o mercado esteja atuando eficientemente. Assim, segundo ainda Soares:

Sob esse manto maior de interesse público, há a concepção econômica de bem-estar (*welfare economics approaches*), em que a intervenção estatal se justifica a fim de corrigir imperfeições do mercado ou ainda como uma forma de estimular ou aprimorar seu funcionamento, a concepção política substantiva (*substantive political approaches*), em que se almeja a concretização de valores sociais, sem uma grande preocupação com o aspecto do mercado perfeito, e a concepção político-procedimental (*procedural political approaches*), que privilegia a existência de um processo político deliberativo que estimule a relação dialética entre todos os envolvidos no fenômeno da regulação.<sup>27</sup>

Por fim, a última, cujo objetivo é conciliar as anteriores, reconhecendo a importância do momento histórico-social vigente, concebe a regulação como fruto de criação não só do Estado, mas também dos próprios agentes privados. Desconsidera o rigor das outras teorias e defende que a regulação é o produto resultante de vários interesses nem sempre comuns, que se colidem, e que caberia ao Estado a decisão política final de escolha quanto ao interesse preponderante, mas que deveria estar, obrigatoriamente, em consonância com as disposições constitucionais. Assim, nos dizeres de Laender *apud* Soares sobre a teoria institucionalista: “*se identificarmos o Estado não como o produtor isolado da regulação, mas como um dos agentes que integram o espaço regulatório, a consecução de políticas públicas pressupõe uma estratégia para que o ente regulador domine o jogo de poder e assuma o protagonismo do espaço regulatório.*”<sup>28</sup>

Há, ainda, quem adote um critério classificatório de regulação levando em consideração a natureza da finalidade que o Estado pretende atingir com a prática regulatória. Assim, se há intervenção pública em determinado setor com o objetivo de proteger o mercado, diz-se que a regulação é econômica, no entanto, se o objetivo é proteger outros valores extraeconômicos, ainda que o mercado esteja atuando adequadamente, diz-se que a regulação é social.

Nos dizeres de Hodge e Windholz, com vistas à proteção do mercado e à correção de práticas que coíbam as regras concorrenciais, a regulação econômica estaria “*baseada em valores de eficiência e concorrência, e geralmente envolve a correção de falhas ou imperfeições de mercado, como: monopólios, informação inadequada ou assimétrica, externalidades ou poder de barganha desigual.*”<sup>29</sup>

Todavia, várias são as abordagens e as concepções relativas à regulação social. Para uns, seria espécie de regulação econômica com a finalidade de interferir no mercado para coibir

---

<sup>27</sup> *idem.*

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> HODGE, Graeme A.; WINDHOLZ, Eric. *Conceptualizing social and economic regulation: implications for modern regulators and regulatory activity*; RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 27, set./dez. 2013; disponível em: [http:// dx.doi.org/10.12660, bibliotecadigital.fgv.br](http://dx.doi.org/10.12660, bibliotecadigital.fgv.br). Acesso em: 06/03/2018.

condutas dos operadores privados nocivas ao corpo social, como: degradação ao meio ambiente; danos ao consumidor; desrespeito à segurança dos trabalhadores.<sup>30</sup> A outra concepção aborda a regulação social como sendo aquela apta a alcançar resultados socialmente desejados, bem mais adequados do que aqueles que seriam atingidos por uma economia de mercado atuando de forma eficaz. Consideram, portanto, que o mercado é apenas um instrumento de política social para a consecução de interesses coletivos. Dessa forma, ao contrário da concepção anterior, a regulação econômica é que seria uma espécie de regulação social cujos objetivos desta última estariam voltados não só para coibir distorções do mercado, mas, sobretudo, para proteger valores mais relevantes, como: *“justiça, equidade e razoabilidade, coesão social ou solidariedade e reforço da confiança.”*<sup>31</sup>

Partindo dessa concepção, a regulação estatal é sobretudo um instrumento para a concretização e proteção de vários interesses públicos, incluindo-se, dentre eles, a própria garantia do funcionamento regular do mercado.

Diante de tais considerações, independentemente das diferentes abordagens acerca da finalidade da regulação, entendemos que a atividade regulatória implica numa intervenção indireta do Estado no domínio das relações privadas, condicionando o comportamento dos particulares à consecução de interesses da sociedade— sendo fruto, pois, de uma economia social de mercado que visa conciliar, em nome do interesse público, valores sociais e econômicos.

Para tanto, abrange a atividade normativa e de fiscalização, sendo tarefa, pois, do Estado-Administrador e do Estado-Legislator. Em relação ao primeiro, incumbe-lhe o papel de fiscalizar as atividades objeto de regulação; impor eventualmente sanções necessárias à consecução dos interesses que se pretende garantir, ou, ainda, o papel de regulamentador (que atualmente ambos são executados, precipuamente, pelas agências reguladoras independentes); já ao segundo, compete-lhe o papel de editar normas gerais e abstratas, dirigidas a todos, destinadas à proteção, seja do mercado, seja de outros direitos relevantes de natureza não econômica.

Entretanto, o presente trabalho, conforme já inicialmente exposto, terá como foco a regulação enquanto atividade normativa e, especificamente, aquela exercida pelo Estado-Legislator. Assim, pretende-se pesquisar a maneira juridicamente adequada de como o Estado deverá atuar no campo da esfera privada, intervindo sobretudo na economia, ao editar medidas legislativas de caráter intervencionista.

---

<sup>30</sup>Ibidem, p. 27.

<sup>31</sup> Ibidem, 28-30.

Nosso objeto de estudo será, portanto, a análise das medidas regulatórias de intervenção no mercado de natureza normativa. Assim, o Estado-Legislador, ao intervir no domínio econômico, sujeita-se apenas, nos moldes de um Estado de Direito, aos limites impostos pela vontade da lei, ou o legislador, ao editar medidas legais restritivas, sujeita-se a condicionantes e limites, ainda que possua liberdade de conformação legitimada pela “regra da maioria”?

Para respondermos a tal questionamento, é de suma importância que analisemos as normas jurídicas que disciplinam a ordem econômica de um país cujo conteúdo essencial se encontra inserido em seus textos constitucionais, pois é a Constituição o parâmetro normativo responsável por estabelecer a relação entre o Estado e a sociedade, traçando regras de organização e funcionamento do poder estatal e delimitando os seus limites. Assim, como a regulação é uma atividade estatal de intervenção na esfera privada, as suas condicionantes, portanto, devem estar explícitas ou implicitamente expressas nos textos constitucionais dos Estados Contemporâneos.

### **1.3. Regulação da economia e formas de intervenção do Estado no domínio econômico**

A questão de como o poder estatal interfere na esfera privada, sobretudo na economia, nos moldes de um Estado de Direito, depende sempre do sistema jurídico que, por sua vez, está condicionado às necessidades políticas e sociais de determinado contexto histórico. Conforme exposto, por diversas razões, o Estado já assumiu papéis de maior ou menor intervenção no domínio econômico.

Atualmente, falar em Estado regulador significa afirmar que o poder estatal optou por não mais desempenhar atividade econômica de forma direta, preferindo regular externamente o mercado, com vistas a proteger a livre concorrência e a liberdade de iniciativa ou outros valores sociais que poderiam se ver comprometidos pela lógica racional dos agentes econômicos. A respeito da regulação ser uma forma diferente de intervenção na economia:

A regulação é uma forma de intervenção do Estado na economia. Mas distingue-se claramente da anterior intervenção e mais claramente ainda do dirigismo. Pressupõe um contexto em que o mercado e a iniciativa privada são a ordem essencial da atividade econômica. Estado e economia não coincidem. É uma forma de intervenção característica de uma economia de mercado baseada numa decisão econômica descentralizada e alicerçada na livre escolha e livre iniciativa privada mas em que o Estado não se demitiu da prossecução de finalidades de interesse geral pois que garante, por seu intermédio, o funcionamento da concorrência e acautela certos interesses coletivos ou seja, determinadas obrigações de serviço público, ao mesmo tempo que previne certos riscos de funcionamento espontâneo dos mercados. O Estado continua, portanto, a “intervir”, só que o faz de modo diferente.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 16.

Diante disso, o Estado interfere diretamente no mercado quando desenvolve uma atividade econômica, seja em concorrência com o particular, seja a título de monopólio, ou até mesmo quando assume determinada atividade de cunho econômico como serviço público.<sup>33</sup>

No entanto, quando um ente estatal opta por não desempenhar diretamente tais atividades e transfere a sua titularidade aos agentes econômicos privados, limitando-se a estabelecer regras destinadas ao adequado funcionamento da atividade ou do próprio mercado, dizemos que sua atuação no domínio econômico é indireta – o que se dá mediante a execução de sua atividade regulatória.

Ocorre que a opção política inicial do Estado em adotar um modelo mais ou menos intervencionista na economia não deixa de ser uma forma de regulação em seu sentido mais amplo. Vale dizer: a adoção estatal por uma ou outra forma de atuação no domínio econômico, ditando normas nesse sentido também representa o exercício da atividade regulatória do Estado. Assim, por exemplo, quando o legislador português decide reservar mercado em relação a determinada atividade considerada básica, ou opta por liberalizar uma outra que antes era desempenhada pelo Estado a título de serviço público, ele está se valendo também de seu poder de regulação.

Logo, não se pode confundir o modelo (paradigma) de Estado Regulador (onde se predomina, por opção política, atuação indireta do Estado na economia) com a regulação propriamente dita. Mesmo nos modelos de Estado Liberal ou Prestador de Serviços havia exercício de atividade regulatória, assim como no Estado Regulador existem formas de intervenção direta na economia, muito embora não sejam essas preponderantes.

Portanto, a atividade regulatória normativa do Estado-Legislator está diretamente relacionada com a forma e a intensidade pelas quais o Estado intervém no domínio econômico, uma vez que determina a maneira de se condicionar o comportamento dos agentes privados e do próprio mercado.

Diante disso, importante apresentarmos um conceito jurídico de regulação cujo tema será objeto de abordagem a seguir.

---

<sup>33</sup> Há autores que defendem a ideia de que a assunção de atividades econômicas pelo Estado a título de serviço público não configura intervenção, uma vez que concebem essa expressão apenas quando o Estado atua numa esfera que não seja a sua, ou seja, quando interfere na esfera privada. Diante dessa concepção, a prestação de serviço público configuraria “atuação estatal” e não intervenção, pois o Estado estaria agindo dentro de sua esfera. *“Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público [...] Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública.”* Nesse sentido: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, op. cit., p. 91.

#### 1.4. A regulação no Estado Constitucional de Direito: construção de um conceito jurídico

Independente da teoria ou ponto de vista adotados, entendemos que a regulação estatal na economia é um instrumento pelo qual o Estado, sem desempenhar diretamente atividade econômica, condiciona o comportamento dos agentes privados, visando a promoção de algum interesse público. Para a consecução dessa finalidade, o Estado vale-se de sua atuação normativa, fiscalizatória ou até mesmo do fomento público. Dessa forma, a regulação estatal deve sempre ter como finalidade a busca pelo bem comum, ainda que seus objetivos sejam de natureza econômica.

A concepção de que o Estado é um instrumento para o alcance do bem comum fundamenta-se na ideia de que o poder estatal não é um fim em si mesmo, e sim um meio de se garantir direitos e promover a pacificação social, ao contrário de teorias que outrora pregavam a autonomia e o caráter absoluto do poder estatal, em que os indivíduos eram considerados meros instrumentos para a satisfação de interesses do próprio Estado.<sup>34</sup>

Logo, a intervenção na economia através da regulação estatal só se justifica se houver algum interesse ou direito a ser protegido. Não é compatível com os princípios democráticos de um Estado de Direito ingerências na esfera privada despropositadas. Carvalho Filho afirma que o “*Estado Regulador é aquele que, através de regime interventivo, se incumbem de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.*”<sup>35</sup> (grifo nosso)

Em resumo, podemos nos valer da definição de Sundfeld *apud* Marques Neto<sup>36</sup> sobre a regulação estatal, *in verbis*:

É dizer, toda a atividade do poder público no campo da economia que não implique nem na assunção da exploração direta de atividade econômica por ente estatal mesmo que em regime de mercado. A regulação estatal é, pois, uma forma de intervenção do poder público sobre o campo da economia, onde em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. Porém, trata-se de uma intervenção indireta, não demandante da assunção da exploração da atividade diretamente pelo poder público. Apesar de indireta (sem interdição absoluta da atividade à iniciativa privada, nem

---

<sup>34</sup>sobre o tema: MALUF, Yussef Sahid. *Teoria Geral do Estado*, p. 328, São Paulo: Saraiva, 2014, 31 ed. Em resumo, as teorias sobre a finalidade do Estado: teoria individualista, que concebe o Estado como um mal necessário; teoria totalitária, que defende a ideia de que o Estado é a concretização do absoluto; teoria dos fins intermédios, em que o Estado tem como finalidade a prosperidade pública. Ainda: Ataliba Nogueira *apud* MALUF, op. cit, p. 329, assim se pronuncia sobre a teoria dos fins intermédios: “*O Estado não é o fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É meio, visa a ordem externa para a prosperidade comum dos homens.*”

<sup>35</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 967, São Paulo: 2016, Ed. Atlas, 30 ed.

<sup>36</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*, p. 3, in: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 4, Novembro/dezembro de 2005/janeiro de 2006, Salvador, Bahia, Brasil. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/.../redae-4-novembro-2005-florian>. Acesso em: 10/03/2018.

exploração por ente estatal), a incidência da regulação, como de resto toda manifestação do poder extroverso, envolve alguma restrição à liberdade individual.

Ainda, Moreira afirma resumidamente que, dentre os mais variados conceitos, a regulação possui três concepções: uma que relaciona a atividade regulatória como sendo aquela que implica em intervenção do Estado na economia; uma outra que entende ser apenas a atuação do Estado, que não implica em uma intervenção direta na atividade econômica, mas cujo objetivo é, mediante o condicionamento de regras e fiscalização dos setores privados, condicionar o comportamento dos agentes privados em favor de interesses públicos (seja proteger o próprio mercado, seja proteger valores sociais, como: meio ambiente; saúde; consumidor, etc) e, ainda, uma concepção que considera regulação apenas a atividade normativa do Estado que, mediante edição de leis, intervém no domínio privado, sobretudo na economia. E, ao final, afirma reconhecer que a maioria da doutrina adota a segunda concepção, ou seja, seria toda atividade estatal que, apesar de não desenvolver atividade econômica propriamente dita, fiscaliza, controla e edita regras destinadas a interferir nas relações privadas com o objetivo de promover interesses essenciais.<sup>37</sup> Por fim, conclui o citado autor que: “...o conceito de regulação dever abranger todas as medidas de condicionamento de actividade económica, revistam ou não forma normativa [...] afirmando que o essencial para se entender seu significado é justamente a ação do Estado cujo objetivo “é o de alterar o comportamento dos agentes económicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado.”<sup>38</sup>

Sanches, por sua vez, atribui à regulação apenas o processo de criação de normas jurídicas disciplinadoras da atividade econômica, com o intuito de propiciar uma reconciliação entre o mercado e interesses sociais. Pois, para esse autor, o mercado não possui condições de se regular sozinho.<sup>39</sup>

Portanto, independente das mais variadas definições, conclui-se que a regulação pública, como toda atividade estatal, não é um fim em si mesma, mas um instrumento pelo qual o Estado pretende alcançar suas finalidades – finalidades essas voltadas à consecução de interesses da sociedade e dos indivíduos.

Por fim, sintetizando tal entendimento e atribuindo à regulação caráter econômico e social, Marçal a define como sendo toda “atividade estatal de intervenção indireta sobre a

---

<sup>37</sup> MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional e administração pública.*, p. 35, Coimbra: 1997, Almedina.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>39</sup> SANCHES, José Luís Saldanha, *A Regulação: História breve de um conceito*, p. 5-6., in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa: 2000.

*conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização de direitos fundamentais.”*<sup>40</sup>

Sendo, portanto, uma atividade do estado, compreende as funções administrativas de controle (fiscalização) e de regulamentação; de fomento (para alguns) e, também, a atividade normativa do Estado.

Todavia, essa atuação estatal, como todas as outras funções por ele exercidas, encontra-se subordinada ao Direito, estando o seu fundamento de validade expresso, implícita ou explicitamente, na maior parte dos países, em seus respectivos textos constitucionais, haja vista que *“a relação entre estado e economia e a influência do estado sobre o desenvolvimento económico tornaram-se nos últimos vinte e cinco anos um domínio fundamental do direito constitucional.”*<sup>41</sup>

Isso porque falar em Estado Contemporâneo é, sobretudo, falar em um Estado Constitucional de Direito subordinado não só à lei, mas sobretudo à Constituição – que passou a ter *status* de Norma Suprema<sup>42</sup>. O marco histórico da ascensão do Direito Constitucional foi o segundo pós-guerra, em que o positivismo jurídico e a letra fria da lei perderam seu prestígio e os princípios e ideais de justiça e valorização dos direitos humanos (que até então foram cruelmente desprezados) tiveram efetiva ascensão jurídica.<sup>43</sup>

Nesse contexto, a Constituição passou de mera carta política a ser o centro do sistema, possuindo força normativa, não somente sob o ponto de vista formal, mas sobretudo sob o aspecto material, a fim de efetivamente proteger os direitos fundamentais, coibir o abuso do poder político e evitar que as atrocidades, até então perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, fossem novamente cometidas em nome de uma legalidade destituída de legitimidade.<sup>44</sup> Segue o autor:

---

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 532.

<sup>41</sup> SCHEUNER *apud* MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, p. 9, Coimbra: 1979, Coimbra editora, 2 ed.

<sup>42</sup> Importante frisar que, sobretudo no constitucionalismo europeu, antes desse período não se atribuía às normas constitucionais força jurídica e sim o cunho de diretivas políticas carecedoras de tutela judicial quando descumpridas (ideia essa que influenciou por muito tempo a maioria dos países ocidentais), porém, conforme já exposto, essa concepção fora superada principalmente após o final da Segunda Guerra Mundial e, atualmente, a Constituição passou a ter força e caráter normativos, associada à ideia de supremacia frente às outras normas. Todavia, no direito europeu, em decorrência da integração política, social e econômica dos países que compõem a União Europeia e a conseqüente flexibilização do conceito de soberania, a norma constitucional tende a não gozar do *status* de “norma hierarquicamente superior”, pois *“enfrenta o desafio doutrinário de um mundo onde convivem inúmeras fontes normativas superiores. Todas aspiram à primazia, ou no mínimo, a igualdade hierárquica, e dentre elas se incluem, além do próprio direito constitucional, também o direito internacional e o direito comunitário.”* In: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 107. São Paulo: 2010, Saraiva, 2 ed. Ainda: pelo princípio do primado do direito europeu, o DUE possui prevalência sobre as normas internas dos Estados-Membros.

<sup>43</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 245.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 195.

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o **reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição**. No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias... Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito Contemporâneo é caracterizado pela passagem da **Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas de supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material**, axiológica. (grifo nosso)<sup>45</sup>

Ainda, o Estado Contemporâneo não é aquele que apenas se sujeita ao direito, mas também aquele cuja legitimação do poder tem origem na soberania popular, sendo, portanto, um Estado Democrático de Direito – um Estado Constitucional - cuja base é fundada nas normas constitucionais que, hoje, condicionam o exercício do poder estatal à vontade do povo com a finalidade de garantir seus direitos essenciais. Assim: “O **Estado constitucional** é “mais” do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*).”<sup>46</sup> (grifos do autor)

Logo, o texto constitucional, na atualidade, muito além de ser um instrumento propriamente político, representa a forma elementar de limitação e delimitação do poder estatal e de garantia efetiva dos direitos fundamentais.

Nessa seara, a regulação e o conseqüente nível de intensidade pelo qual o Estado intervém no domínio econômico dependem não só das exigências políticas, econômicas e sociais de uma sociedade, mas também do instrumento jurídico responsável por definir as relações entre Estado e economia e estabelecer as regras fundamentais da ordem econômica, qual seja, a Constituição – razão pela qual se mostra relevante o estudo da ordem econômica nas Constituições brasileira e portuguesa cuja abordagem será tratada adiante.

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 105-106

<sup>46</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 267, Coimbra: Almedina, 7 ed.

## 2. DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL E EM PORTUGAL

Conforme dito anteriormente, a regulação, no contexto de todo e qualquer Estado (Constitucional) de Direito, assim como qualquer atividade estatal, está condicionada a certas restrições destinadas à proteção de interesses dos indivíduos e da coletividade.

Assim, diante do exposto, nosso estudo tem como abordagem a verificação se a regulação normativa, por implicar numa ingerência pública sobre o domínio privado, estaria também sujeita a limites ou se, em decorrência do princípio de liberdade de conformação do legislador democrático, seria uma atividade estatal exclusivamente discricionária cujos contornos estivessem tão somente dependentes da vontade política do legislador.

A resposta para esse questionamento deve ser buscada levando em conta a forma pela qual os ordenamentos constitucionais tratam da intervenção do Estado, sobretudo no domínio econômico, pois as normas de caráter regulatório tendem a interferir na esfera privada, principalmente no mercado.

Dessa forma, a fim de se analisar os limites e critérios da atividade de regulação, relevante se mostra o estudo acerca da disciplina jurídica da ordem econômica no Brasil e em Portugal.

### 2.1. Ordem econômica e Constituição Econômica: considerações gerais

Antes de analisarmos as regras constitucionais, que tratam propriamente das formas pelas quais o Estado intervém no domínio econômico, importante abordarmos primeiramente o conceito de ordem econômica, que, segundo Eros Grau, pode ser definida como uma parcela da ordem jurídica que consiste num “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica..”<sup>47</sup>

Ainda, o autor conclui que a expressão “ordem econômica”, em seu sentido jurídico, possui semelhança ao que muitos chamam de “Constituição Econômica”.

O termo “constituição econômica” possivelmente foi utilizado pela primeira vez por Baudeau, por volta de 1771 (em um dos capítulos da obra *Première Introduction à la*

---

<sup>47</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 68, São Paulo: 2008, Melhoramentos, 13 ed. O autor diferencia a ordem econômica enquanto parte de um sistema normativo, da ordem econômica enquanto realidade; por isso menciona, respectivamente, as expressões “mundo do dever ser” (sentido jurídico) e “mundo do ser” (sentido fático, real). Dessa forma, quando afirma que a ordem jurídica de assemelha à Constituição Econômica, está fazendo alusão ao “mundo do dever ser”; ao “mundo do direito pressuposto”.

*Philosophie Économique*”), que representava o conjunto de preceitos jurídicos reguladores da sociedade econômica.<sup>48</sup>

Porém, apesar de ter sido vastamente utilizada pela literatura das ciências econômicas, tal expressão ganhou relevância e peso também no plano jurídico-político, tendo a Alemanha sido sua precursora, precisamente após a I Guerra Mundial, justamente por ter sido o país que mais sofreu as consequências econômicas do pós-guerra.<sup>49</sup>

A doutrina germânica estabeleceu, para caracterizar a Constituição Econômica, um contraponto entre o Direito Constitucional Econômico (normas fundamentais da economia) e o Direito Administrativo Econômico (que dispunha sobre normas de intervenção econômica do Estado). Ocorre que tal critério não foi suficiente para expressar em sua amplitude o Direito da Economia, tendo em vista que esse é um ramo peculiar, híbrido (apresentando características ora de direito público, ora de direito privado) que, na atualidade, serve para definir o regime jurídico geral da ordem econômica. E é a partir desse regime jurídico geral que são definidos os critérios e as regras de intervenção do Estado.<sup>50</sup>

Aliás, há quem afirme que a ideia de constituição econômica somente foi concebida após o período da primeira guerra, justamente por levar em conta as circunstâncias históricas relativas ao descrédito na autorregulação dos mercados, exigindo-se, conseqüentemente, uma atuação intervencionista do Estado.<sup>51</sup>

Dessa forma, muitos passaram a relacionar o surgimento de constituição econômica com o papel de maior atuação intervencionista do Estado. Isso porque as Constituições, editadas sob a égide do liberalismo econômico, não se preocuparam em regular, de forma sistemática e expressa, a ordem econômica (por óbvio que já existia, ainda que implicitamente, normas voltadas para proteção do mercado, mas essas não eram explicitamente descritas no sistema

---

<sup>48</sup> MOREIRA, Vital. *Economia e...*, op. cit., p. 9.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 20. Ainda: “*De facto, após a I Guerra Mundial, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Mexicana e a Lei Fundamental Russa de 1918, inauguram no seio literal-formal a consagração de normas e princípios sobre matérias econômicas e sociais, rompendo com a tradição das Constituições estritamente Políticas e espelhando o declínio ou abandono da Ideia de Estado Liberal puro, abstencionista quanto à «coisa econômica»*”, in: BASTOS, Lucas Feiteira Francisca. *A Constituição Econômica Europeia: conteúdo e significado*. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014/15. Disponível em: [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/LTF\\_MA\\_25051.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/LTF_MA_25051.pdf). Acesso em: 06/06/2018.

<sup>50</sup> FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, p. 11, Coimbra: 1993, Almedina.

<sup>51</sup> Vital Moreira, apesar de reconhecer que o conceito de constituição econômica nasce sobre esse “*sistema normativo-programático de uma ordem econômica a realizar*”, em que se faz necessária a atuação estatal para evitar distorções provocadas pelo autoridade de regulação do mercado, entende que essa visão é limitada e representa apenas um dos aspectos na teoria e no próprio conceito de constituição econômica. In: MOREIRA, Vital. *Economia e...*, op. cit., p. 35-6.

constitucional liberal). Bastava-se, à época, garantir apenas a propriedade privada, a livre iniciativa e a liberdade contratual.

Portanto, somente quando se sentiu a necessidade de efetivamente implementar políticas sociais e promover o adequado funcionamento do mercado (no sentido de garantir a sua própria preservação), é que as Constituições passaram a regular, de forma intensa, a ordem econômica. Dessa forma, “*A ordem econômica liberal*” fora “*substituída pela ordem econômica intervencionista*.”<sup>52</sup>

Nesse contexto, muito embora não precisamos necessária e exclusivamente associar a ideia de intervencionismo às normas que compõem a constituição econômica, sempre que uma regra econômica prever uma atuação estatal que, de alguma forma, restringe o campo da esfera privada, podemos afirmar que se trata de uma norma de caráter intervencionista. Isso porque “intervenção”, nesse caso, implica toda e qualquer intromissão e atuação numa esfera que não é a do interventor. Assim, quando o Estado age além da esfera pública, atuando na privada, existe intervenção.

Logo, como toda espécie de interferência, a regulação é atuação estatal de ingerência no domínio privado, ainda que de forma indireta (se tomarmos como perspectiva o fato de que, quando exerce sua atividade regulatória, o Estado não desenvolve atividade econômica propriamente dita).

Assim, conforme exposto anteriormente, as normas de intervenção estatal estão (sobretudo) previstas nas Constituições, apesar de não se exaurirem nos textos constitucionais. Sobre a atuação do Estado na economia e o caráter intervencionista das normas que regem a ordem econômica pós-liberalismo:

De uma banda, a *nova* ordem econômica (mundo do dever ser), além de não se exaurir no nível constitucional – deixe-se isso bem vincado –, da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas fundamentalmente, *normas de ordem pública*, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – *normas de intervenção*.

De outra, a nova ordem econômica (mundo do dever ser) no quanto se contém no nível constitucional, seu novo caráter retira principalmente da circunstância de estar integrada em Constituição *diretiva* ou ***dirigente***. (grifo do autor e nosso, respectivamente).<sup>53</sup>

<sup>52</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, *op. cit.* p. 72.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 73-74. O autor faz distinção entre Constituição dirigente (ou diretiva) e Constituição estatutária, expondo que a primeira contém normas definidoras de diretrizes, programas e fins a serem alcançados; já a segunda, apenas se exterioriza como um mero “instrumento de governo”, limitando-se a definir competências e regular processos. Por conseguinte, faz distinção também entre Constituição Econômica dirigente e Constituição Econômica estatutária, ao afirmar que a primeira encerra normas que contém diretrizes e definição do quadro de políticas públicas a serem implementados, sempre de acordo com seus objetivos e princípios; por outro lado, as constituições econômicas estatutárias apenas retratam a ordem econômica concreta, real. E, ao final, conclui que é no seio das Constituições diretivas que se inserem as “novas ordens econômicas”. Para aprofundamento do tema, ler: GRAU, Eros, *A ordem econômica na Constituição...*, *op. cit.* p. 76.

Diante disso, não obstante a existência de inúmeras formulações teóricas acerca dos objetivos e conteúdo das normas de uma constituição econômica e, pois, sem querer adentrar pormenorizadamente ou exaurir tal discussão (eis que tal não configura o objeto de nosso estudo), a noção de constituição econômica informa a ideia de um conjunto de princípios e normas fundamentais ordenadores da economia.

Partindo dessa concepção, há quem defenda que não são todas as normas que compõem o Direito Econômico que fazem parte da Constituição Econômica, mas apenas aquelas essenciais (seja em seu sentido formal ou material).<sup>54</sup>

Todavia - e esse é justamente o ponto de convergência de nossa discussão – é necessário estabelecer um critério de identificação dessas normas fundamentais. Vale dizer: essa escolha e identificação das normas que constituirão uma ordem econômica partem de uma decisão político-jurídica arbitrária, ou se baseia na própria realidade social?

A resposta para tal questionamento será de grande relevância para, inclusive, conseguirmos responder à outra questão cujo tema é o centro de nosso estudo, qual seja, se a forma pela qual o Estado exerce sua atividade regulatória é fruto apenas de uma decisão política do legislador democrático, ou depende e se encontra limitada a outros fatores.

No que se refere às formas de escolha das normas que irão compor o arcabouço de uma constituição econômica, segundo Moreira, deve-se levar em consideração o próprio processo econômico-social, a saber:

Se “a ordem jurídica não contém em si unidade e sistema”(Grim, *Recht*, 506), pois que só ganha estrutura própria e específica dentro de uma concreta formação social, pode, imediatamente assentar-se em que o critério de que resulte eventualmente a constituição econômica não pode procurar-se numa arbitrária escolha a partir do jurídico, mas sim a partir do próprio processo social em que o direito encontra seu fundamento, isto é, a partir do seu próprio objecto, o económico.<sup>55</sup>

Do exposto, partindo do critério de se verificar, previamente, o processo social e econômico para se chegar nos princípios que informarão a constituição econômica, o adequado é identificar no plano da realidade econômica vigente qual o seu elemento caracterizador – elemento esse que deve estar diretamente relacionado com a forma de se distribuir a titularidade da propriedade dos meios de produção (há que se analisar como é feita essa distribuição, definindo-se, pois, o próprio regime econômico a ser adotado).

---

<sup>54</sup> FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. *A Constituição Económica...*, op. cit., p. 17.

<sup>55</sup> MOREIRA, Vital. *Economia e...*, op. cit., p. 37.

Assim, as normas de uma constituição econômica (mundo do dever ser) são definidas segundo o modelo econômico concretamente considerado (mundo do ser). Nessa linha de raciocínio, assim afirma Moreira:

[...]. Ora, o direito não traduz uma abstração teórica, mas apenas formas típicas e concretas de relações económicas. Por isso mesmo, as normas ou instituições jurídicas em que se manifesta o sistema traduzem, desde logo, mais ou menos perfeitamente, uma determinada forma de organização e funcionamento do sistema económico. Também nesse aspecto integram a constituição económica.<sup>56</sup>

Por outro lado, tendo como premissa o fato de ser complexa e plural a realidade social (e, conseqüentemente, a econômica), o sistema econômico pode ser realizável sob diversas formas, sendo comum a existência de pontos de tensão – razão pela qual “*a forma económica é (pode ser) objeto de luta política.*”<sup>57</sup> Logo, é possível a instituição de uma constituição econômica cujas normas tendem a representar um novo modo de funcionamento do processo econômico (uma nova ordem econômica).

Em resumo, não podemos desconsiderar que a “nova” ordem econômica que se inaugura sob a égide de uma constituição econômica não é totalmente alheia da anterior e representa, muitas vezes, uma síntese de um complexo normativo criado a partir de uma realidade preexistente, podendo, ainda, por outro lado, existir conflitos entre essa ordem então vigente e aquela que se pretende inaugurar.

Ainda, é possível a existência de normas que, formalmente, estão previstas no texto constitucional que trata da economia, mas que não são essenciais ou fundamentais, e o contrário também pode ocorrer: podem existir normas econômicas que, apesar de fundamentais, não estão expressas na Constituição Econômica. Daí a ideia de constituição econômica material e formal, respectivamente.<sup>58</sup>

Em razão disso, apesar de existirem nas Constituições capítulos específicos sobre a ordem econômica, não podemos considerar que apenas os dispositivos normativos que lá se encontram fazem parte da constituição econômica. Essa abrange muitas das regras relativas aos direitos fundamentais de natureza econômica e social.

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica portuguesa...*, op. cit, p. 17 e ss. Os autores distinguem o conceito de constituição econômica material e constituição econômica formal, afirmando que o primeiro deve ser entendido como o conjunto de normas que são fundamentais para a economia (independentemente se dispostas ou não numa constituição), enquanto que o outro conceito considera constituição econômica apenas aquelas normas de traço econômico que estão expressas formalmente no texto constitucional. Nesse sentido, vide também: MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, op. cit., p. 69 e ss.

Além do que, a constituição econômica, assim entendida com um conjunto de regras e princípios essenciais ordenadores da economia, para ser considerada como tal, deve necessariamente consagrar determinado sistema econômico<sup>59</sup>, ou seja, deve estabelecer em seu bojo o conjunto de institutos jurídicos e sociais que irão definir principalmente qual a posição do homem em relação aos fatores de produção e, conseqüentemente, determinar a quem será atribuída a sua titularidade (se apenas ao setor privado, ao público ou a ambos)<sup>60</sup> -

Essa definição é crucial, pois possibilita distinguir os diversos sistemas econômicos, além de estabelecer, por conseguinte, o regime econômico a ser adotado. Diante dessa linha de raciocínio, é a partir da escolha do regime econômico que se poderá analisar, portanto, a forma de articulação do poder político com a realidade econômica e, conseqüentemente, verificar o nível e a intensidade de intervenção do Estado na economia. A esse respeito da definição do regime econômico e a conseqüente forma de intervenção estatal na economia, assim se posicionam Franco e Martins, *in verbis*:

A caracterização do regime econômico constitui uma moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua actuação financeira, tanto no plano das ideologias inspiradoras como no das instituições de enquadramento. Ela refere-se, naturalmente, a uma articulação complexa, que transcende em muito o mero domínio jurídico, ainda que o determine, na parte em que ordenação econômica visa configurar ou disciplinar certas regras ou critérios de intervenção, sendo ainda determinada por ele, na medida em que cada regime “se exprime” através da ordenação econômica (e da sua parte fundamental que é a Constituição econômica).<sup>61</sup>

Por fim, muito embora existam divergências doutrinárias relativas à teoria e ao próprio conceito de constituição econômica, podemos nos valer da definição de Vital Moreira, que a sintetiza como:

[...] o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada *ordem econômica*; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que (sic) garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.<sup>62</sup>

Logo, é a partir do estudo da Constituição de um Estado que nos permite verificar os limites e os critérios da atividade regulatória. Todavia, primeiramente, importante reservarmos um tópico específico, ainda que breve, acerca do sistema econômico capitalista, o mais antigo

---

<sup>59</sup> Os sistemas econômicos podem ser classificados segundo vários critérios. Todavia, independentemente do critério que se adote, o sistema econômico “*não é apenas objecto da Constituição Económica como ainda a enquadra e determina socialmente.*” Para aprofundamento da classificação dos sistemas, vide: FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica...*, *op. cit.*, p. 23 e ss.

<sup>60</sup> Há quem defenda, inclusive, que quando um texto constitucional não define o modelo de sistema econômico a ser adotado, não há que se falar em “Constituição Econômica”. A respeito: *ibidem*, p. 79.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>62</sup> MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, *op. cit.*, p. 41.

sistema da sociedade industrial e o que predomina ainda nos dias de hoje e, em especial, mas sob enfoques diferentes, nos regimes jurídico-constitucionais do Brasil e de Portugal – objetos de estudo da presente pesquisa.

### 2.1.1. O sistema capitalista

Trata-se de um sistema econômico baseado num regime que valoriza a livre iniciativa e a propriedade privada dos meios de produção (também conhecido como “sistema de mercado”; “economia livre”; “economia de mercado”, ou, ainda, “sistema da livre empresa”) cujos traços principais podem assim ser definidos:

- 1º. Um certo número de instituições jurídico-sociais típicas: o mercado, a empresa e o capital, a iniciativa e a propriedade privadas;
- 2º. Uma *técnica* evoluída e dinâmica na produção;
- 3º. Um *móvil* típico das atividades económicas, designadamente das produtivas; espírito de ganho, em especial na forma do lucro.<sup>63</sup>

É, portanto, um sistema cujas instituições económicas principais são o mercado, o capital e a empresa e que, contrariamente ao socialismo, baseia-se na valorização do regime da propriedade privada dos setores produtivos.<sup>64</sup>

Dessa feita, sob o ponto de vista jurídico, esse sistema se assenta sob dois princípios básicos: o da propriedade e o da liberdade de iniciativa privadas, além de se fundamentar, também, no princípio do (livre) mercado - que servirá de limitação às regulações externas, tudo isso associado ao “*domínio jurídico do contratualismo e do princípio da autonomia da vontade individual.*”<sup>65</sup>

Todavia, conforme exposto anteriormente, apesar de existir nas constituições económicas, sobretudo ocidentais, o predomínio pelo sistema capitalista e a valorização da livre iniciativa e propriedade privada, o Estado contemporâneo, a fim de salvaguardar o adequado funcionamento do próprio mercado, ou proteger outros valores extraeconômicos, muito embora tenha optado por não mais intervir de forma direta na economia (deixando, pois, desenvolver atividade económica propriamente dita), passou a atuar de forma indireta, valendo-se do seu poder de regulação, fixando um conjunto de regras e princípios jurídicos que constituem a base das Constituições Económicas atuais. Isso porque o Estado Contemporâneo é também um Estado Social, estruturado num sistema de uma economia (também social) de mercado.

---

<sup>63</sup> W. SOMBART *apud* FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>64</sup> No sistema socialista, o Estado é o principal detentor da propriedade dos meios de produção. Importante salientar que Portugal, ao adotar um sistema de economia mista, atribui a três setores a titularidade dos meios de produção: o setor público; o privado e o cooperativo (o assunto será tratado posteriormente em capítulo próprio).

<sup>65</sup> FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica...*, *op. cit.*, p p. 42.

Nessa seara, a fim de analisarmos se a atividade regulatória estatal está condicionada apenas à vontade (discricionária) do legislador infraconstitucional, ou se existem outros limites aos quais o próprio legislador deva se submeter, passemos, pois, ao estudo das normas que constituem a Constituição Econômica do Brasil e de Portugal, instrumento jurídico que constitui “*as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.*”<sup>66</sup>.

De crucial relevância, todavia, é enfatizar que devemos nos valer do conceito material de constituição econômica, no sentido de considerar como tal não somente as normas constitucionais referentes ao “título específico da economia”, pois a constituição econômica abrange também muitas das normas relativas aos direitos fundamentais de natureza econômica e social, estando diretamente associada também aos princípios essenciais da ordem constitucional global.

Seguindo esse raciocínio, pois, “*a constituição econômica funciona, assim (tal como os direitos fundamentais), como limite da liberdade de decisão política e de conformação legislativa, definindo as respectivas fronteiras, que não podem ser ultrapassadas, e determinando o respectivo sentido, que não pode ser invertido ou desviado.*”<sup>67</sup> (grifo nosso) – motivo pelo qual se mostra imprescindível o seu estudo para determinarmos os limites da atuação regulatória do legislador.

## **2.2. Disciplina constitucional da ordem econômica no Brasil: a Constituição (Econômica) Federal de 1988**

As regras que tratam da ordem econômica brasileira estão disciplinadas no Título VII, Capítulo I, da CF/88 que, em seu art. 170, enumera os seus princípios fundamentais, a saber:

### DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

<sup>66</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 151, Coimbra: 1991, Coimbra editora.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.153.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)  
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso).

Conforme se depreende do citado dispositivo, percebe-se que os seus enunciados estabelecem preceitos que dão prioridade não só à livre iniciativa, como também a outros valores relevantes de natureza não econômica, como: meio ambiente, defesa do consumidor, função social da propriedade. Importante frisar, todavia, que, além de ser um princípio da ordem econômica, a livre iniciativa é também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, da CF/88, a saber:

TÍTULO I  
Dos Princípios Fundamentais  
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I - a soberania;  
II - a cidadania  
III - a dignidade da pessoa humana;  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
V - o pluralismo político. (grifo nosso).

Diante desse quadro, o constituinte brasileiro traçou diversas formas de intervenção do Estado na economia, a saber:

### **2.2.1. Formas de intervenção direta**

#### **2.2.1.1. O desempenho de atividade econômica em concorrência com o particular (art. 173)**

Partindo de um modelo menos intervencionista, a CF/88 claramente abandonou a ideia de um Estado empresário (que desenvolve diretamente atividades de natureza econômica em concorrência com o particular), substituindo-o para um modelo de Estado Garantidor (ou regulador), apenas admitindo o desempenho de tais atividades a título de exceção, ou seja, quando for “necessários aos imperativos da segurança nacional” e nos casos de “relevante interesse coletivo”, conforme redação do art. 173, senão vejamos: “*Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado*

*só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional<sup>68</sup> ou a relevante interesse coletivo<sup>69</sup>, conforme definidos em lei.”<sup>70</sup> (grifo nosso).*

Dessa forma, o desempenho de atividades econômicas em regime de livre concorrência de acordo com a constituição brasileira é realizado, em regra, pela iniciativa privada. Todavia, caso existam as hipóteses excepcionais previstas no citado art. 173, o Estado deverá fazê-lo somente mediante lei e através da criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista.<sup>71</sup>

Logo, ao conferir ao Estado, ainda que de forma excepcional, a prerrogativa de desempenhar atividade econômica propriamente dita, o texto constitucional estabelece uma forma de intervenção direta no mercado, permitindo ao poder público a execução de tarefas em regime de concorrência com os agentes privados.

Importante frisar, contudo, que o constituinte brasileiro consagrou o sistema capitalista fundado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, atribuindo ao Estado, apenas de forma residual, a prerrogativa de intervir no mercado e desempenhar atividade econômica, sendo-lhe vedado, quando isso ocorrer, a concessão de privilégios, pois o fundamento da ordem econômica capitalista impõe a elaboração de normas uniformes para todos – “*sejam eles particulares ou entidades administrativas estaduais.*”<sup>72</sup> Por fim, podemos nos valer da lição de Marçal Justen Filho, que assim resume a intenção do legislador constituinte: “*A solução constitucional brasileira não deixa sombra de dúvida. Somente em situações excepcionais o Estado desempenhará atividade econômica propriamente dita, E, quando o fizer, será inconstitucional criar qualquer privilégio em seu próprio benefício.*”<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Segurança nacional é um conceito jurídico indeterminado que depende de condições históricas de cada país. Nesse sentido, representa “o conjunto de circunstâncias necessárias e indispensáveis à existência da soberania estatal e ao funcionamento das instituições democráticas.” Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 667.

<sup>69</sup> Expressão que exprime também um conceito jurídico indeterminado, mas que se relaciona com a ideia da existência de uma necessidade que transcende interesses meramente individuais e que seja comum a um número significativo de pessoas e, ainda, que seja de vital importância, *Ibidem*, p. 669.

<sup>70</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 24/01/2018.

<sup>71</sup> Entidades com personalidade jurídica de direito privado (conhecidas como empresas estatais) que compõem os quadros da administração pública indireta no Brasil. Atualmente, as empresas estatais ou são concessionárias ou prestadoras diretas de serviço público ou, ainda, prestadoras de atividade econômica monopolizada (Petrobrás, por exemplo), pois o texto constitucional vigente não mais admite a criação de empresas estatais para o desempenho de atividade econômica em concorrência com o particular, salvo nas hipóteses do art. 173. As instituições bancárias do governo federal (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil) foram criadas antes da CF/88. N.A

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 664.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 665.

### 2.2.1.2. Prestação de serviços públicos (art. 175)

O constituinte de 1988 percebeu que existem algumas atividades que, em decorrência da sua relevância no que tange à satisfação de necessidades vitais dos indivíduos, devem ser assumidas pelo Estado como serviço público. Tal é a redação do citado dispositivo constitucional, *in verbis*: “Art. 175. *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*”<sup>74</sup>

Em que pese discussões quanto à falta de técnica do legislador ao ter inserido aleatoriamente essa regra relativa à prestação de serviço público no Título II, destinado à disciplina da ordem econômica, pertinentes são as colocações do ex-Ministro do STF, Eros Grau, relativas ao art. 175, ao opinar que tal dispositivo não fora inserido indiscriminadamente, afirmando ser o serviço público uma espécie de atividade econômica que, por ser essencial à satisfação de direitos fundamentais, deve ser assumida pelo Estado, a fim de assegurar adequadamente o seu exercício, pois se prestada sob regime da livre iniciativa poderia se ver comprometida pela lógica especulativa do lucro empreendida pelo mercado. Assim, segundo esse nobre jurista, existem atividades econômicas em sentido estrito (que são aquelas que podem ser desempenhadas livremente pelas regras do mercado e as que são exercidas pelo Estado a título de monopólio, previstas no art. 177 – que serão objeto de estudo mais adiante) e as atividades econômicas em sentido amplo (que além daquelas, abrangem também os serviços públicos).<sup>75</sup>

Nesse sentido, assim preleciona Grau: “Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero, no qual se inclui a *espécie, serviço público.*” [...] Daí a verificação de que o gênero – *atividade econômica* – compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica.*” (grifo do autor).<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24/01/2018.

<sup>75</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, op. cit., p. 101.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 101. Nota: a noção de serviço público, muito embora comporte inúmeras concepções na doutrina, está diretamente relacionada à satisfação de interesses de ordem social, enquanto que a atividade econômica propriamente dita está diretamente relacionada à especulação lucrativa. Ainda assim, a opção por designar determinada atividade econômica como serviço público é fruto da “*captação, no universo da realidade social de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.*” Ibidem, p. 109. Ainda sobre serviço público: “*O elenco de serviços públicos não é fácil de se fazer. Depende do contexto político-social de cada país.*” [...] “*A criação de um serviço público não é uma simples decisão da Administração. É uma imposição constitucional, pois que o serviço público, inclusivamente o de natureza econômica, é indispensável para a criação de condições para a plena efetividade da democracia econômica e social.*”, in: MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito Público...*, op. cit. p. 169.

Dessa forma, o texto constitucional, em seu art. 175, ao atribuir ao Estado a obrigatoriedade de assumir algumas atividades a título de serviço público, conferiu-lhe o poder originário de intervir (diretamente) na economia e retirá-las do mercado, publicizando-as.

Porém, é importante salientar que a atribuição de uma atividade econômica à categoria de serviço público não pode ser uma escolha discricionária do Estado, uma vez que essa opção deve se limitar à ideia de atividades essenciais e que estejam diretamente ligadas à satisfação de direitos fundamentais, muito embora dependa das necessidades da sociedade em determinado momento histórico. A respeito desse assunto, assim se manifesta o ex-Ministro de Nossa Corte Suprema<sup>77</sup>:

Serviço público, assim na noção que deles podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima). [...]

Além disso, a alusão a atividades econômicas que não podem ser serviço público (*atividade econômica em sentido estrito*) evidencia a **impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público**. (grifo do autor e nosso).

Assim, a opção pela assunção de uma atividade econômica por parte do Estado a título de serviço público está condicionada à realização de necessidades essenciais. Corroborando com esse entendimento, assim preleciona Marçal:

Sempre que uma necessidade humana for uma manifestação direta e imediata dos direitos fundamentais (em especial, a dignidade humana), sua satisfação será imposta ao Estado como *serviço público*. Não é possível deixar que a satisfação da necessidade seja subordinada à livre iniciativa ou às leis de mercado. Se não existisse o serviço público, haveria o risco de que as necessidades de muitas pessoas não fossem satisfeitas.<sup>78</sup>

Diante desse quadro, o constituinte estabeleceu que determinadas atividades econômicas deveriam ser assumidas como serviço público atribuindo sua titularidade ao Estado, que poderá prestá-las diretamente ou criar uma entidade da administração indireta para fazê-lo, ou, ainda, transferir a sua execução, mediante concessão, permissão ou autorização e sempre através de licitação, para uma empresa privada.

---

<sup>77</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, *op. cit.*, p. 134-5.

<sup>78</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito*, *op. cit.*, p. 543. Nota: Importante frisar que, mesmo no caso da União Europeia, em que houve a liberalização para o mercado desses serviços públicos, transferindo não só a sua execução mas também a sua titularidade à iniciativa privada (privatização material), ainda subsiste essa mesma lógica de preservação dos direitos básicos dos cidadãos, uma vez que tais atividades, consideradas hoje “serviços de interesse econômico geral”, submetem-se a regimes jurídicos que se diferenciam dos regimes das demais atividades econômicas – o que justifica, conseqüentemente, uma atuação mais incisiva por parte do Estado regulador.

Frisa-se, contudo que, apesar de existir a subordinação de satisfação de direito fundamental para eleição de uma atividade como serviço público, essa opção reflete decisões políticas fundamentais, pois envolve a delimitação das funções estatais e também do âmbito reservado à iniciativa privada – o que caracteriza o caráter histórico dessa escolha, cabendo, de forma peculiar, a cada Estado o seu desenvolvimento.<sup>79</sup>

Por fim, a publicização de uma atividade econômica como serviço público importa numa intervenção direta na economia por implicar em diminuição das tarefas que poderiam ser executadas pela iniciativa privada<sup>80</sup>. Do exposto, “quanto mais amplo o universo dos serviços públicos, menor é o campo das atividades de direito privado.”<sup>81</sup> E vice-versa.

### 2.2.1.3. Atividades monopolizadas (art. 177 e art. 25, parágrafo 2º)

Já em outras situações, ao invés de eleger determinadas atividades à categoria de serviços públicos, o texto constitucional previu o exclusivo público, possibilitando ao Estado (nesse caso, a União) a prerrogativa de intervir no mercado e monopolizar determinadas atividades econômicas, como é o caso do petróleo e dos materiais nucleares, conforme redação do art. 177, a saber:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; [\(Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995\)](#)

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Ibidem, p. 572. O autor, de forma mais abrangente, enumera os pressupostos para caracterização de um serviço público no caso do direito brasileiro, afirmando que, muito embora a CF/88 faça várias referências às atividades que constituem serviço público, é necessário que haja regulamentação por lei infraconstitucional, podendo o legislador ordinário, inclusive, afastar a natureza pública e admitir livremente a sua prestação para a iniciativa privada em determinadas situações. Exemplo de atividade que, apesar de se subsumir ao modelo constitucional de serviço público, não é prestada integralmente pelo Estado são os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (previstas no art. 21, XII, a, da CF/88). Nesse sentido, afirma o autor: “*Mesmo os defensores da tese de serviços públicos por inerência constitucional reconhecem que nem todos os serviços de radiodifusão e de sons e imagens são serviços públicos.*” Para aprofundamento do assunto: ibidem, p. 573.

<sup>80</sup> Há quem entenda, conforme já exposto em N.R anterior (32) não se tratar de intervenção e sim de “atuação estatal. Nesse sentido: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, op. cit., p. 91.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 572.

<sup>82</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03/06/2018.

Importante salientar que o monopólio estatal de tais atividades não configura serviço público, mas o desempenho direto de atividade econômica propriamente dita, a título de exclusividade, em decorrência de configurarem setores estratégicos relevantes para o próprio desenvolvimento do país, representando, pois, uma decisão política do constituinte originário – cujo regime jurídico é, salvo algumas exceções por normas de direito público, de direito privado. A mesma lógica deve ser empreendida em relação à hipótese prevista no parágrafo 2º, do art. 25 (gás canalizado local cujo monopólio é dos Estados –Membros da federação brasileira). Acerca de serem atividades econômicas monopolizadas e não serviço público, Marçal aduz:

Não se confundem os serviços públicos com as atividades econômicas em sentido restrito atribuídas ao monopólio estatal. A Constituição determina que certas atividades serão prestadas sob regime de direito privado, mas se atribui a titularidade à União. Assim, está previsto, por exemplo, no art. 177, II, o monopólio da União sobre a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro. [...] Nessas hipóteses não se configura a satisfação direta e imediata de direitos fundamentais, nem a impossibilidade de exploração adequada e satisfatória por parte da livre iniciativa. A Constituição impõe o monopólio por razões políticas ou econômicas, visando assegurar o controle estatal sobre o desempenho de determinadas atividades.<sup>83</sup>

Dessa feita, a atribuição constitucional de exclusivos públicos, apesar de ser exceção, representa uma forma de intervenção estatal (direta) no domínio econômico por retirar do mercado a possibilidade de tais atividades serem exercidas pelos agentes econômicos privados, afastando, assim, a livre iniciativa e a livre concorrência.

### **2.2.2. Formas de intervenção indireta (art. 174)**

Segundo as normas constitucionais consubstanciadas no art. 170 e art. 1º, que valorizam a livre iniciativa e a elegem como um princípio fundamental não só da ordem econômica, mas também a consideram um fundamento do Estado Brasileiro, o desempenho direto de atividade econômica em concorrência com o particular, ou em regime de monopólio por parte do poder estatal, representa exceção, optando o constituinte de 1988 por um modelo de economia de livre mercado, conferindo ao Estado a função primordialmente reguladora. É o que estatui o art. 174, senão vejamos: “Art. 174. **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 indicativo para o setor privado.**”<sup>84</sup> (grifo nosso).

---

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 545.

<sup>84</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 24/01/2018.

A CF/88, portanto, elege a regulação como atividade preferencial do Estado. Nesse sentido, fazendo menção ao fato de o legislador constituinte não optar pelo desempenho direto de atividades econômicas em sentido estrito, dando primazia à regulação, Moncada, ao tratar da ordem econômica brasileira, assim expõe: “*O papel económico do Estado não fica, todavia, confinado à intervenção (indireta) de regulação, fomento e planificação. Mas a sua intervenção direta, enquanto empresário, é, como se viu, residual.*” [...] “*o estado empresário é substituído pelo Estado regulador.*”<sup>85</sup>

Ademais, em várias outras hipóteses, o fenômeno regulatório público é também tratado pelo texto constitucional. A título de exemplo, podemos novamente citar o art. 170 que, ao elencar os princípios da ordem econômica, elege como tal tanto a livre concorrência, como também a defesa do meio ambiente, do consumidor, além de exigir que a lei confira tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, etc. Essas premissas indicam claramente a função regulatória do Estado que, de uma forma ou de outra, deverá intervir (indiretamente) no domínio econômico editando normas capazes de garantir outros valores relevantes para a satisfação de interesses da coletividade. Tal é a redação do citado dispositivo, *in verbis*: “*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] (grifo nosso).*”<sup>86</sup>

Assim, além do citado art. 174, que menciona expressamente a atuação regulatória do Estado, o texto constitucional nos remete a essa atividade sempre que prevê alguma condicionante aos agentes privados, buscando, todavia, conciliar a livre iniciativa com outros valores importantes. Esse entendimento é exposto por Marques Neto<sup>87</sup>, a saber:

Para além da referência específica à função regulatória, **a Constituição contempla várias outras referências a aspectos da atividade regulatória estatal**. Já no *caput* artigo 170, ao enumerar os fundamentos da ordem econômica, o texto previu um complexo **equilíbrio entre o princípio vetorial da livre iniciativa, de um lado, e os objetivos da valorização do trabalho humano, da existência digna e da justiça social, de outro** (a oposição aqui indicada decorre do fato de que a livre iniciativa, levada às últimas conseqüências, pensada pelo ângulo do individualismo extremo, prescinde da busca de objetivos de ordem coletiva). Quando vamos aos princípios enumerados nos incisos deste artigo 170, vemos ladeados princípios de reserva à intervenção estatal (campo da liberdade) como a propriedade privada (inciso II) e a livre concorrência (inciso IV, este também já por si demandante de alguma intervenção estatal, ainda que não necessariamente redistributiva), com princípios inalcançáveis sem alguma intervenção de caráter distributivo tais como a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) ou a busca do pleno emprego (inciso VIII). Essa tensão, para mim, predica não uma contradição no texto constitucional, mas uma opção do constituinte pela atuação – confinada e conformada, como veremos

<sup>85</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito...* op. cit., p.114.

<sup>86</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24/01/2018.

<sup>87</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade...*, op. cit., p. 6.

adiante -- reguladora estatal, a qual, sem prescindir do campo da liberdade econômica (livre iniciativa), justifica uma intervenção reguladora apta a **(i)** assegurar as condições de permanência da liberdade econômica (assegurar a livre concorrência) e **(ii)** implementar objetivos de interesse geral (redução das desigualdades, etc). Temos aqui mais um viés fortalecedor da atividade regulatória estatal.

Logo, diante dos ditames relativos à ordem econômica impostos à atuação do Estado pela Constituição Federal Brasileira, extrai-se que o poder regulatório estatal não é integralmente livre e sujeito apenas à vontade política do legislador, uma vez que o próprio texto constitucional traça as diretrizes que o Estado deve seguir, bem como os objetivos que deve buscar ao se valer da regulação.

Por fim, podemos sintetizar as diversas formas de intervenção do Estado na economia segundo a ordem constitucional brasileira da seguinte maneira:

Formas de intervenção estatal:

1- Direta:

1.a. Serviço Público (art. 175)

1.b. Atividade econômica propriamente dita (sentido estrito).

1.b.1 Regime de concorrência (art. 173)\

1.b.2 Regime de monopólio (art. 177 e parágrafo 2º, do art. 25)

2. Indireta:

2. a. Regulação (Art. 174).<sup>88</sup>

Dessa feita, passemos agora a estudar a ordem econômica segundo a Constituição da República Portuguesa, a fim de verificarmos se o texto constitucional impôs ou não limites à regulação por parte do Estado-Legislator.

### **2.3. Disciplina constitucional da ordem econômica em Portugal**

#### **2.3.1. Análise dos dispositivos constitucionais da Constituição Económica Portuguesa e suas Revisões**

A Constituição da República Portuguesa trata da organização da economia precisamente em sua Parte II e desde sua promulgação, em 1976, relativamente ao sistema econômico, sofreu três principais revisões (em 1982; 1989 e 1997).

Porém, antes de falarmos especificamente das respectivas Revisões e do texto atual da CRP, mostra-nos relevante fazermos uma breve análise de seu texto originário, contextualizando-o, pois, com a ideologia da época em que fora promulgado.

Originariamente, em contraposição ao antigo regime, a CRP previa a transição para o socialismo (art. 2º), dando ênfase, pois, aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores,

---

<sup>88</sup> Classificação proposta por JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, op. cit., p. 541.

além de dispor sobre: a apropriação coletiva dos principais meios de produção e recursos naturais; o exercício democrático das classes trabalhadoras (art. 80º); garantia às nacionalizações e proibição de posteriores privatizações; possibilidade de realização de reforma agrária dos latifúndios e, ainda, previa a obrigatoriedade de se reservar ao Estado setores básicos da atividade econômica.<sup>89</sup>

À época, a respeito dessa ideologia socialista, a doutrina falava num conflito dentro do próprio texto, uma vez que a Constituição apresentava duas ideologias: de um lado, uma que representava uma nova ordem constitucional (liberal e democrática) e, de outro, uma Constituição dirigente e autoritária – ambas expoentes de duas legitimidades políticas (uma baseada no sufrágio cujos representantes eram a Assembleia da República, Governo e Presidente, e a outra com bases no Conselho da Revolução, respectivamente). Esse “conflito” somente foi resolvido com a primeira Revisão Constitucional (Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro), que, nos dizeres de Canotilho, destinou-se a eliminar “*fórmulas linguísticas típicas de narrativas emancipatórias*”<sup>90</sup>, tais como: “transição para o socialismo” (art.2º), “sociedade sem classes” (art.10º), etc.

Vieira de Andrade, ao tratar do sentido e unidade constitucionais, reconheceu que, à época de elaboração da Constituição de 1976, existiam duas forças políticas e ideológicas diversas e antagônicas que conferiu ao texto originário duas concepções: uma liberal (identificada com a teoria liberal-burguesa) e a outra socialista (identificada com a teoria marxista-leninista).<sup>91</sup> Mais adiante, todavia, o autor vem afirmar que o espírito do texto constituinte originário não se baseou na íntegra com a concepção liberal burguesa clássica, e que os traços socializantes marcadamente encontrados originariamente também não se confundiam nem se identificavam puramente com a teoria marxista-leninista (muito embora tenham, apenas num sentido meramente histórico, sido influenciados por essa teoria)<sup>92</sup>. E, ao final, chega à conclusão de que inequivocamente a redação originária da CRP consagrou a “*conceção antropológica*” do “*humanismo ocidental*”, enfatizando, ainda, ser também essa a posição adotada pelo professor Jorge Miranda.<sup>93</sup> Logo, o caráter socializante das propostas

---

<sup>89</sup> MARQUES, Maria Manoel Leitão. *A Constituição Económica Portuguesa depois da Revisão Constitucional de 1989*, p. 2, Coimbra: 1999, Centro de Estudos Sociais – CES. Disponível em: [ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/.../oficina-16](http://ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/.../oficina-16). Acesso em: 31/01/2018.

<sup>90</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, *op.cit.*, p. 208.

<sup>91</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 94, Coimbra: 2017, Almedina, 5 ed.

<sup>92</sup> Todavia, o próprio autor afirma que essa aparente influência “caiu definitivamente por terra” após a eliminação, pela Revisão de 1982”, da redação originária do art. 50º, da CRP., *ibidem.*, p. 100 (N.R).

<sup>93</sup> *Ibidem.*, p. 95.

constitucionais originárias decorreu de uma “conceção liberal moderna”<sup>94</sup> – que é a dominante nos países da Europa ocidental.

Assim, apesar de o texto constitucional ter apresentado originariamente propostas socialistas com viés marxista, a verdade é que na prática não existiu qualquer decisão política no sentido de efetivamente implementá-las; pelo contrário, os princípios socialistas foram paulatinamente sendo substituídos por opções marcadamente liberais, caracterizando o que Otero chama de um processo de “transfiguração da Constituição”<sup>95</sup> - que, apesar de formalmente continuar em vigor- vão ocorrendo modificações de interpretação de sentido, ou até mesmo materiais em seu texto, que descaracterizam seu conteúdo ideológico inicial.

Essa “transfiguração” pôde ser claramente evidenciada no âmbito da constituição econômica que, até mesmo antes das revisões ora citadas, sofreu uma “releitura” não oficial de seu texto, substituindo-se, na prática, as ideias e princípios de matriz marxista para uma efetiva economia de mercado. A respeito desse processo:

No âmbito da Constituição Económica, apesar de o texto constitucional originário apontar para uma economia com fortes componentes socialistas de matriz marxista, a verdade é que, desde que a Constituição entrou em vigor e até 2008, não existiu uma única nacionalização, assistindo-se a uma desvitalização e neutralização progressiva dos postulados marxizantes do modelo económico, substituídos, num primeiro momento, por via informal, por uma normatividade “não oficial” típica de uma economia de mercado, e, num segundo momento, após as revisões constitucionais de 1982 e 1989, por normas “oficiais” descomprometidas com o marxismo...<sup>96</sup>

Diante disso, inicialmente, o texto constitucional conferiu ao setor público e ao cooperativo maior relevo. Todavia, após as revisões de 1982 e 1989 esse cenário foi sendo modificado e, paulatinamente, deu-se maior destaque à iniciativa privada e as normas de cunho socialista foram sendo flexibilizadas em nome de uma menor interferência do Estado no domínio econômico. O princípio da apropriação coletiva *dos principais meios de produção* e o princípio da propriedade social foram mantidos na Revisão de 1982, mas a de 1989 tratou de substituí-los pelos princípios da apropriação coletiva *de meios de produção* (art.80º, alínea e) e da proteção do setor cooperativo e social da propriedade dos meios de produção, respectivamente.

A Revisão de 1982, apesar de manter algumas ideias originárias, tendeu a conciliá-las com as ideologias voltadas para a liberdade econômica, a propriedade privada e a livre iniciativa, definindo o setor privado como a regra (ainda que residual e sujeito a várias

---

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português. Vol. I. Identidade Constitucional*, p. 207, Lisboa: 2010, Editora Almedina.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 210.

restrições), além de atribuir certa importância ao setor cooperativo ou social e de reforçar o setor privado.

Mas, foi sobretudo através da revisão de 1989 que a ideologia eminentemente de cunho socialista foi suprimida, a fim de conciliar o texto constitucional com a efetiva realidade do sistema econômico em Portugal, sobretudo após a entrada do país na Comunidade Econômica Europeia – CEE (1986).<sup>97</sup> Ainda sobre a Revisão Constitucional de 1989:

Completo-se a descarga ideológica, eliminou-se a garantia das nacionalizações, atenuou-se o regime da reforma agrária, diminuiu-se ainda mais o papel do planeamento, desapareceu o objetivo do desenvolvimento da propriedade social. Não constituindo uma ruptura global com o texto constitucional antecedente, a revisão veio, no entanto, conferir à **constituição económica maior flexibilidade, ao alargar as possibilidades de combinação de formas de apropriação e de regulação**. (grifo nosso).<sup>98</sup>

Foi também objeto de alterações promovidas pela Revisão de 1989 a redefinição dos setores da propriedade dos meios de produção (o texto originário sempre previu três setores: o público, o privado e o cooperativo). Com a referida revisão, restringiu-se o setor público, criando um novo setor cooperativo e social (que “absorveu” o antigo setor cooperativo e também os setores comunitário e autogerido, que antes faziam parte do setor público), além de garantir indenização no caso de expropriações dos meios de produção abandonados (art. 89º-2).<sup>99</sup>

Portanto, as Revisões Constitucionais de 1982 e, sobretudo, a de 1989, sem desconsiderar a proteção dos trabalhadores e garantir-lhes participação democrática e direitos sociais, conferiu maior abertura ao mercado.

A livre iniciativa passou a ter o *status* de direito fundamental desde a Revisão de 1982 e a de 1989 passou a admitir as privatizações das empresas nacionalizadas, diminuindo, consequentemente, o tamanho do setor empresarial público. Ao fazer uma análise de ambas as revisões, Marques afirmou:

Em todo caso, o reforço do lugar e do papel do sector privado – tanto pelo aumento das garantias positivas, como pela atenuação ou supressão de limites e restrições – é um dos traços mais destacados do desenvolvimento constitucional operado pelas duas revisões constitucionais.<sup>100</sup>

Ainda, apesar de tais revisões não terem alterado o conteúdo material do texto originário, a primeira ampliou o rol dos direitos fundamentais (ao expressamente prever como tal a liberdade de iniciativa) e a segunda alterou de forma profunda as normas econômicas

---

<sup>97</sup> MARQUES, Maria Manoel Leitão. *A Constituição Económica Portuguesa depois... op. cit.*, p. 3.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 4

<sup>99</sup> De forma detalhada acerca das principais alterações promovidas pelas Revisões de 1982 e 1989, vide: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da... op. cit.*, p. 156-9.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 14.

originárias, que antes eram “*marcadas por inequívocas dimensões socializantes*”, sendo “*substituídas por uma outra constituição econômica aberta ao “mercado comum”*”<sup>101</sup>

Por fim, a Revisão Constitucional de 1997, influenciada pelo processo de liberalização da economia preconizado pela União Europeia, veio definitivamente abolir a apropriação coletiva dos meios de produção<sup>102</sup> e desconstitucionalizar a obrigatoriedade da existência de setores básicos fechados à iniciativa privada, conferindo ao legislador ordinário a faculdade e a discricionariedade de tal previsão cuja redação passou a ser a seguinte:

Art. 86º.  
Empresas privadas.  
1. [...]  
2. [...]  
3. **A lei pode** definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza. (grifo nosso)

Nesse contexto, em Portugal, atualmente, a Lei nº 88-A/97, de 25 de julho disciplina o acesso da iniciativa privada a determinadas atividades econômicas, vedando a sua participação (a não ser mediante concessão) nas atividades de: captação, tratamento e distribuição de água para consumo público; recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos; recolha e tratamento de rejeição de águas residuais urbanas; transportes ferroviários explorados ainda em regime de serviço público; comunicações por via postal que ainda configuram serviço público de correios.<sup>103</sup>

Anteriormente à Revisão de 1997, o Estado era obrigado a definir reservas ao setor público (hoje, isso é mera faculdade). À época, essa questão fora regulamentada pela Lei nº 46/77. Posteriormente, obtendo autorização da Assembleia da República, o governo editou o DL nº 406/77, que passou a permitir a abertura dos setores bancário e de seguros à atividade de empresas privadas – o que gerou questionamentos junto ao Tribunal Constitucional que, contrariamente ao entendimento, sobretudo da doutrina, decidiu pela sua constitucionalidade. O argumento era o de que a lei não determinava nenhuma reprivatização, ou seja, as empresas desse setor que tinham sido nacionalizadas assim permaneceriam, não ferindo, portanto, o até então vigente princípio da irreversibilidade das nacionalizações (hoje abolido).

Porém, tal não era o entendimento da doutrina, que defendia a tese de que a antiga lei das nacionalizações nacionalizou como um todo não as empresas em si, mas toda a atividade

---

<sup>101</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, op.,cit., p. 210.

<sup>102</sup> A Revisão de 1997, em seu art. 50º, substituiu a expressão “apropriação coletiva dos meios de produção” pela expressão “propriedade pública dos meios de produção”.

<sup>103</sup> GONÇALVES, Pedro; Martins, Licínio Lopes. *Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador*, p.181. In: Estudos de Regulação Pública, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

de seguro e bancária e que, portanto, abrir para a iniciativa privada esses setores feriria o princípio da irreversibilidade. Nesse sentido:

Se o que constituiu objeto de nacionalização foram o *sector bancário* e *sector de seguros*, tem de entender-se que é a esta *nacionalização*, nos exactos termos em que foi efectuada, que se refere a garantia da irreversibilidade constante do art. 83º/1. E, se assim é, parece dever concluir-se que a lei não pode autorizar a atividade de empresas privadas nestes sectores, uma vez que tal significa que eles deixam de estar nacionalizados. A *desnacionalização* do sector como um todo é inegável, ainda que nenhuma das empresas abrangidas pelo acto de *nacionalização do sector bancário* e do *sector segurador* tenha sido reprivatizada. Em resumo: a esta luz, uma tal lei viola a garantia das nacionalizações, tal como o texto constitucional a configura. <sup>104</sup>

Em resumo, não obstante pensamento diverso do TC, a doutrina à época defendia a tese de que nacionalização tinha como consequência não só a proibição de privatizar novamente a empresa nacionalizada, mas também a vedação de liberalizar para a iniciativa privada o exercício da atividade. A rigor, a nacionalização não atingia somente a propriedade privada, mas o próprio setor econômico e, por conseguinte, de acordo com esse raciocínio, a partir da nacionalização de uma empresa, o Estado estaria também automaticamente instituindo reservas públicas relativas à atividade a ela correspondente, vedando o seu exercício à iniciativa privada.

Apesar dessa divergência e, seguindo a linha de pensamento mais liberal adotada pelo Tribunal Constitucional, a CRP, através da já citada Revisão de 1997, desconstitucionalizou a obrigatoriedade de se instituir reserva ao Estado de setores básicos da economia, conferindo, assim, mera faculdade ao legislador.

No caso português, portanto, apesar de existirem ainda atividades vedadas à iniciativa privada conforme disposto na atual Lei nº 88A/97, houve uma diminuição significativa do rol de tarefas consideradas serviços públicos, pois a produção e a distribuição de energia, a gestão de sistemas de transportes ou de telecomunicações, por exemplo, deixaram de ser atividades de titularidade do Estado e passaram a ser liberalizadas para o mercado. No entanto, por ainda estarem diretamente relacionadas à satisfação de necessidades básicas dos cidadãos, passaram a ser conhecidas como “serviços de interesse econômico geral” cujo regime jurídico se difere das demais atividades econômicas, exigindo, conseqüentemente, uma maior atenção por parte do Estado Regulador.

Assim, atualmente, a CRP, não obstante as revisões que vieram garantir maior liberdade ao setor privado, enumera como princípios fundamentais da ordem econômica e social não só a sujeição da economia ao poder político, assentada na coexistência dos já citados três setores,

---

<sup>104</sup> NUNES, António José Avelãs. *A garantia das nacionalizações e a delimitação dos sectores público e privado no contexto da Constituição Económica Portuguesa*, p. 7, in: separata do Vol. LXI, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: 1985.

como também a liberdade de iniciativa – o que demonstra a preocupação do constituinte em conciliar interesses aparentemente conflitantes (sujeição da economia ao Estado *versus* livre iniciativa) - conforme se depreende da leitura do Art. 80º, *in verbis*:

Artigo 80.º

Princípios fundamentais

A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:

- a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático;
- b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;
- d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo;
- e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;
- f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais. (grifo nosso)

Nesse contexto, apesar da onda liberalizatória”, a CRP ainda confere ao legislador ordinário maior liberdade para a escolha da reserva pública dos setores básicos, o que implica dizer que é marcante o poder de intervenção estatal na economia em Portugal, se comparado às normas do DUE, podendo, teoricamente, tal reserva ser ampliada se as circunstâncias e a conjuntura política assim optarem.

Seguindo essa linha de entendimento, Alexandrino e Rebelo de Sousa, afirmam que, apesar da opção para a economia de mercado, definitivamente implementada pela Revisão de 1997, a ordem econômica portuguesa subordina-se aos princípios sociais, atenuando-se, assim, o sistema capitalista em Portugal, principalmente porque a CRP, conforme exposta, ainda mantém a presença forte do poder estatal de intervenção na área econômica.<sup>105</sup>

Amorim, ao caracterizar o modelo econômico adotado pela CRP, afirma que houve uma transição de um modelo de direção central e planificada da economia para um sistema de Economia Social de Mercado, possuindo, assim, uma configuração mista, mas que, como regra, aproxima-se mais com o de livre mercado (e enfatiza que esse é o adotado pela maioria esmagadora dos países).<sup>106</sup>

Ainda assim, mesmo com as alterações ‘liberais’ introduzidas pelas Revisões acima mencionadas, o legislador constitucional manteve a coexistência dos três setores de propriedade

---

<sup>105</sup>ALEXANDRINO, José de Melo; SOUSA, Marcelo Rebelo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*, p. 194, Lisboa: 2000, ed. Lex.

<sup>106</sup>AMORIM, João Pacheco de. *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 101.

dos meios de produção, a saber: público; privado e cooperativo ou social, conforme redação atual, a saber:

Artigo 82.º

Sectores de propriedade dos meios de produção

1. **É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção.**
2. O **sector público** é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas.
3. O **sector privado** é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte.
4. O **sector cooperativo** e social compreende especificamente:
  - a) Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza;
  - b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais;
  - c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores;
  - d) Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista.

Porém, a coexistência desses três setores não implica no crescimento desmesurado de um em detrimento de outro, ou seja, nenhum deles pode vir a ser extinto ou substancialmente prejudicado. Nesse ínterim, a iniciativa econômica, segundo o texto da CRP, possui também três formas de ser gerida (pública; privada e cooperativa).

É certo que a iniciativa pública não possui limites impostos pelo constituinte, a não ser conferir a própria existência dos outros setores. Nos dizeres de Canotilho e Moreira “a liberdade econômica pública é um dos traços mais característicos na constituição econômica da CRP. Nenhuma área econômica lhe está vedada, já que não existe qualquer reserva de iniciativa privada ou cooperativa.”<sup>107</sup>

Dessa forma, o constituinte, ao contrário do brasileiro, conferiu ao Estado português não só a possibilidade de desenvolver qualquer atividade econômica em concorrência com o particular, bem como previu (hoje mera faculdade) a possibilidade de instituir reservas públicas de mercado, limitando, conseqüentemente, o campo da iniciativa privada. Todavia, frisa-se desde logo que, erigida à categoria de direito fundamental, a liberdade de iniciativa, muito embora possa vir a sofrer restrições de mercado pela iniciativa econômica pública, não pode ser indiscriminadamente limitada a ponto de se ver materialmente extinta.

A respeito sobretudo da Revisão Constitucional de 1989, a doutrina portuguesa se diverge quanto ao fato de se ter promovido alterações substanciais nas normas da Constituição Econômica ao ponto de modificar o sentido global do texto originário de 1976. Para aqueles que entendem que o texto inicial continha um modelo econômico contrário ao da economia de

---

<sup>107</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da... op. cit.*, p. 165.

mercado (marxista-leninista), a resposta será afirmativa. Contrariamente, para aqueles que coadunam com o entendimento de que o modelo econômico do texto originário de 1976 sempre conferiu primazia ao mercado e à propriedade privada (apesar das fortes limitações decorrentes do dirigismo estatal voltado para transformações socialistas), afirmará que a referida Revisão não introduziu alterações profundas na vontade do constituinte originário, mas tão somente adaptou-as às normas liberalizantes do legislador europeu, alterando assim apenas o regime econômico que, de socializante e dirigista, transformou-se em um regime de intervenção estatal mais flexível.<sup>108</sup>

O embate ideológico, segundo a maioria da doutrina, conforme brevemente exposto, não identificou as propostas socializantes do texto originário às ideias marxistas-leninistas, nem tampouco atribuiu ao mercado um papel de único protagonista no “jogo econômico”. A ideia foi de conferir ao Estado a tarefa de apenas intervir na economia para assegurar valores não só econômicos, como também sociais - sempre que a lógica racional do mercado pudesse comprometer interesses constitucionais relevantes para a sociedade (daí se falar em “economia social de mercado”).

Em contrapartida, é inquestionável que a CRP, apesar das revisões de natureza liberais e que flexibilizaram as propostas inicialmente socializantes do constituinte, continua a atribuir maior liberdade ao Estado no que se refere à regulação da economia. Dessa forma, a fim de analisarmos se essa liberdade possui ou não limitações ou se subordina apenas à liberdade de conformação do legislador, relevante o estudo dos princípios constitucionais da ordem econômica em Portugal – tema esse que será objeto de estudo no item que se segue.

### **2.3.2. Fontes externas do direito português: as normas do direito europeu e as normas internacionais gerais e convencionais**

São fontes do direito português os princípios gerais da UE (e o próprio DUE) – que possuem caráter de supranacionalidade e têm prevalência sobre as demais normas do direito interno, inclusive sobre a Constituição.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica...*, *op.cit.*, p.150. Os autores coadunam com a interpretação segundo a qual o texto originário da CRP, muito embora tenha adotado inicialmente um regime econômico dirigista, sempre conferiu primazia à economia de mercado e, portanto, não sofreu alterações substanciais em seu sentido.

<sup>109</sup> Existe um consenso geral entre os Estados-Membros acerca da primazia e do efeito direto do DUE em relação ao direito interno, sendo comum os tribunais nacionais desaplicarem esse quando incompatível com o direito europeu. Todavia, há entendimentos, e podemos citar a jurisprudência constitucional alemã, de ser possível exercer um controle de constitucionalidade sobre normas do DUE contrários aos direitos fundamentais e a outros princípios constitucionais. A esse respeito: MACHADO, Jónatas. *Direito da União Europeia*, p. 71, Coimbra: 2010, Coimbra Editora, 1 ed.

Fazem parte também do ordenamento jurídico interno português as normas internacionais de natureza geral ou comum, que vinculam automaticamente o Estado e não dependem, portanto, de qualquer ato interno formal de recepção, além de possuírem natureza de norma constitucional, por força do n° 1, do art. 8º, da CRP.

Ainda, alguns princípios gerais de origem internacional com conteúdo económico vinculam também o Estado português e, por força não só do já citado art. 8º, 1, mas também por disposição expressa do art. 7º da CRP, constituem natureza de norma constitucional. São eles: o princípio da cooperação e o do desenvolvimento.

Já os Tratados ou acordos convencionais aos quais Portugal seja signatário devem ser ratificados pela ordem interna mediante ato próprio e, muito embora não possuam *status* de norma constitucional, têm prevalência sobre a legislação ordinária (têm carácter de suprallegalidade). Podemos citar, a título de exemplo, o Tratado que instituiu a Organização Mundial do Comércio, aderido desde o início por Portugal, e que prega, dentre vários princípios, o princípio da igualdade e o da não discriminação em razão da nacionalidade, além de estabelecer várias regras referentes à contratação pública e aos respectivos procedimentos de preparação e adjudicação de contratos públicos, dando ênfase à transparência nos concursos e à livre concorrência – regras essas que, posteriormente, foram aderidas pelo Direito Comunitário Europeu (Diretiva 2004/17/CE; Diretiva 2004/18/CE ). A respeito da similaridade substancial das regras internacionais de contratação pública da OMC com o Direito Europeu: “*Existe realmente grande semelhança material entre a disciplina material da contratação internacional e da europeia, razão pela qual as normas da OMC foram integradas nas duas Diretivas europeias de 2004 relativas à contratação pública...*”<sup>110</sup>

### **2.3.2.1. Princípios fundamentais do DUE: as liberdades de mercado como liberdades fundamentais. Considerações gerais**

Com a entrada de Portugal na Comunidade Europeia (1º de janeiro de 1986), é assente que o Estado passou a adotar todos os princípios fundamentais liberalizantes da economia preconizados pelo Direito Europeu. Assim, o direito europeu originário e o derivado possuem prevalência sobre o direito interno, sendo irrelevante em relação a esse último o nível hierárquico entre suas normas, pois as normas, como já visto, do DUE têm carácter de supranacionalidade, consoante disposições do art. 4º e art. 8º da CRP. Vale dizer que a ordem económica portuguesa é, primordialmente, a ordem económica europeia.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 41.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 33.

Diante disso, as liberdades expressamente enunciadas pelo TFUE – Tratado para o funcionamento da União Europeia (art. 26º e ss) são: a livre circulação de pessoas, de mercadorias, de capitais e de serviços e integram, portanto, a constituição econômica de Portugal.

Assim, nos dizeres de Canotilho<sup>112</sup>:

os princípios fundamentais da “constituição econômica comunitária”- liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais no espaço comunitário (incluindo a liberdade de trabalho assalariado, a liberdade de exercício de profissão e a liberdade de estabelecimento dos nacionais de todos os países da comunidade em qualquer Estado-membro, em igualdade de seus nacionais) e, por último, a concorrência – passaram a ser elementos integrantes da ordem jurídico-econômica portuguesa.

Logo, a formação de um mercado único interno, que “*constitui elemento central do processo de integração europeia*”<sup>113</sup> é, sem dúvida, objetivo essencial da UE, com vistas à implementação da criação de um espaço sem fronteiras destinado a garantir a prosperidade econômica, a coesão econômica e social, bem como as liberdades concorrenciais que, “*associadas ao princípio da não discriminação, têm constituído, desde o início do processo de integração europeia, importantes factores de promoção do mercado interno e edificação de um espaço de liberdade, segurança e justiça.*”<sup>114</sup>

Importante salientar que, apesar de não existir menção expressa no DUE acerca da natureza das liberdades de mercado, essas são consideradas direitos fundamentais pelo TJUE<sup>115</sup> que procura, na maior parte das vezes, pautar suas decisões no sentido de resguardá-las, justamente por representarem o “espírito” dos objetivos do processo de integração europeia na criação desse mercado único interno.

Diante disso, constitui dever do Estado português, a princípio, garantir tais liberdades.

Outra fonte do direito europeu é a Carta dos Direitos Fundamentais (CDFUE), que protege os direitos de liberdade de empresa e de propriedade, consagrados em seus art. 16º e 17º. Muito embora não preveja a possibilidade de coletivização ou vedação da iniciativa privada em setores da economia, o nº 1º, do art. 16º admite a sua regulamentação por lei interna de acordo com o interesse geral.

---

<sup>112</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, p. 951, Coimbra: 2007, Editora Coimbra, 4 ed.

<sup>113</sup> MACHADO, Jónatas, E.M. *Direito da... , op. cit.*, p. 269.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 270. Em relação à natureza de direito fundamental atribuída pelo TJUE às liberdades concorrenciais, preciosas são as palavras do autor: “*De resto, há muito que TJUE se vinha referindo às liberdades do mercado como direitos fundamentais.*” (grifo nosso).

Nessa seara, portanto, em razão do princípio da neutralidade do direito europeu, um Estado-membro pode até prever formas de nacionalização da propriedade privada ou impor restrições à liberdade de iniciativa, mas essas hipóteses devem estar condicionadas à existência de algum interesse público relevante. O mesmo podemos dizer em relação à liberdade de escolha de um Estado-membro no que tange à definição de seus setores públicos (art. 345º, do TFUE).

### **2.3.3. Princípios (internos) da Constituição Econômica Portuguesa<sup>116</sup>**

Os princípios previstos na CRP encerram a materialidade essencial do texto constitucional, correspondendo, portanto, as opções políticas fundamentais do Estado, possuindo “*força de conformação político-social que dá ao poder público o sentido e o limite (o fundamento) de toda a sua actuação.*”<sup>117</sup> O mesmo raciocínio se aplica aos princípios relativos à constituição econômica. Dessa forma, a atuação do legislador no que tange à sua regulação na economia deverá estar em conformidade, não só com o DUE, mas também com os seguintes princípios:

#### **2.3.3.1. Princípios gerais constitucionais de origem interna de natureza intervencionista<sup>118</sup>**

Conforme se observa, a CRP, apesar de adotar ideias liberalizantes após as já citadas Revisões, adota alguns princípios econômicos de cunho mais intervencionista, sendo, inclusive, questionados pela doutrina por ferir princípios fundamentais da UE e que, pois, merece uma análise mais acurada, a saber:

##### **a) Princípio da economia mista**

Esse princípio, elencado na alínea c, do art. 80º da Constituição, representa uma decisão de modelo econômico que pode ser interpretado sob dois aspectos: 1) a coexistência do mercado com uma economia estatal de direção central e planificada; 2) ou um modelo em que a ideia racional do lucro não pode estar presente em toda atividade econômica, admitindo-se, assim,

---

<sup>116</sup> Muito embora os princípios enumerados estejam previstos na CRP, para fins didáticos, utilizaremos, ainda que não na mesma ordem, a descrição doutrinária adotada por MONCADA, Luís Cabral de, in: *Manual Elementar de direito da economia e da regulação*, op. cit., p. 57 e ss.

<sup>117</sup> GUERRA DA FONSECA, Rui. *Comentários à Constituição Portuguesa*, vol. II; OTERO, Paulo (coord), p. 35, Lisboa: 2008, Editora Almedina.

<sup>118</sup> Optamos, por conta própria, em adotar a classificação de tais princípios (“intervencionista” ou “liberalizante”) levando em consideração a finalidade que cada qual busca alcançar e o consequente nível de intervenção estatal na esfera privada contido em seus preceitos.

que algumas atividades de cunho econômico devem ser assumidas como serviços públicos, em nome de interesses sociais incompatíveis com a lógica racional do mercado.

De acordo com a análise de outros dispositivos constitucionais (em especial a alínea “e”, do mesmo artigo), conclui-se que o legislador constituinte adotou a primeira aceção, ao prever um “planeamento democrático do desenvolvimento económico e social”, conferindo ao planeamento, pois, um *status* essencial à execução da economia. Moncada corrobora com tal entendimento, ao afirmar que:

A economia portuguesa não é assim de mercado, mesmo que social, mas *mista* ou seja, de mercado e planificada ao mesmo tempo. Esta conclusão é ainda reforçada pela alínea c) do referido art. 80º da CRP que apenas admite a iniciativa privada *no quadro de uma economia mista*. O planeamento não é um instituto acessório e marginal na lógica de um modelo de mercado predominante; é um instituto fundamental da ordem económica portuguesa e aspeto essencial da respectiva caracterização.<sup>119</sup>

De fato, entender esse princípio de acordo com a segunda concepção seria conferir ao modelo económico português um aspecto plural com a admissão da coexistência de várias lógicas, sobretudo a do lucro e a do serviço público (ou dos serviços de interesse coletivo), pois a ideia pura e racional do mercado não poderia ser a única a presidir a atividade económica. Existem outros valores a serem alcançados pelo Estado, a fim de efetivamente garantir os direitos fundamentais dos indivíduos.

Todavia, não é apenas sob essa perspectiva que a economia de Portugal é mista. É mista sobretudo por conferir ao planeamento a força propulsora do modelo económico: admitir a existência de atividades que, apesar de possuírem natureza económica, possuem tratamento diferenciado em nome de interesses sociais, não exige planeamento da decisão económica. Porém, o constituinte português, repita-se, elegeu o planeamento como um princípio autónomo da ordem económica – o que caracteriza primordialmente o princípio da economia mista que por ora tratamos.

Ainda: poder-se-ia entender que a economia é mista pelo fato de a CRP prever, na alínea “b”, do já citado art. 80º, a coexistência dos três setores da propriedade privada dos meios de produção<sup>120</sup> (o público, o privado e o cooperativo), cada qual com sua lógica económica específica. No entanto, a essência desse princípio económico é sobretudo a coexistência do mercado e do planeamento. Nesse sentido, assim se pronuncia Moncada: “*Como se disse, de acordo com a CRP, mista é a economia porque mercado e planeamento coexistem, não apenas porque lucro e serviço de interesse económico geral estejam presentes ou porque a CRP*

---

<sup>119</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 78.

<sup>120</sup> Essa é a opinião de Canotilho e Moreira. Acerca do assunto, vide: CANOTILHO, Joaquim José Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, p. 958

*garanta a coexistência de diversos setores se propriedade dos meios de produção e várias iniciativas económicas.* “<sup>121</sup>

Ao tratar do sentido da expressão “economia mista”, Guerra da Fonseca também coaduna com a ideia de que tal expressão nada tem a ver com a coexistência dos três setores de produção, afirmando, ainda, que “*Constituição de economia mista pode bem identificar-se com “Constituição intervencionista numa economia de mercado.”*” <sup>122</sup>

Por fim, Moncada afirma que tal princípio não encontra similaridades com os ordenamentos constitucionais dos Estados-membros da UE ou até mesmo com o direito europeu, indo de encontro com a ordem europeia da economia, devendo, pois, ser desconsiderado pelo intérprete, em decorrência da prevalência que possui o DUE sobre a ordem jurídica interna. <sup>123</sup>

Em que pese a posição do autor, em decorrência da pluralidade de interesses que são abarcados pela CRP, entendemos que esse princípio, ao invés de ser “desprezado”, deve ser conciliado com os demais princípios da ordem econômica portuguesa, em nome de se preservar a unidade constitucional, interpretando-o, ainda, de acordo com o DUE. Assim, o princípio da economia mista tem como fundamento “*a presença tanto da decisão pública como da decisão privada.*”<sup>124</sup>

Em última análise, apesar de se adotar, como regra, a economia de mercado, o princípio da economia mista encerra uma opção do legislador constituinte por um Estado preocupado em “humanizar” essa regra, condicionando a iniciativa privada aos ditames da justiça social. Seguindo essa linha de pensamento, Guerra da Fonseca assim se pronuncia: “*Se o motor da economia é o mercado e as liberdades dos seus agentes não públicos, “a cláusula de bem-estar, pode dizer-se, humaniza a economia de mercado, vincula a livre iniciativa ao progresso social, permitindo até na existência de uma “economia de mercado social” ou “economia social de mercado” ou, como parece preferível à luz da ordem jurídica portuguesa, em economia mista de bem-estar.*” <sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 80.

<sup>122</sup> GUERRA DA FONSECA, Rui. *Comentários à Constituição...*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>123</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 78.

<sup>124</sup> GUERRA DA FONSECA, Rui. *Comentários à Constituição...*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 65

## **b) Princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático**

Previsto na alínea “a”, do art. 80º, esse princípio representa a máxima da intervenção estatal na economia, pois muito mais que apenas regular o mercado, tal princípio determina a sua sujeição à vontade política do Estado.

Assim, a fim de que esse princípio esteja compatível com as normas liberalizantes da UE, é necessário que se faça uma leitura de seu texto com os demais dispositivos constitucionais relativos à ordem econômica, sobretudo à livre iniciativa. Vale dizer: a vontade política do legislador pode sim determinar “as regras do jogo” no que se refere à economia, controlando a atividade econômica privada, mas somente quando essa atividade puder comprometer outros valores constitucionais, garantindo, assim, os fins últimos do Estado Democrático de Direito.

Tal é o entendimento de Canotilho e Moreira, ao afirmarem que a subordinação do poder econômico à vontade do poder democraticamente legitimado é uma forma de o Estado controlar o poder do mercado, a fim de evitar abusos e violações às regras de livre concorrência ou até mesmo para proteger outros valores de natureza social que poderiam se ver comprometidos pela lógica racional do mercado.<sup>126</sup>

Nota-se que essa questão é crucial para nosso estudo, eis que trata justamente da liberdade de conformação do legislador democrático e dos limites estatais de intervenção na economia.

Entender de modo diverso, atribuindo ao legislador a prerrogativa ilimitada e discricionária de subordinação da economia à sua vontade política, seria admitir um excesso de poder estatal em detrimento das liberdades individuais e o consequente esvaziamento do princípio da liberdade de iniciativa – princípio esse preconizado tanto pela CRP quanto pelo DUE.

Logo, o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático deve ser entendido como a sujeição da economia aos fins sociais, ou seja, entender que o mercado não é um fim em si mesmo, devendo ser entendido como um instrumento de desenvolvimento social e de satisfação dos direitos fundamentais - e é justamente essa concepção que serve de parâmetro justificador do legislador ao regular a economia.

---

<sup>126</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 957.

**c) Princípio da propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção e sua apropriação pública e o princípio da vedação da atividade privada nos setores básicos**

Previsto na alínea “d”, do art. 80º, esse princípio garante ao Estado a propriedade pública sobre todos os recursos naturais (uma vez que o constituinte se vale da preposição “dos”). E, no mais, a própria CRP enumera os recursos naturais públicos. Já em relação aos meios de produção (pela preposição “de” significa que o legislador limitou a propriedade pública sobre alguns, não todos), caberá ao legislador infraconstitucional a sua definição. Assim, nos dizeres de Moncada, *“pelo que toca aos recursos naturais, é indiscutível a imperatividade da propriedade pública (não necessariamente estatal) de todos eles. Já no que toca aos meios de produção fica ao critério do legislador a sua determinação em concreto de quais os bens a ser objeto daquela apropriação (não necessariamente estatal) e qual regime jurídico da respetiva apropriação.”*<sup>127</sup> Ainda: o texto constitucional limita a atuação do legislador ao condicionar à existência de “interesse coletivo” para a propriedade pública.

Ocorre que, em relação à apropriação pública dos meios de produção (art. 83º), o constituinte se remete ao legislador ordinário a definição das hipóteses, não fazendo qualquer menção expressa quanto à necessidade da existência de interesse público. Nesse contexto, ao legislador cabe maior liberdade, ou está o mesmo sujeito à existência de um interesse coletivo?

Há quem entenda que tal dispositivo tem que ser interpretado levando-se em conta essa condicionante. A doutrina entende que o legislador ordinário possui maior discricionariedade para estabelecer a intensidade da apropriação pública dos bens privados, mas que essa liberdade, todavia, tem que estar condicionada à existência de um interesse público, respeitadas outras regras e princípios constitucionais. Nesse sentido:

Deve-se notar, em conformidade, que a *apropriação pública de meios de produção*, não sendo subsidiária da apropriação privada, não é inteiramente livre pois que deve estar limitada pelo *interesse coletivo*, nos termos da referida alínea d) do art. 80º. A CRP exige, ao menos, um fundamento jurídico claro para a *apropriação pública* daqueles bens. Apesar de o limite do referido *interesse coletivo* estar previsto apenas para a *propriedade pública* (art. 80º) e não para a *apropriação pública* (art. 83º), uma interpretação adequada estende-se à referida apropriação pois que esta é apenas o título adequado para constituir a referida propriedade e não algo de substancialmente diferente dela.<sup>128</sup> (grifo do autor)

Assim, muito embora exista liberdade soberana do legislador até mesmo em definir o interesse coletivo justificador para instituição de propriedade pública, é de se concluir que essa discricionariedade se subordina à existência de outros interesses ou valores protegidos

<sup>127</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito...* op. cit., p. 86.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 86.

constitucionalmente e não compreende propriamente a um modelo econômico paralelo ao mercado, sendo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado também à apropriação pública.

Princípio também que representa uma clara e direta intervenção na economia é o que estabelece a vedação da iniciativa privada em alguns setores básicos – permitindo ao legislador a faculdade (não mais obrigatoriedade, conforme redação originária da Constituição) de instituir reservas de mercado ao setor público (art. 86º, 3).

Apesar de Portugal, conforme dito anteriormente, ter adotado políticas mais liberalizantes e diminuído o setor empresarial público, o texto constitucional não previu expressamente qualquer condicionante de interesse público hábil a limitar o critério de escolha do legislador ordinário ao estabelecer a referida reserva (ao contrário do que previu em relação à instituição da propriedade pública dos meios de produção) – o que nos faz concluir que a CRP conferiu ampla liberdade à vontade política do legislador nesses casos.

Dessa forma, muito embora a tendência do Estado português, nitidamente influenciado pelas regras do DUE, seja optar pela diminuição de seu setor empresarial, o legislador ordinário pode, a qualquer tempo nos termos desse dispositivo constitucional, ampliar, sem qualquer tipo de restrição expressa, esse setor. A esse respeito, assim se posiciona Marques: *“Tal reforço do sector privado não significa, no entanto, que o novo texto constitucional contenha em si qualquer impedimento a uma eventual nova expansão do sector público, se as forças políticas dominantes em cada momento o entenderem.”*<sup>129</sup>

Diante desse entendimento, deparamo-nos novamente com a problemática de nosso estudo, qual seja, o poder regulatório de intervenção do Estado nesse caso se sujeita apenas à vontade política do legislador democrático, podendo a lei expandir aleatoriamente o setor público e lhe reservar qualquer atividade econômica considerada “básica”, ou essa escolha está condicionada a critérios e limites?

Devemos buscar essa resposta, repita-se, atentando para os princípios fundamentais da Constituição Econômica portuguesa, interpretando-os de forma sistêmica, no sentido de evitar o esvaziamento do conteúdo material de suas normas fundamentais, sobretudo em relação ao direito à liberdade de iniciativa (direito fundamental não só da CRP, mas também do DUE).<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> MARQUES, Maria Manoel Leitão. *A Constituição Econômica Portuguesa depois... op. cit.*, p. 13.

<sup>130</sup> Existem acórdãos do Tribunal Constitucional português que falam em possíveis limitações ao poder discricionário do legislador sem que isso afronte o princípio de liberdade de conformação, sobretudo em matéria de regulação. Assim, para questionar a constitucionalidade de uma medida legislativa, O Tribunal exige que a legislação tenha sido *“manifestamente inadequada”* ou que tenha existido *“erro manifesto de apreciação”* por parte do legislador – Vide acórdão do TC (AC. TC. 108/99, DR, II, 104/99).

Ainda sobre a possibilidade constitucional da reserva pública de mercado e a consequente vedação de setores da atividade econômica à iniciativa privada, há autores que entendem ferir “*frontalmente um dos princípios mais importantes da ordem europeia da economia, o da livre circulação de capitais, consoante do art.63º e ss. do TFUE.*”<sup>131</sup> Argumentando, ainda, que o DUE, segundo a regra da neutralidade, até permite a propriedade pública (apesar de ter que se sujeitar às regras concorrenciais); o que não se permite é a proibição de determinados setores econômicos à iniciativa privada, por ferir a liberdade de iniciativa, a livre circulação de capitais e o funcionamento regular do mercado.<sup>132</sup>

Não obstante tal posicionamento, entendemos que a instituição de reserva pública de mercado, justamente por não ser vedada expressamente pelo DUE, não fere de imediato os princípios fundamentais do direito europeu, desde que o Estado-membro o faça sempre visando interesses públicos legítimos. Nos dizeres de Canotilho e Moreira, essa possibilidade representa uma “*garantia de controlo público sobre aspectos fundamentais da economia.*”<sup>133</sup>

#### **d) Princípio do planeamento democrático do desenvolvimento económico e social**

Previsto na alínea ‘e’, do art. 80º, esse princípio não configura a total planificação socialista da economia (conforme pretendia o constituinte originário), nem tampouco, por outro lado, representa um planeamento propriamente privado. A redação original da Constituição previa um planeamento centralizado instrumentalizado num só documento e que servia, inclusive, de fonte para a elaboração do próprio orçamento do Estado.

Com a Revisão de 1989, extinguiu-se a exigência de um instrumento unitário e central, passando a ser substituído por vários planos, além de possuir carácter democrático, valorizando, assim, a participação de seus destinatários.

Ainda, apesar de ser dado tratamento principiológico ao planeamento, esse deve ser entendido no âmbito do contexto atual da economia, sobretudo da europeia.

Ademais, os objetivos desses diversos planos descentralizados não possuem natureza exclusivamente econômica, mas também procura atender a outros valores de natureza social.

Nessa seara, importante enfatizar que um planeamento que busca o desenvolvimento econômico e social não pode ser confundido com simples crescimento econômico; transcende

---

<sup>131</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 87.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.88.

<sup>133</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...,op. cit.*, p. 959.

à economia de mercado, com vistas a conciliar os interesses não só mercantis, mas também os relativos à proteção do meio ambiente; à adequada ordenação do território; à saúde, etc.<sup>134</sup>

Importante destacar que os planos, apesar de serem instrumentos de coordenação e de direcionamento da atividade econômica, não possuem força cogente e, pois, não devem vincular diretamente as empresas privadas. Tal é o ensinamento de Canotilho e Moreira:

Mas os planos não se substituem ao mercado. Desde logo, eles não podem vincular directa e imediatamente as empresas, pelo menos as exteriores ao sector público, que nem sequer estão sujeitas a tutela pública. O planeamento não é “imperativo”, mas apenas indicativo.

Portanto, diante do posicionamento da própria doutrina e, muito embora a CRP adote o planeamento como princípio da ordem econômica, o que prevalece é a opção à economia de mercado e não à economia planificada. Economia essa de mercado que, por ora, a fim de proteger o próprio mercado ou outros direitos constitucionais relevantes, sofre restrições por parte do Estado regulador.

Assim, não nos resta dúvida de que, muito embora existam interferências da atividade regulatória estatal no domínio da esfera privada, essa ingerência deve se condicionar levando em conta a economia de mercado como fator relevante e limitador de sua própria atuação.

Seguindo essa orientação, pertinentes as observações de Canotilho e Moreira, ao afirmarem que o planeamento da economia, por um lado, deve ser orientado pelo poder político, no entanto, por ser democrático, deve contar também com a participação de segmentos da sociedade civil.

É certo que, após as sucessivas revisões constitucionais, o planeamento passou a ter caráter descentralizado, devendo ser orientado no sentido de não esvaziar por completo a livre iniciativa privada e a liberdade de empresa. A esse respeito: “*Evidentemente, o princípio do planeamento económico não pode legitimar nem uma restrição desproporcionada da liberdade de iniciativa e de organização empresarial (al.c), nem uma limitação excessiva do princípio da economia de mercado e da concorrência. (cfr. nota IX)*”<sup>135</sup>

#### **e) Regra da maioria**

De natureza democrática, que valoriza a atuação daqueles que foram legitimamente eleitos, esse princípio confere ao legislador ordinário maior liberdade de conformação do texto constitucional, incluindo-se aí a própria ordem econômica.

---

<sup>134</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>135</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...op. cit.*, p. 960.

Em matéria econômica, a CRP remete à vontade do legislador (e tanto pode ser os membros da Assembleia da República ou o Governo) vários assuntos: art. 83º; art. 84º; alínea f; art. 85º, nº 2; art. 86º nºs 2 e 3, etc.

O fato é que, principalmente no que tange às normas econômicas de natureza programática, existe uma “*repartição vertical de competências normativas*”<sup>136</sup>, em que se é deixado a cargo da Constituição as normas fundamentais e ao legislador a tarefa de complementá-las, em respeito sempre à vontade dos cidadãos representada pelo sufrágio.

É um princípio que, por um lado, homenageia a vontade da maioria e, portanto, em última análise, a liberdade democrática; mas que também, por outro lado, atribui um poder de regulação maior ao Estado-Legislator.

Nessa seara, a fim de conciliar esse aparente paradoxo, devemos entender que o mercado deve estar representado pela vontade individual dos cidadãos e que prevalece sempre sobre a vontade do Estado, que possui um papel coadjuvante.

Portanto, o poder de regulação do Estado-legislador se justifica e se condiciona nessa realidade, pois o “mercado livre é o prolongamento da democracia política. O papel económico do Estado é secundário. (...) a democracia política tem como consequência necessária a liberdade económica e que o modelo constitucional democrático compreende a opção pelo mercado como modelo de decisão económica, pois que a singularidade e a liberdade são o seu fundamento.”<sup>137</sup> (grifo nosso).

#### **f) Princípio da concertação**

Outro princípio de viés democrático; está previsto no art. 267, da CRP e tem como baliza a valorização da participação dos cidadãos na administração pública, seja de forma individual, seja mediante entidades representativas.

Sendo um princípio sobre o qual se funda a administração, garante a todos a possibilidade de participar das decisões políticas, incluindo-se aí as de natureza econômica, porém, nesse campo, a participação é profissional (os representados são trabalhadores e empregadores) e está previsto no art. 80º, alínea g.

Trata-se de uma forma de regulação (privada) da economia, com caráter deliberativo e, não obstante as críticas quanto à sua efetividade (uma vez que o poder de decisão final cabe ainda ao legislativo e à administração), é um elemento que diminui consideravelmente a atuação intervencionista (e centralizada) do Estado.

---

<sup>136</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 67.

<sup>137</sup> *ibidem*, p. 68.

### **g) Tutela ambiental**

Esse princípio, além de ser uma exigência do direito europeu, representa uma intervenção estatal no mercado com vistas a proteger outro valor de natureza não econômica, que é a proteção do meio ambiente.

É um princípio que compõe a ordem da economia, pois condiciona o comportamento dos agentes econômicos à tutela ambiental, além de configurar direito fundamental.

Assim, considerado um princípio geral, a tutela do meio ambiente é também um princípio da ordem econômica que legitima a atividade regulatória do Estado não só Administrativo, como também do Legislativo, cuja principal tarefa é editar normas que, em nome da proteção do meio ambiente, intervêm diretamente no mercado.

Portanto, indiscutivelmente, a proteção do meio ambiente é um direito fundamental que justificaria a legitimidade da regulação normativa no que tange à edição de normas de intervenção no mercado.

### **2.3.3.2. Princípios constitucionais de origem interna de natureza liberalizante**

Conforme exposto, os princípios anteriores contêm enunciados tendentes a exigir do Estado uma conduta mais ativa, representando, pois, formas de intervenção estatal na esfera econômica, a fim de garantir não só o normal funcionamento do mercado, mas também outros valores constitucionais, sobretudo de natureza social.

Em contrapartida, a ordem econômica constitucional portuguesa estabelece também princípios outros que servem de defesa dos indivíduos contra a ingerência desmesurada do Estado; são verdadeiros postulados baseados na liberdade, a saber:

#### **a) O direito à livre iniciativa privada como direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias**

Os direitos fundamentais podem ser “divididos” em: a) as liberdades e garantias, que configuram direitos de defesa contra o abuso do poder político (são direitos que se contrapõem ao Estado); b) direitos econômicos, sociais e culturais que, ao contrário dos primeiros, exigem uma atuação estatal direta e dependem, todavia, de vontade política e recursos financeiros do ente estatal.

Muito embora a CRP enumera a liberdade de iniciativa e a propriedade privada no Título III, da parte I (arts. 61º e 62º) juntamente com os direitos econômicos, sociais e culturais, inquestionavelmente, representam verdadeiros direitos de liberdade configuradores “*do mais*

*alto nível da ordem constitucional da economia*”<sup>138</sup> – tanto que a livre iniciativa, juntamente com a organização empresarial, é considerada, pela CRP, um princípio fundamental da ordem econômica (alínea “c”, do art. 80º).

Dessa forma, o constituinte português, apesar de subordinar a economia ao poder político do Estado, confere à livre iniciativa *status* não só de direito fundamental, mas também a elege como princípio econômico que se expressa na realidade constitucional como “*a expressão qualificada da liberdade individual concebida como autodeterminação, critério da atividade econômica.*”<sup>139</sup>

Ainda, considerado pela doutrina como um direito fundamental análogo ao da categoria “dos direitos, liberdades e garantias”<sup>140</sup>, a livre iniciativa se sujeita ao regime destinado a esses direitos, ou seja, possui aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação e pode ser invocado pelo particular perante o Judiciário e perante a própria administração. Além disso, qualquer restrição a esse direito deverá ser feita somente por lei reservada à Assembleia da República e para proteger outro direito constitucionalmente previsto, resguardando-se, todavia, o seu núcleo essencial - conforme disposições do art. 18º, da CRP.

Nessa linha de entendimento:

**Os direitos, liberdades e garantias, propriedade e livre iniciativa** privadas à cabeça, ficam sujeitos ao regime do art. 18º da CRP, ou seja, ao princípio da efetividade que é o que mais convém à sua natureza de direitos de defesa. São diretamente aplicáveis, o que significa que heterodeterminam a Administração mesmo que não disciplinados pela lei, e são diretamente invocáveis pelos interessados perante os Tribunais e perante a Administração mesmo na ausência daquela disciplina. Isto significa que a norma constitucional que os consagra é exequível por si própria perante o legislador, os Tribunais e a Administração **e que tais direitos compreendem uma reserva de autonomia económica intangível pelo legislador.**<sup>141</sup> (grifo nosso; do autor e nosso, respectivamente).

Em relação à possibilidade de sofrer limitações, haja vista que nenhum direito fundamental é absoluto, a própria CRP enumera limites expressos à iniciativa privada, em nome do interesse geral, nos limites legais e constitucionais (nº1, do art. 61º).

Logo, o texto constitucional confere ao Estado certa prerrogativa regulatória para restringir a liberdade de iniciativa. Exemplo clássico dessa intervenção encontra-se previsto no nº 1º, do art. 86º, em que ao Estado é permitida a intervenção na gestão de empresas privadas

---

<sup>138</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>139</sup> idem.

<sup>140</sup> A respeito da natureza jurídica da liberdade de iniciativa privada: “*Em todo o caso, na medida em que são garantidos, todos estes direitos, enquanto direitos essencialmente “negativos” ou de defesa, revestem natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias”, beneficiando, “mutatis mutandis”, do correspondente regime.*” In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 789.

<sup>141</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito...* op. cit., p. 60.

para fiscalizar o cumprimento de obrigações legais decorrentes da prestação de atividades de interesse econômico geral.<sup>142</sup>

Ocorre que, de acordo com a realidade constitucional atual, a livre iniciativa é um princípio que norteia a ordem econômica portuguesa e, como sendo um elemento fundamental da autodeterminação privada, é um fator relevante de limitação do poder regulatório do Estado.

Isso porque, repita-se, apesar de estarem previstos no Título III, tópico destinado aos direitos econômicos, sociais e culturais, a liberdade de iniciativa, juntamente com o direito de propriedade privada, é um desdobramento das liberdades individuais e está sujeita, como qualquer direito dessa natureza, ao regime próprio dos “direitos, liberdades e garantias”.

Em relação às limitações do legislador em restringir o direito à liberdade de iniciativa, Canotilho entende que:

Com efeito, esse direito só pode exercer-se “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei”(nº 1, *in fine*) o que deixa uma ampla margem para a delimitação e configuração legislativa, em função da “constituição econômica”(Parte II da CRP). Todavia, **sendo a regra a liberdade de iniciativa** (“exerce-se livremente diz o nº 1), as limitações ou **restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade e sempre com respeito de um “núcleo essencial”** que a lei não pode aniquilar (art.18), de acordo, aliás, com a ‘garantia institucional’ de um sector económico privado (art.82º-3 e respectiva anotação).<sup>143</sup> (grifo nosso)

Ademais, muito embora a CRP condicione o exercício da livre iniciativa privada ao “interesse geral”, podendo ser limitada pela vontade do legislador, essa restrição deve estar também em conformidade com o DUE, sobretudo com as regras referentes à sua constituição econômica, notadamente aquelas ligadas às liberdades fundamentais (liberdade de circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento em todo o território comunitário e, ainda, ao direito da concorrência (TCE, 43º; 56º; 81º e ss).<sup>144</sup>

## **b) Mercado e concorrência**

Muito mais do que o local em que se desenvolve a atividade econômica, o mercado, sob a ótica atual, é o resultado de uma opção política baseada numa ordem jurídica destinada a garantir os direitos fundamentais de liberdade, sobretudo os da livre iniciativa e da propriedade privadas. Representa, portanto, um modelo de decisão econômica que se baseia na valorização e na garantia desses direitos individuais.

---

<sup>142</sup> Atividades que antes eram assumidas pelo Estado a título de serviço público e que hoje, por força da UE, acabaram por ser materialmente privatizadas e sujeitas às regras da livre concorrência mas, por estarem diretamente relacionadas à satisfação de direitos essenciais dos indivíduos, estão submetidas a algumas obrigações legais que fogem das regras normais do mercado e que estão sujeitas, portanto, a uma atuação maior por parte do Estado Regulador.

<sup>143</sup>CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 790.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 796.

É, acima de tudo, uma instituição jurídica reconhecida pelo direito positivo do Estado Moderno (Estado burguês).

Por outro lado, antes de ser uma instituição jurídica, o mercado é uma instituição social e política, fruto de criação histórica do homem e que serve para atender interesses de certos grupos.<sup>145</sup>

Assim, a fim de evitar distorções e falhas nessa instituição “jurídico-social”, é que se justificou a princípio a intervenção estatal. No entanto, posteriormente, essa interferência no mercado passou a ter outros objetivos não econômicos, muito embora ainda na fase do estado liberal, em que a ingerência do Estado era mínima, já existia a preocupação em se regular o mercado.

Logo, toda economia voltada para a proteção do mercado e, conseqüentemente, da livre concorrência, tem a autonomia privada como vetor de referência cujo alicerce se funda na liberdade de iniciativa, princípio fundamental da Constituição Económica Portuguesa, como já visto anteriormente.

Importante enfatizar que os objetivos da regulação pública nos moldes atuais não se resumem apenas na defesa da concorrência e de outros valores extraeconômicos, mas também tem como meta “criar mercado”- razão pela qual a CRP deixou de impor ao legislador a obrigatoriedade (hoje, mera faculdade) de instituir reservas públicas de mercado, diminuindo, assim, os monopólios públicos e, conseqüentemente, aumentando o rol de atividades sujeitas à livre iniciativa e ao regime de livre concorrência.

Considerado, portanto, um princípio da ordem econômica, muito embora não seja a única prioridade da regulação, o mercado é fator relevante e condicionante da atividade regulatória que, subsidiariamente, surge para suprir suas falhas e garantir outros direitos constitucionalmente relevantes. Acerca da subsidiariedade da regulação, assim se pronuncia Moreira:

Se anteriormente a regulação, lato sensu (incluindo a ação económica do Estado) visava substituir o mercado, esta nova regulação é essencialmente subsidiária do mercado, suprimindo as suas falhas ou insuficiências.

Por isso, enquanto a regulação da economia sob o Estado intervencionista tinha sido marcada por fortes restrições da liberdade económica e da concorrência e por vezes pela hostilidade ao mercado, a nova regulação no Estado pós-intervencionista tem como prioridade ser conforme ao mercado (*marktkonform*) e mesmo amiga do mercado (*market-friendly*). (...) A regra é a concorrência; a regulação é exceção. O princípio canónico da economia de mercado regulada é: “concorrência sempre que possível, regulação sempre que necessário.”<sup>146</sup>

<sup>145</sup> GRAU, Eros. *A ordem económica na Constituição...*, op. cit., p. 28.

<sup>146</sup> MOREIRA, Vital. Texto elaborado pelo autor para o *Programa da disciplina “Direito Público da Regulação”*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.22. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>. Acesso em: 08/05/2018.

Todavia, mesmo sendo uma decorrência lógica dos direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa privadas, o mercado, de acordo com o texto constitucional português, não é o “*modelo global de coordenação da decisão econômica*”<sup>147</sup>, pois conforme já exposto, a CRP adota como paradigma principal o da economia mista, tendo o planeamento como seu protagonista. No entanto, como as normas econômicas preconizadas pelo DUE se baseiam num modelo em que o mercado, aliado à livre concorrência, é um elemento de crucial relevância, podemos afirmar que indiscutivelmente passa a ser um fator limitador de políticas econômicas dirigistas que eventualmente possam vir a ser adotadas pelos Estados Membros.

Isso porque, ao eleger a concorrência como princípio da ordem econômica, a CRP atribuiu ao Estado (alínea f, do art. 81º) a tarefa de garantir o funcionamento eficiente do mercado justamente para assegurar a efetividade desse princípio, evitando, assim, abusos do poder econômico.

É o mercado, portanto, sob a ótica do constituinte português, apenas um meio para garantir a livre concorrência. Porém, o protagonismo do mercado como fator decisivo da economia é conferido pelo DUE e, tendo em vista o princípio do primado do direito europeu, em que as normas comunitárias possuem prevalência sobre a legislação interna dos Estados Membros, conclui-se que a “*racionalidade *fuzzing* do mercado livre se sobrepõe à racionalidade burocrática do planeamento.*”<sup>148</sup> (grifo do autor)

Do exposto, haja vista a relevância conferida ao mercado pela União Europeia, bem como a posição em destaque que o direito europeu atribui à livre concorrência (princípio fundamental), a intervenção estatal no mercado mediante a regulação somente se legitima para proteger seu livre funcionamento e assegurar a concorrência ou, ainda, para proteger outros direitos não econômicos que poderiam se ver comprometidos pela lógica racional dos agentes privados.

Dessa forma, o mercado e a livre concorrência são elementos que limitam a atividade regulatória e lhe confere caráter subsidiário, mas ao mesmo tempo são fatores que também justificam a sua atuação, porque existem situações em que a ‘lei da oferta e da procura’ não se garante autonomamente, exigindo, pois, do Estado regulador a criação de regras capazes de garantir o adequado funcionamento dos mercados e das liberdades concorrenciais.

---

<sup>147</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito... op. cit.*, p. 83.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 84.

Quanto à lógica racional do mercado, Eros Grau<sup>149</sup> assim se pronuncia: “*O fato é que se deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males*”, sendo, portanto, inquestionável a necessidade de intervenção estatal no que se refere à economia de mercado.

Logo, resta-nos saber, pois, qual a forma, os limites e a intensidade dessa atuação.

### **c) Reversibilidade das nacionalizações (ou “reprivatização”)**

Princípio insculpido no art. 293º, da CRP, que foi introduzido pela II Revisão Constitucional de 1989 e que aboliu a antiga regra originária da Constituição que vedava a reprivatização<sup>150</sup> das empresas nacionalizadas.

Trata-se de princípio geral da ordem econômica atual, integrador com as normas da União Europeia e tendente a fortalecer o mercado e a iniciativa privada, representando, assim, uma ruptura do modelo econômico até então vigente, marcado por um intenso intervencionismo estatal que culminou na regra constitucional que garantia ao Estado o direito de nacionalizar empresas sem a possibilidade de reprivatizá-las.

Cumpre-nos ressaltar, todavia, que essa reprivatização é apenas uma faculdade conferida ao Estado que, em consonância com os ditames econômicos da União Europeia, veio alterar o texto constitucional original (de natureza coletivista) que previa a irreversibilidade das nacionalizações. No entanto, o texto da CRP atribui ainda ao Estado a prerrogativa de nacionalizar novos meios de produção – o que nos faz concluir que, diante desse permissivo, o Estado português continua a ter um grande poder de intervenção na economia.

Analisando sob a ótica regulatória em seu sentido amplo (ou seja, entendendo que o fenômeno regulatório abrange também essa opção política inicial do legislador constituinte em admitir um grau maior de intervencionismo estatal), podemos afirmar que Portugal possui maior discricionariedade regulatória, nesses casos.

Essa perspectiva é crucial no que se refere à análise do objeto de nosso estudo, qual seja, os limites da atividade de regulação estatal do Estado Legislador, pois o texto constitucional, sem prejuízo da atual diminuição do setor empresarial público, permite ao Estado a prerrogativa de editar normas tendentes a instituir exclusivos públicos, sobretudo se levarmos em consideração que, muito embora exista liberdade por parte de um Estado-membro

---

<sup>149</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, op. cit., p. 28.

<sup>150</sup> Essa expressão designa a possibilidade de privatizar as empresas que foram nacionalizadas pelo governo. A matéria foi regulamentada por lei-quadro, Lei nº 11/90, de 05 de abril que depois sofreu alterações introduzidas pela Lei nº 102/2003 e Lei nº 50/2011. As reprivatizações em concreto foram remetidas ao legislador ordinário por meio de decreto-lei. A respeito: MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito Público...*, op. cit., p. 96.

em fazê-lo, o monopólio público só é admitido, segundo os princípios da UE, em casos excepcionais com o objetivo de atender interesses públicos socialmente relevantes, sob pena de ferir as liberdades concorrenciais.

Nessa seara, cumpre-nos analisar, portanto, a legitimidade do juízo de conveniência da vontade do legislador democrático – abordagem essa que será tratada em tópico próprio.

#### **d) Princípio da concertação**

Outro princípio de viés democrático; está previsto no art. 267, da CRP e tem como baliza a valorização da participação dos cidadãos na administração pública, seja de forma individual, seja mediante entidades representativas.

Sendo um princípio sobre o qual se funda a administração, garante a todos a possibilidade de participar das decisões políticas, incluindo-se aí as de natureza econômica, porém, nesse campo, a participação é profissional (os representados são trabalhadores e empregadores) e está previsto no art. 80º, alínea g.

Trata-se de uma forma de regulação (privada) da economia, com caráter deliberativo e, não obstante as críticas quanto à sua efetividade (uma vez que o poder de decisão final cabe ainda ao legislativo e à administração), é um elemento que diminui consideravelmente a atuação intervencionista (e centralizada) do Estado.

#### **e) Princípio do Estado democrático de Direito**

O art. 2º, da CRP qualifica o estado português como democrático.

Todavia, essa democracia na contemporaneidade é entendida não só como o direito de votar e ser votado, mas em um sentido material que pressupõe, além da efetiva participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas, a possibilidade de exigir do Estado a concretização dos seus direitos fundamentais, ou seja, o Estado democrático é também um Estado Social cujo compromisso é fazer valer os direitos e liberdades constitucionais, a fim de evitar que a Constituição se torne apenas um documento formal dotado de ineficácia. É necessário que o Estado crie condições materiais para que isso ocorra.

Assim, sob o ponto de vista econômico, o Estado democrático e social tem o dever de criar uma política econômica voltada para o atendimento dos objetivos e finalidades constitucionais.

No entanto, apesar da ideologia marcadamente socialista e centralizada do texto constitucional originário, atualmente, o atendimento dessas finalidades deve se conciliar com os princípios da economia social de mercado – e é justamente o tema central de nosso estudo,

pois os limites e os contornos da regulação normativa que interfere na ordem econômica devem estar condicionados à consecução dos objetivos não só econômicos, mas também sociais – ambos garantidos pela CRP.

Nesse contexto, a CRP confere ao Estado a propriedade dos meios de produção, podendo, se assim o desejar, desempenhar atividade econômica em concorrência com o particular; admite também a possibilidade de se instituir apropriação pública dos bens e setores produtivos e, ainda, confere a prerrogativa (faculdade) estatal de constituir reservas públicas de mercado.

Analisando literalmente o texto constitucional, a CRP apenas exige a existência de interesse coletivo nos casos de instituição de propriedade pública dos bens e setores da produção, não fazendo menção, quanto a essa exigência, para as hipóteses de apropriação pública e constituição de reservas públicas de mercado. Para tanto, exige tão somente a subordinação de tais medidas à vontade da lei.

Todavia, de acordo com os princípios constitucionais ora expostos, conclui-se que ao Estado-Legislator, muito embora se atribua, com grande margem de liberdade, um poder de regulação considerável de intervir no mercado, essa atuação encontra limites, eis que as normas que compõem a Constituição Econômica portuguesa, em consonância com o DUE, também homenageiam outros valores fundamentais, como a livre iniciativa privada e as demais liberdades de mercado (liberdade de empresa, livre circulação de mercadorias, liberdade de estabelecimento, livre concorrência...).

Dessa feita, para traçar os limites regulatórios do Estado-Legislator, devemos nos ater que as normas da CRP que constituem a ordem econômica, de um lado, admitem a existência da propriedade pública dos setores produtivos e, de outro, elegem como princípios fundamentais o mercado e a liberdade de iniciativa. Logo, como conciliar esses valores/princípios aparentemente conflitantes? A resposta se encontra nas regras de hermenêutica constitucional – em que o conflito de princípios se resolve mediante a atribuição de “dimensão de peso” a valores e direitos constitucionais igualmente relevantes.

Para tanto, existem princípios (de caráter instrumental) que servem de auxílio ao intérprete, a fim de verificar a compatibilidade de leis (no caso, de caráter regulatório) com a integralidade do texto constitucional, estabelecendo, assim, parâmetros de legitimidade de medidas legislativas restritivas de direitos fundamentais.

Logo, é natural e perfeitamente legítimo que uma norma de natureza regulatória restrinja direitos fundamentais, desde que o legislador o faça na prossecução de algum interesse público cujos contornos e limites de sua atuação serão objeto de estudo no capítulo seguinte.

### 3. LIMITES DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO-LEGISLADOR NO BRASIL E EM PORTUGAL

Conforme exposto, o legislador, na função de regulador da economia, a fim de proteger algum interesse público, pode eventualmente restringir direitos fundamentais diretamente relacionados com as liberdades de mercado, sobretudo em relação ao exercício do direito de livre iniciativa privada – o que poderá, *in concreto*, acarretar prejuízos aos agentes privados.

Dessa feita, a fim de que a lei restritiva esteja, de forma juridicamente adequada, cumprindo o seu papel, o legislador, muito embora possua um espaço de livre conformação, amparado pela regra democrática de legítimo representante da vontade da maioria, deverá se sujeitar a certos limites e condicionantes impostos implícita ou explicitamente pela ordem constitucional – tema esse a ser tratado por ora.

#### 3.1. A regulação da economia enquanto norma restritiva de direitos fundamentais e a ponderação como juízo de valor do legislador ao atuar como regulador econômico-social: considerações teóricas acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais.

Conforme exposto, o direito à liberdade de iniciativa é tratado (tanto na Constituição brasileira, quanto na portuguesa) como direito fundamental. Em relação à CRP, apesar de se encontrar inserido no Título III (dos direitos sociais, culturais e econômicos), configura verdadeira expressão da liberdade individual e, portanto, é assente na doutrina que esse direito possui o mesmo regime jurídico destinado aos “direitos, liberdades e garantias”. Isso significa afirmar que se trata de um direito que limita a atuação estatal, condicionando-a aos preceitos do já citado artigo 18º.

Todavia, como qualquer direito fundamental, esse direito não é absoluto e o seu exercício pode ser restringido em nome de outros direitos ou princípios constitucionais. A respeito do assunto, inclusive, foram formuladas basicamente três teorias a fim de encontrar o fundamento que justificasse e legitimasse a restrição a um direito fundamental (de valor constitucional) por parte do legislador infraconstitucional. Novais, ao mencionar esse paradoxo, faz a seguinte indagação: “*É que a Constituição fala em “restrição a direito”, em “lei restritiva de direitos, liberdades e garantias”; porém, como pode um direito garantido com força de lei constitucional ser legitimamente diminuído ou suprimido por acção dos poderes constituídos?*”<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup>NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pelo Constituição*, p. 291, Coimbra: 2010, Coimbra Editora, 2 ed. Sobre as teorias: “teoria externa dos limites aos direitos fundamentais”; “teoria interna dos limites dos direitos fundamentais” e a última, baseada nas obras de Alexy e Dworkin, que equipara a estrutura normativa dos direitos fundamentais aos princípios. Para

Diante de tal questionamento, mister apresentar, ainda que de forma sucinta, os fundamentos de tais teorias, a saber: (1) “teoria externa aos limites dos direitos fundamentais” – que coloca os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos de defesa, de liberdade (negativos) e, pois, são a regra e que as restrições, embora admitida com condições, seriam exceções; 2) “teoria dos limites imanentes” ou interna – que se funda no fato de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais e subjetivos, possuem limites internos (imanentes) e só podem ser efetivamente usufruídos até onde não lesem outros bens jurídicos de ordem superior ou igual devendo ser delimitados legalmente; já, por outro lado, por possuírem “caráter institucional”, os direitos fundamentais podem ser restringidos pela lei conformadora para proteger, mediante juízo de ponderação, outro direito ou valor da mesma natureza ou importância; 3) uma última, baseada nas concepções de Alexy e Dworkin que, muito embora em termos práticos chegam a conclusões com fundamentos semelhantes das anteriores, atribui aos direitos fundamentais a natureza de princípios por possuírem a mesma estrutura normativa desses.<sup>152</sup>

Ainda sobre ambas as teorias, Novais, ao discorrer sobre elas apresentando os pontos positivos e negativos de todas, conclui que a ponderação<sup>153</sup> é a metodologia adequada quando estamos diante de leis restritivas de direitos fundamentais, seja no momento de sua elaboração, seja na decisão e análise de um caso concreto. Isso porque quando se restringe (legitimamente) um direito fundamental, a base jurídica justificadora é a proteção de outro direito de igual natureza ou de um interesse público socialmente relevante – momento em que o Estado (seja ele juiz; administrativo ou legislador), ao optar pela restrição, deve fazer uma apreciação valorativa da dimensão de peso a ser atribuída a um direito em detrimento do outro. Vejamos os argumentos do referido autor:

Sem preocupações de originalidade, mas sem que isso signifique, como se viu, uma adesão aos vários elementos da teoria alexiana dos direitos fundamentais, reconhecemos, como se verá no desenvolvimento, e como Alexy, **a ponderação como metodologia necessariamente presente em qualquer dogmática constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais nos nossos dias.** [...]

De facto, a ao contrário do que acontece, por exemplo, com as normas constitucionais organizatórias, a aplicação da quase totalidade das normas de direitos fundamentais, sobretudo nos *casos difíceis*, apela ao recurso, por parte dos poderes constituídos, a procedimentos complexos de valoração e ponderação. O procedimento típico tradicional de subsunção de uma dada situação de facto a uma previsão normativa

---

aprofundamento do tema, ler: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 292 e ss.

<sup>152</sup> Para aprofundamento do tema: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 292 e ss.

<sup>153</sup> O autor reconhece que a técnica da ponderação é a mais adequada, porém, admite que pode acarretar ampla discricionariedade ao juiz justamente pelo fato da CRP não apresentar de forma expressa os critérios de resolução, principalmente em relação às restrições expressamente não autorizadas pelo texto constitucional. A respeito: *ibidem*, p. 695 e ss.

para daí extrair a estatuição a aplicar, se bem que utilizável, é aqui, em geral, insuficiente. (grifo nosso e do autor, respectivamente).<sup>154</sup>

Nessa seara, a doutrina e jurisprudência, tanto do Brasil quanto de Portugal, independente de adotarem uma ou outra teoria, corroboram com o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos e que, portanto, podem ser restringidos pelo legislador infraconstitucional. Ainda: equiparam os direitos fundamentais aos princípios, tomando como base, em que pesem críticas e algumas adaptações, as formulações teóricas de Alexy e Dworkin.

A respeito do assunto, Barroso assim se pronuncia: “*É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu plano abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto.*”<sup>155</sup>

Nesse sentido, baseando-se na concepção de que os princípios possuem caráter “*prima facie*” e as regras caráter definitivo, Canotilho também equipara os direitos fundamentais aos princípios ao afirmar: “*Os direitos fundamentais são sempre direitos prima facie*”<sup>156</sup>. Novais<sup>157</sup> também considera que o conteúdo dos direitos fundamentais não expressa resultados dedutíveis e precisos, distinguindo-se, pois, das regras, possuindo, assim, estrutura normativa semelhante à dos princípios, a saber:

Nesse sentido, **se quisermos, as normas de direitos fundamentais apresentam a natureza de princípios**, não em termos de assinalada caracterização *forte de comando de otimização* ou de norma de aplicabilidade variável radicalmente contraposto à natureza de comando definitivo e aplicabilidade disjuntiva das *regras*, mas sim no sentido de normas que, em muitos casos e ao contrário daquilo que, em geral, acontece com as *regras*, não fixam um resultado necessário, clara e imediatamente dedutível, já que a solução do caso depende, ainda, de uma indispensável ponderação de razões e princípios de sentido contrário que, do ponto de vista da Constituição, devem ser igualmente atendíveis. (grifo nosso e do autor, respectivamente)

Antes, no entanto, de abordarmos a forma de como se resolver o conflito entre direitos fundamentais, partiremos do raciocínio de que os ordenamentos constitucionais contemporâneos atribuem força normativa aos princípios e que a Constituição é um conjunto de regras e também de princípios.<sup>158</sup>

Essa diferenciação fora abordada, conforme visto, sobretudo por Dworkin e Alexy e, apesar de existirem críticas e diferenciações entre um pensamento e outro, importante

---

<sup>154</sup> Ibidem, p. 356.

<sup>155</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 374.

<sup>156</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, op. cit., p. 1274.

<sup>157</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 357.

<sup>158</sup> Para aprofundamento acerca das diferenças entre regras e princípios, vide: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 87, VALDÉS, Ernesto Garzón (trad.), Madrid: 1993, ed. Centro de Estudios Constitucionales e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39, São Paulo: 2002, ed. Martins Fontes. BOEIRA, Nelson (trad.)

discorreremos brevemente as considerações desses teóricos, a fim de que possamos entender como solucionar questões relativas à colisão entre direitos fundamentais ou entre esses e outro direito ou interesse relevante – uma vez que eventuais restrições de direitos fundamentais através da regulação estatal implicam necessariamente no “sacrifício” de um direito em favor de outro. A partir daí, poderemos analisar os limites e critérios da regulação econômica.

Dworkin, partindo de uma crítica ao positivismo jurídico, que apenas concebe o sistema normativo como sendo constituído somente por regras, afirma não ser possível dentro dessa visão vislumbrar a solução de casos em que as regras não serão suficientes para dirimir determinados conflitos (os chamados casos difíceis – *hard cases*) e, assim, ao considerar as regras como sendo as únicas fontes normativas do Direito, diante dos casos complexos, inexistindo regras para solucioná-los, o juiz deveria em tese se valer da discricionariedade – o que para ele isso não seria aceito, uma vez que o juiz estaria criando direito novo.<sup>159</sup> Assim, menciona a importância dos princípios para solução desses casos.

Ainda: afirma que as regras são aplicadas pelo método do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*). Vale dizer: havendo conflito entre regras, apenas uma será aplicada e a outra, considerada inválida, senão vejamos:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”<sup>160</sup>

Já na colisão de princípios, não existe a questão da invalidade de um e validade do outro; o que há é o sopesamento de cada um deles diante das circunstâncias do caso concreto, sendo que da aplicação de apenas um não significa a invalidade do outro; apenas a prevalência (é o que o autor chama de dimensão de “peso”). Nesse sentido, assim se pronuncia:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam... , aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup>DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p.17, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977 *apud* AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. in: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais ..., *op. cit.*

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39, São Paulo: 2002, ed. Martins Fontes. BOEIRA, Nelson (trad.).

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 42-43.

E o mais importante: essa prevalência não é absoluta, pois poderá haver casos em que, contrariamente, o outro poderá prevalecer ou até mesmo casos em que os dois serão aplicados.<sup>162</sup>

Alexy, partindo das premissas adotadas por Dworkin, estabelece outras e, dentre as mais relevantes, apresenta um conceito de princípios, considerando-os “mandamentos de otimização”, “*que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*”<sup>163</sup>

Em relação ao conflito de regras e a colisão de princípios, esse autor também defende que no de regras a solução será a declaração de invalidade de, pelo menos, uma delas. A respeito: “*Um conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo em una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas.*”<sup>164</sup> Já na colisão de princípios, um princípio terá que ceder em relação ao outro, sem que isso importe na sua declaração de invalidade. O que ocorre é que, diante de certas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, um princípio prevalece sobre outro; a questão do conflito entre regras reside no campo da validade; a questão da colisão de princípios reside na esfera da dimensão de peso (“*dimensión del peso*”).<sup>165</sup>

Ainda, para Alexy, as regras e os princípios se diferenciam também pelo seu caráter “prima facie”. Os princípios ordenam algo que deva ser realizado na maior medida do possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas e, pois, não contêm mandamentos definitivos: “*El principio no determina como há de resolverse la relación entre una razón y su oposta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación com respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fáticas.*”<sup>166</sup>. Já no caso das regras, suas disposições exigem exatamente que se faça o que nela se contém; não há possibilidade de se aplicar parcialmente: ou se aplica ou não se aplica.

Todavia, acredita ser possível, no conflito de regras e para que não seja declarada a invalidade de uma, a introdução nesta, com fundamento muitas vezes em um princípio, de uma

---

<sup>162</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *As garantias institucionais dos direitos humanos*, p. 5, in: Boletim dos Procuradores da República 40 (2001): 3-8. Disponível em: [bdpi.usp/single.php?id=001443877](http://bdpi.usp/single.php?id=001443877). Acesso em: 21/05/2018. O autor, ao analisar a obra de Dworkin, afirma ser possível, diante do caso concreto, a aplicação de princípios, aparentemente em colisão, em sua inteireza (“*medida máxima*”), desde que as circunstâncias fáticas e jurídicas sejam “*ideais*”.

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, Madrid: 1993, editora Centro de Estudios Constitucionales, VALDÉS, Ernesto Garzón (trad.)

<sup>164</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>165</sup> ibidem, p. 89. OBS: Conforme anteriormente exposto, Dworkin também fala em “dimensão de peso”.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 99.

cláusula de exceção – hipótese em que a mesma perderá seu caráter definitivo para a decisão do caso<sup>167</sup>.

Diante de tais considerações, uma vez que o objeto de nosso estudo não é aprofundar o pensamento de ambos os teóricos, e partindo do entendimento de que a estrutura normativa dos direitos fundamentais é a mesma dos princípios, sempre que o legislador, ao regular a economia, restringir o exercício do direito à livre iniciativa privada ou outra liberdade de mercado em favor de um outro direito ou valor constitucional, deverá - mediante um “juízo de valoração”- analisar que o direito a ser protegido possui um peso maior a ponto de justificar o sacrifício.

A essa análise valorativa, que deve ser praticada pelo Estado (seja ele Juiz; Administrador ou Legislador) destinada à solução de colisão entre direitos fundamentais e que serve para o intérprete analisar a legitimidade de uma medida estatal restritiva de um direito fundamental, dá-se o nome de ponderação, que consiste “*em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas da mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas*”<sup>168</sup>.

A respeito da ponderação, importante salientar que esse juízo de valoração de prevalência ocorre também no processo de elaboração de uma norma propriamente dita – razão pela qual se atribui também ao legislador essa prerrogativa de apreciação.<sup>169</sup>

Ainda sobre a possibilidade de análise do juízo de valor por parte do Poder Legislativo, ao elaborar uma norma restritiva de direito fundamental: “*Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro.*”<sup>170</sup>

Muito embora a técnica da subsunção tenha sido a mais utilizada para resolver conflitos entre regras, vimos que no caso de colisão de princípios, em especial de colisão de direitos fundamentais, esse raciocínio se mostra insuficiente e inadequado, haja vista a inexistência de hierarquia entre esses direitos e a impossibilidade de se declarar a invalidade de um deles. Na

---

<sup>167</sup> E é justamente nesse ponto que os pensamentos de Dworkin e Alexy se divergem, pois, ao contrário do segundo, o primeiro entende que as cláusulas de exceção são sempre enumeradas previamente; já Alexy, afirma não ser possível essa enumeração prévia. A respeito: “*Em contra lo que piensa Dworkin, las cláusulas de excepción introducibles em las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables.*”, in: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 100.

<sup>168</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 379.

<sup>169</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, op. cit., p. 1274. O autor cita os seguintes exemplos: a) no processo legislativo – o legislador exclui a ilicitude da interrupção de gravidez em casos de estupro (direito à vida intrauterina versus direito à dignidade da mulher); b) julgamento judicial: o juiz adia a decisão perante as informações médicas da iminência de enfarte na pessoa do réu.

<sup>170</sup> MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, p. 185, São Paulo: 2013, Saraiva, 8 ed.

subsunção, que se baseia no silogismo, existe uma norma (premissa maior) que incidirá sobre um fato (premissa menor), atribuindo, pois, um resultado.

Por outro lado, na colisão de direitos fundamentais, existe um fato a ser supostamente regulado por diversas “premissas maiores”, diversos direitos (aparentemente contrapostos). Em matéria de regulação da economia, por exemplo, podemos citar uma lei que veda o direito ao livre exercício de uma atividade econômica em nome da proteção do meio ambiente. Assim, não se pode falar que um direito é absolutamente mais relevante que o outro, pois ambos possuem, abstratamente, a mesma relevância jurídica. Todavia, diante das circunstâncias, um poderá se sobrepor ao outro, ou ainda, ambos poderão ser aplicados na medida máxima do possível.

Nessa seara, havendo colisão entre direitos fundamentais, e a fim de evitar subjetivismo que por ventura possa nortear a valoração do intérprete, a ponderação deverá seguir alguns critérios objetivos, a saber:

- O intérprete deverá identificar os direitos fundamentais (normas) relevantes para a análise dos fatos submetidos à sua apreciação, bem como identificar a suposta colisão entre esses direitos;
- em um segundo momento, deverá analisar os fatos e as circunstâncias fáticas fazendo uma relação com os elementos normativos;
- proferir decisão de acordo com a análise das circunstâncias concretas apresentadas e análise das normas em colisão, atribuindo um peso a cada uma delas, a fim de verificar qual ou quais normas deverão se sobrepor, chegando, assim, a uma conclusão. Relembrando, todavia, que a atribuição de prevalência a um direito fundamental naquele caso não necessariamente implica que, havendo colisão entre os mesmos direitos em outro caso, o juiz deverá necessariamente chegar à mesma conclusão – fato esse que enseja críticas quanto à segurança jurídica e suposta subjetividade atribuída ao intérprete.

Com base nessas incertezas, a doutrina brasileira, por exemplo, vem desenvolvendo requisitos objetivos, a fim de conferir maior racionalidade e legitimidade às decisões, devendo o órgão de controle:

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte, seja do legislador;
- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;

- c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.<sup>171</sup>

Diante desse quadro, podemos afirmar que, no caso de regulação da economia, segundo os textos constitucionais tanto do Brasil quanto de Portugal, o conflito gera em torno das liberdades de mercado (livre iniciativa; liberdade de empresa; liberdade de estabelecimento...) e a realização da justiça social empreendida pelo Estado (na prossecução de algum interesse público). Nesse sentido, a respeito dessa colisão, assim se pronuncia Edilson Pereira Nobre Júnior:

Enquanto a liberdade de iniciativa poderá conduzir à ideia da impossibilidade de o Estado dispor qualquer restrição à atuação empresarial, a justiça social indica a permissibilidade da disciplina, pelo Poder Público, da atividade econômica, com o intento de tutelar-se o interesse coletivo.[...] Embora se admita que uma liberdade ilimitada é capaz de afetar outros interesses, quer de terceiros, quer da sociedade, ensejando, assim, a sua delimitação, não menos correto é o **remate de que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais, entre os quais o da liberdade empresarial, haverá também de movimentar-se mediante lindes precisos, demarcados pela sua proporcionalidade.** (grifo nosso).<sup>172</sup>

Logo, o regime jurídico conferido a essa categoria de direitos vincula também o legislador que deverá, sempre que quiser regular a economia editando leis restritivas de direitos fundamentais, valer-se desse juízo de valor. Todavia, em decorrência de sua liberdade de conformação que, a princípio, confere a ele a prerrogativa de apreciação, como verificar se esse juízo está em conformidade com a Constituição?

Vale dizer: é lícito o controle, por parte do Judiciário, da análise de apreciação do legislador, ou essa tarefa cabe exclusivamente a ele?

Muito embora exista timidez em relação ao controle no que tange a essa liberdade de apreciação, a doutrina e jurisprudência do Brasil e de Portugal, sem desconsiderarem a margem maior de liberdade conferida ao legislador, entendem que essa prerrogativa está diretamente subordinada a princípios que, apesar de serem aplicados de forma distinta pelos dois países, servem de parâmetros limitadores da atividade regulatória do Estado-Legislator.

Passemos, por ora, ao estudo desses limites.

### 3.2. Limites constitucionais da regulação no Brasil: análise segundo a doutrina

A regulação, por representar uma intervenção do Estado no setor privado, está adstrita às regras constitucionais que, por sua vez, elegem, dentre outros interesses, a liberdade de

---

<sup>171</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 383.

<sup>172</sup> JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade*, p. 188-189. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47572/44899](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47572/44899). Acesso em: 11/05/2018.

iniciativa à categoria de princípio basilar da ordem econômica e princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme já mencionado.

Nesse sentido, o poder regulatório estatal, portanto, não pode representar um arbítrio do governo, seja através de sua função fiscalizatória ou normativa, a ponto de esvaziar o conteúdo substancial da livre iniciativa, influenciando em demasia o próprio comportamento do mercado e das relações privadas. Deve ser utilizada para preservar o mercado e outros valores constitucionalmente relevantes. Tal é o entendimento de Marques Neto, *in verbis*:

Ao manejar competências reguladoras, o Estado arbitra interesses, interfere no jogo econômico, contribui para reordenar a competição. Age interferindo muita vez não só no setor diretamente visado pela regulação, mas nas demais etapas da cadeia produtiva. Isso é inerente ao seu papel de regulador da economia. **Porém, este fato obriga a que a regulação estatal esteja adstrita a limites, sem os quais poder-se-ia paulatinamente erradicar o princípio da liberdade de iniciativa que, para além de ser basilar à ordem econômica (artigo 170, *caput*, da Constituição), foi eleito pelo constituinte como princípio fundamental da República (cf. artigo 1o, IV, da CF)<sup>173</sup>.** (grifo nosso)

Ainda nessa linha de raciocínio, o mesmo autor estabeleceu critérios e restrições que devem ser impostos à regulação estatal, ao mencionar a importância quanto aos limites de abrangência, ou seja, qual o setor da economia pode sofrer interferência regulatória e, nessa seara, discute-se, inclusive, a legitimidade do Estado em eleger algumas atividades econômicas à categoria de serviço público: se isso seria discricionário ou se teria algum critério.<sup>174</sup>

Diante disso, apesar de existirem aqueles que defendam que esse critério depende da discricionariedade do legislador, a maioria coaduna com o entendimento de que deve existir um fundamento motivador que leve o Estado a assumir como serviço público determinada atividade que, a princípio, seria da iniciativa privada, qual seja, o interesse público – razão pela qual o conceito substancial de serviço público, conforme já exposto, subordina-se à satisfação de direitos fundamentais dos indivíduos e, portanto, não poderia ser eleita como tal, nessa perspectiva, qualquer atividade econômica. Assim:

Ou seja, trata-se de saber se existem limites, impostos mesmo ao legislador, para que se edifique um arcabouço regulatório incidente sobre uma atividade, indústria ou setor econômico. Embora raramente feito nestes termos, esse debate está presente na discussão em torno dos conceitos formalista ou material (essencialista) de serviço público. Enquanto uma linha mais conceitual, formalista, entendia – e segue entendendo – que será serviço público toda atividade econômica que o legislador tenha por bem definir enquanto tal, **uma outra vertente doutrinária entende que essa liberdade do legislador está submetida à préexistência de uma essência de interesse público, a uma relevância social justificadora do regime excepcional, do regime de serviço público.** Por traz desta discussão, cujo aprofundamento descabe aqui, está de certo modo posto o debate acerca dos limites da abrangência da regulação

---

<sup>173</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>174</sup> Idem.

estatal, mesmo que dilargados por obra do legislador.<sup>175</sup> (grifo nosso).

Logo, dentro dessas restrições à atividade regulatória no que tange à sua abrangência, Marques Neto alude como baliza o princípio da subsidiariedade<sup>176</sup> e, muito embora exista uma certa margem de opção política do Estado ao regular determinado setor, a regra é a de que somente deve ser restringido o princípio constitucional da liberdade de iniciativa quando a esfera privada estiver comprometendo a satisfação de direitos essenciais dos indivíduos. Por outro lado, estabelece como eixo vertical limitador da regulação o princípio da proporcionalidade – princípios esses que adiante serão analisados:

### **3.2. a Limites da regulação no Brasil: o princípio da subsidiariedade como garantia ao princípio da liberdade de iniciativa: uma análise da doutrina.**

Conforme dito, a escolha do poder público em regular determinado setor da economia não deve ser discricionária nem dependente apenas da vontade política do legislador, a fim de garantir, *a priori*, a autonomia privada, a liberdade de iniciativa – princípios constitucionais fundamentais. Isso significa dizer que o Estado regulador deve atuar de forma subsidiária.

O princípio da subsidiariedade tem com o pressuposto filosófico a ideia de que a sociedade deve, a princípio, se regular sozinha e de que a ação estatal somente se justificaria quando os corpos sociais não conseguissem autonomamente satisfazer interesses da coletividade. Nesse sentido:

A abrangência do princípio da subsidiariedade é simples. Não cabe ao Estado concentrar toda a decisão social. A ação estatal só será justificável na medida em que os organismos autônomos sejam incapazes de atender às necessidades sociais. O princípio vale igualmente no ambiente federativo (onde haveria uma subsidiariedade do poder central para suplementar ou complementar as omissões ou insuficiências do poder local), como vale no **ambiente econômico (onde sobrepõe um caráter de supletividade na intervenção estatal sobre o domínio privado – primado da liberdade)**.<sup>177</sup> (grifo nosso)

Seu significado jurídico remonta a Aristóteles e ao pensamento cristão descrito nas Encíclicas cujas bases ideológicas eram fundamentadas na doutrina social da igreja e, portanto, na busca pelo bem comum.<sup>178</sup> Ainda: encontra referências explícitas, também, no Tratado de Maastricht<sup>179</sup> e na Lei Fundamental da Alemanha, “*no que toca às competências exclusivas e*

---

<sup>175</sup> *ibidem*, p. 9.

<sup>176</sup> *idem*. O autor menciona o princípio da subsidiariedade como limite à regulação “no eixo horizontal” e proporcionalidade no “eixo vertical”

<sup>177</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade...*, *op. cit.*, p. 12

<sup>178</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*, p. 14. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470>. Acesso em: 05/01/2018.

<sup>179</sup> Vide redação do Art. 5º, do TUE : “*I. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.*” (grifo nosso)

*às formas de integração federativa ou comunitária, tendo em vista a relação do princípio de subsidiariedade e o federalismo na União Europeia.*”<sup>180</sup>

Dentro da perspectiva comunitária, pois, a ideia do princípio da subsidiariedade inspirado pelo legislador europeu, ao formular o Tratado da União, é, dentre outras, a de controlar as medidas comunitárias que, por ventura, venham a limitar os poderes dos Estados-Membros, além de servir como critério de interpretação na delimitação e definição de competências dos órgãos comunitários.<sup>181</sup>

De igual forma, em se tratando de regulação, o Estado deve atuar de forma subsidiária. A regra é a de que os agentes econômicos, os indivíduos se autorregulem, de forma independente, a fim de alcançar seus próprios interesses. Com base nisso: “*A auto-regulação só não deve prevalecer quando ela se revele uma solução deficiente ou ineficiente. Trata-se de uma perspectiva par a qual a auto-regulação é directamente tributária do princípio da subsidiariedade como princípio limitador das tarefas do Estado.*”<sup>182</sup>

Importante salientar, todavia, que a limitação da atividade regulatória não se restringe apenas ao campo da fiscalização, mas abrange também a esfera legislativa, ou seja, ainda que exista o princípio da liberdade de conformação do legislador democrático, conclui-se que o Estado somente poderá expedir leis capazes de restringir e interferir na atuação da esfera privada se existir um interesse público que está sendo comprometido pela própria sociedade. Tal é o entendimento de Vital Moreira ao mencionar que “*na teoria da regulação jurídica o princípio da subsidiariedade significa fundamentalmente o princípio da subsidiariedade legislativa, implicando uma postura de autoconcentração ou de auto-restrição legislativa do Estado e de devolução de poderes regulatórios para estruturas não estaduais de auto-regulação.*”<sup>183</sup> Teubner (1983:242, 257) *apud* Moreira ressalta, inclusive, as consequências do excesso de regulação jurídica, a saber: desorganização e ineficácia do direito regulador sobre o

---

<sup>180</sup> STEWING, Clemens. *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, Carl Heymanns Verlag KG. 1992. 186 pp, *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade...*, op. cit. p 13.

<sup>181</sup> SOBREIRA, Carlos Pedro. *O juiz comunitário e o recurso aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade enquanto limites ao exercício das competências comunitárias*, p. 8, Lisboa: 2003, Editora. Vislis, 1ª ed.

<sup>182</sup>MOREIRA, Vital, *Auto-regulação profissional...*, op. cit., p. 97. Ainda, o autor menciona vários significados acerca da expressão “auto-regulação”, reconhecendo que seu conceito “*está longe de ser unívoco*” e se vale de três acepções comumente utilizadas na literatura econômica. Porém, dentro dessas três acepções, o que pretendemos adotar quando mencionamos tal expressão é aquela que considera auto-regulação “*a capacidade de funcionamento equilibrado da economia, sem necessidade de normas exteriormente impostas aos agentes econômicos...*” Vale dizer: a ideia de não interferência do Estado. Isso porque, na presente obra, a expressão é comumente utilizada também para conferir a determinados segmentos da sociedade o poder de estabelecer suas próprias regras (capacidade de um determinado grupo exercer poder regulamentar para regular a si próprio), ou ainda, possibilidade de um determinado grupo ser regulado por normas voluntárias., op. cit., p. 53.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 98.

sistema regulado, bem como desorganização do próprio sistema regulado, apontando a autorregulação como solução hábil a desonerar o poder estatal de sua capacidade reguladora. Nesse caso, caberia ao Estado, subsidiariamente, estabelecer regras procedimentais e gerais e aos “subsistemas sociais” caberia estabelecer regras substanciais.<sup>184</sup>

Assim, por força do direito fundamental de livre iniciativa reconhecido pelo constituinte de 1988, a subsidiariedade é um princípio que se encontra intimamente relacionado com as formas de intervenção do Estado na economia. Nessa linha de entendimento:

Uma vez tendo a ordem constitucional elegido a liberdade de iniciativa como princípio vetorial, automaticamente **resta a intervenção estatal (direta ou indireta) cingida pelo princípio da subsidiariedade**. “Não há dúvida de que o princípio da subsidiariedade regula a intervenção do Estado na Economia. Sendo esta uma atividade essencialmente privada, o Estado, cuja função é buscar o bem comum e da justiça distributiva, não tem a competência originária de atuação.”<sup>185</sup> (grifo nosso)

Diante disso, a atuação estatal regulatória de caráter normativo não poderá incidir sobre qualquer atividade econômica de forma aleatória, devendo existir, portanto, uma racionalidade regulativa (razões de interesse público) que justifique e legitime a interferência estatal na esfera privada, sob pena de comprometer substancialmente o princípio constitucional da livre iniciativa, tendo em vista que qualquer atividade estatal de intervenção na economia, portanto, é uma função subsidiária “*autêntica e natural*” e não simplesmente uma “*fórmula pragmática*”. Em outros termos, a subsidiariedade é intrínseca à função do Estado em matéria econômica.”<sup>186</sup>

Do exposto, conclui-se que, de acordo com os princípios constitucionais que regem a ordem econômica brasileira: “*O princípio da subsidiariedade impõe o dever de intervenção supletiva do Estado no domínio econômico, intervenção essa que se legitima apenas e quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade.*”<sup>187</sup>

### **3.2.b Limite vertical da regulação no Brasil: o Princípio da Proporcionalidade.**

Tendo em vista que o campo de abrangência da atividade de regulação pública sofre restrições que se subordinam à existência de um interesse público, resta saber se quando for possível a atuação regulatória do Estado sobre algum setor da esfera privada, qual seria a sua

---

<sup>184</sup> Fala-se em “sistema reflexivo”- em que a ordem jurídica abstém-se de estabelecer regras de direito material, limitando-se a definir objetivos gerais e a estabelecer “*parâmetros de regulação e de procedimento e a organizar formas de supervisão e controle.*”, *ibidem*, p. 128.

<sup>185</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>186</sup> CINTRA, Fernando Pimentel *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *idem*.

<sup>187</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 665.

intensidade ou grau de interferência de forma a não esvaziar o conteúdo material do princípio constitucional da liberdade de iniciativa.

Dessa feita, para que isso não ocorra, a intervenção estatal, apesar de necessária à consecução de interesses coletivos, deve ter como objetivo apenas o de atingir uma finalidade pública específica, ou seja, o agir regulatório se limita apenas ao primordial para alcançar o interesse que se pretende proteger, devendo, portanto, ser proporcional aos limites de realização desse interesse. E é justamente nesse contexto que se fala em proporcionalidade que, para a maioria dos juristas, é qualificado como um princípio, muito embora existam controvérsias acerca de sua natureza normativa, conforme brevemente relatado a seguir.

Assim, o princípio da proporcionalidade se encontra intrinsecamente ligado à finalidade (pública) pela qual o Estado deve se subordinar.

Canotilho associa esse princípio ao da proibição de excesso<sup>188</sup> que, no século XIX foi positivado para limitar as ações do poder executivo, sendo, portanto, um princípio geral do direito de polícia e, pois, próprio do direito administrativo<sup>189</sup>, passando, posteriormente, ao *status* de princípio constitucional, conforme bem observa o nobre professor: “*Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição do excesso (Übermaßverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. Arts. 18º/2, 19º/4, 265º e 266º/2).*”<sup>190</sup> - grifo do autor.

A mais estreita relação desse princípio (ou regra, para alguns), todavia, tendo inclusive influenciado os demais países da Europa Continental, foi estabelecida pelo Tribunal Constitucional Alemão (no período do 2º pós-guerra), chegando a ser parâmetro de referência para a declaração de inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional. Foi do Direito Alemão que se extraiu, inclusive, o que Canotilho chama de “subprincípios constitutivos” da proporcionalidade, quais sejam: “o princípio da conformidade ou adequação (Geeignetheit);

---

<sup>188</sup> Todavia, há quem entenda que a proporcionalidade não é propriamente sinônimo de proibição de excesso, pois pode haver conduta desproporcional pela omissão ou ação ineficiente do Estado que inviabilize uma finalidade pública. Nesse sentido: “*Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em Übermaßverbot, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em Untermaßverbot, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.*” In: AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*, p. 27, in: Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/.../2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 19/01/2018.

<sup>189</sup> No entanto, a proporcionalidade fora reconhecida como princípio limitador da administração pública tardiamente, sendo a princípio utilizado como vetor de restrição à atividade estatal relacionada com a esfera penal. Nesse sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade...*, op. cit., p. 15.

<sup>190</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 267, Coimbra: Almedina, 7ª ed.

“princípio da exigibilidade ou necessidade” (Erforderlichkeit) e o “princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Vehältnismässigkeit).<sup>191</sup>

De acordo com esses subprincípios (ou desdobramentos da proporcionalidade), toda atuação estatal que implica em restrição às liberdades deverá ser apropriada e destinada exclusivamente para a consecução da finalidade pretendida (adequada); o indivíduo ou agentes privados deverão ter a menor desvantagem possível, devendo a medida restritiva ser a única apta para atingir o resultado previsto (necessidade) e, por fim, o meio escolhido pelo Estado deverá estar em equilíbrio com o resultado que se visa alcançar, sendo vedado, portanto, a desproporção entre meios e fins (requisito da proporcionalidade em sentido estrito).

Relevante ressaltar, todavia, que, apesar de a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal expressamente mencionarem a proporcionalidade como princípio, há juristas brasileiros que a consideram como regra, valendo-se, pois, dos conceitos de Robert Alexy acerca das diferenças estruturais entre regras e princípios.<sup>192</sup> Como bem explicita o autor: “*O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.*”<sup>193</sup>

Ocorre que, ao final, esse mesmo jurista conclui que a terminologia “princípio” é comumente usada na doutrina e jurisprudência brasileiras para adjetivar a proporcionalidade, sendo que tal expressão não poderia somente ser entendida como tal se levássemos em consideração apenas as acepções de Robert Alexy. Tal é o seu entendimento, a saber:

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo "princípio" pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo "princípio", não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como "princípio da anterioridade" ou "princípio da legalidade" sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio", qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso. Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo "princípio" é deixar claro que ele, na expressão "princípio da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> Ibidem, p. 269-270.

<sup>192</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o...*, op. cit, p. 24. Acesso em 16/01/2018.

<sup>193</sup> Idem. A respeito de não se considerar a proporcionalidade um princípio, vide: ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 169.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 26. Acesso em: 16/01/2018.

Além das discussões acerca da natureza jurídica da proporcionalidade, outro problema que se coloca é o que diz respeito à sua equiparação ou não com o princípio da razoabilidade. A maioria dos doutrinadores brasileiros e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmam que a diferença reside apenas na origem, pois a razoabilidade é um conceito extraído do direito norte-americano, enquanto a proporcionalidade é uma expressão utilizada pelo direito alemão<sup>195</sup>. Todavia, a nosso ver, existe diferença também estrutural entre tais princípios, uma vez que a análise da razoabilidade se atém a um raciocínio do adequado; do coerente de acordo com a lógica do “homem médio” (no caso de regulação, se aquela atividade poderá ser objeto de limitação pelo Estado); já a proporcionalidade, está relacionada aos critérios de restrição da própria atividade).

Portanto, poderá ser razoável o Estado regulador intervir numa determinada atividade econômica, porém, os meios e o grau de intervenção poderão ser desproporcionais. Virgílio Afonso da Silva entende, portanto, ser a razoabilidade uma das facetas da proporcionalidade, qual seja, a análise apenas da adequação. Tal é o seu entendimento:

Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins, conforme ficará claro mais adiante.<sup>196</sup>

Diante do exposto, a proporcionalidade, seja encarada como princípio ou como regra, ou ainda, seja equiparada ou não à razoabilidade (abordagem essa que não será exaurida nesse trabalho por não se tratar do objeto de nosso estudo), é uma norma que restringe a atuação estatal em favor das liberdades públicas e serve também de parâmetro do legislador toda vez que for editar leis limitadoras de direitos e liberdades dos indivíduos e também do próprio Judiciário que, ao se deparar *in concreto* com colisão de direitos fundamentais, deve, mediante ponderação, optar por dar prevalência a um em detrimento de outro. É, portanto, uma técnica de “interpretação e aplicação do direito”. Nesse sentido:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso,

---

<sup>195</sup> A respeito do assunto, equiparando os dois princípios e diferenciando-os apenas no que tange à origem: “O princípio da **razoabilidade ou da proporcionalidade**, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano... (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.” (grifo nosso), in: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 239.

<sup>196</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o...*, op. cit., p. 33.

considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.<sup>197</sup>

Assim, em matéria de regulação, o princípio da proporcionalidade serve também como vetor de limitação não só do poder regulatório de polícia (que permite à administração restringir as liberdades individuais em favos dos interesses coletivos,) como também de toda a atividade estatal, incluindo a normativa, ou seja, esse princípio exige que não só os atos administrativos, mas também os atos legislativos estejam em conformidade com uma finalidade pública, a ponto de justificar restrição a outros direitos. Trata-se, além de um instrumento para solucionar colisão de direitos fundamentais, de um mecanismo de controle, sobretudo da discricionariedade administrativa e legislativa. Nesse aspecto:

**Como sói, então, o princípio da proporcionalidade deverá ser observado pelos órgãos incumbidos de exercer regulação estatal quer esta se manifeste no âmbito dos procedimentos normativos** (de modo a não prever restrições infra-legais de caráter geral que exorbitem o quanto necessário à consecução das finalidades públicas justificadoras da regulação); quer no âmbito do poder sancionador (onde revelar-se-á em sua plenitude, tal qual ocorre no direito penal, não só na avaliação da punibilidade, mas também na dosimetria da pena); quer no exercício do poder de polícia ínsito à atividade regulatória (predicando que as restrições e condicionamentos típicos do poder de polícia deverão observar os traços de necessidade e adequação acima divisados). (grifo nosso)<sup>198</sup>

Ainda: ao valer de seu poder regulatório, o Estado deverá estabelecer uma harmonia entre a restrição imposta ao particular e o interesse coletivo que se pretende alcançar; se houver um desequilíbrio, tanto o ato administrativo quanto o ato legislativo estarão em desconformidade com tal princípio (ou com tal regra, para alguns). Conforme preleciona Marques Neto:<sup>199</sup>

Serve, portanto, **o princípio da proporcionalidade como um segundo importante crivo de aferição da adequação da atividade regulatória**. Através dele se pode aferir se uma determinada manifestação regulatória se deu com a intensidade adequada. Isso porque, mesmo num setor onde se verifiquem as condições justificadora da abrangência regulatória, poderá o regulador atuar regulando desmedidamente o setor ou praticando atos inconciliáveis com a proporcionalidade (impondo uma restrição incompatível com o benefício coletivo, atribuindo um ônus desproporcional ao bônus granjeado ou ainda sancionando um conduta de forma exacerbada). Nestas oportunidades ainda que aceitável a regulação (à luz do princípio da subsidiariedade), o manejo da competência do regulador estará condenado por desatender a devida e obrigatória proporcionalidade. (grifo nosso)

Em suma, resta-nos concluir que a ação regulatória normativa do Estado – ao intervir na ordem econômica, restringindo um princípio constitucional fundamental, qual seja, a livre iniciativa – deve ser utilizada apenas para proteger outros direitos ou valores

---

<sup>197</sup> Ibidem, p. 24

<sup>198</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade...*, op. cit., p. 20.

<sup>199</sup> Idem.

constitucionalmente relevantes e, ainda, somente será constitucionalmente legítima se os meios utilizados pelo Estado estiverem de acordo com o princípio (ou regra) da proporcionalidade.

Em outras palavras, a atividade de regulação se encontra direta e exclusivamente subordinada à sua finalidade que consiste, primordialmente, na proteção da economia de mercado e na garantia de valores sociais fundamentais que não podem ser satisfeitos por ação autônoma do mercado. A respeito dos objetivos da regulação, Moreira assim preleciona:

Ao contrário da economia baseada na intervenção económica do Estado e nos serviços públicos directamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, **baseada na iniciativa privada e na concorrência**, depende essencialmente da regulação pública não somente para **assegurar o funcionamento do próprio mercado, mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante.** (grifo nosso)

Nessa seara, o autor, ainda que implicitamente, menciona que a regulação só se justifica para alcançar determinada finalidade de interesse público – o que nos faz chegar à conclusão de que o Estado não pode, discricionariamente, valer-se da atividade regulatória intervindo de forma aleatória em qualquer setor da economia, sob pena de comprometer a liberdade de iniciativa, princípio fundamental da maioria dos Estados Contemporâneos.

Por fim, importante salientar que, apesar de serem princípios reconhecidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, subsidiariedade e proporcionalidade não estão previstos expressamente no direito positivo brasileiro, porém, de acordo com as premissas constitucionais, que protegem os direitos fundamentais e coíbe o abuso do poder estatal em prol desses direitos, ambos decorrem logicamente dessa estrutura, pois representam instrumentos de controle do Estado em favor das liberdades essenciais dos indivíduos.<sup>200</sup>

### 3.2.c – Princípio da Proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O princípio da proteção do núcleo essencial não se encontra previsto na CF/88 de forma expressa, ao contrário do que ocorre na Portuguesa (conforme se verá mais adiante), mas é um princípio que decorre logicamente do texto constitucional brasileiro, sobretudo por representar uma garantia à preservação das cláusulas pétreas (parágrafo 4º, IV, do art. 60), sendo vedado ao constituinte derivado emendar a constituição para suprimir, dentre outros, os direitos e garantias individuais.

O STF e a doutrina reconhecem esse princípio e entendem que configura o “limite dos limites” e deverá ser aplicado a fim de evitar o esvaziamento do conteúdo material do direito fundamental, que poderá ser restringido, mas nunca a ponto de se violar substancialmente a sua

---

<sup>200</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o...*, op. cit, p. 45. O autor conclui que a proporcionalidade é uma exigência que decorre logicamente da estrutura do Estado Constitucional que tem por objetivo garantir a satisfação dos direitos fundamentais.

essência. Portanto, deve haver, como limite de restrição a um direito fundamental, um núcleo intangível que serve de barreira contra qualquer medida restritiva, sobretudo de natureza legislativa.

Todavia, não existe uma regra jurisprudencial ou doutrinária para a compreensão do que vem a ser o “núcleo essencial”, devendo o seu entendimento ser apurado caso a caso. Ainda: o parâmetro para verificação se um direito fundamental teve a sua essência violada é a proporcionalidade e a ponderação. A respeito:

Não existe, entretanto, uma regra doutrinária ou jurisprudencial que identifique, minuciosamente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. A análise do núcleo essencial de um direito fundamental se dará caso a caso, no texto e contexto da Constituição.

Nesse contexto, o **princípio da proporcionalidade** e a **ponderação de interesses** surgem como ferramentas que permitem ao intérprete saber quais são os elementos nucleares do dispositivo de um direito fundamental que, se suprimidos pelo poder constituinte reformador, esvaziam a norma desse direito fundamental, violando a intangibilidade prevista no art. 60, parágrafo 4o, inciso IV, da Constituição Federal: *§ 4o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; I – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.* (grifo do autor)<sup>201</sup>

Diante disso, em matéria de regulação da economia, toda vez que o constituinte reformador e/ou até mesmo o legislador infraconstitucional quiserem restringir o exercício do direito fundamental da livre iniciativa privada deverá fazê-lo, desde que não comprometa a essência do direito a ser restringido e sempre em favor de um outro direito ou interesse constitucionalmente relevante.

### **3.3. Limites da regulação normativa em Portugal: uma análise jurídico-constitucional e doutrinária**

Conforme visto em capítulo destinado a tratar da disciplina constitucional da ordem econômica em Portugal, a CRP confere à liberdade de iniciativa o caráter de direito fundamental, mas também condiciona o seu exercício ao interesse geral (art. 61º, 3). Além disso, em seu art. 83º, atribui ao legislador português a prerrogativa de eleger as formas e os meios de intervir no mercado mediante apropriação pública dos meios de produção, bem como a de instituir reservas públicas de mercado (art. 86º, 3). Assim, muito embora, após ter aderido à União Europeia, o Estado português mediante as Revisões Constitucionais já citadas, tenha optado por uma maior liberalização da economia, o legislador possui ampla liberdade de

---

<sup>201</sup> FRÓS, Carla Carrión. *Direitos fundamentais. Restrições. Preservação do núcleo essencial*, p. 15, in: Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan. 2015 – abr. 2015. Disponível em: [www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1472579382.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472579382.pdf). Acesso em: 19/06/2018.

regulação para interferir no mercado – o que poderá afetar expectativas legítimas dos agentes econômicos privados.

Diante, pois, desse quadro constitucional, o problema que se coloca é o seguinte: a prerrogativa conferida pela CRP ao legislador ordinário para estabelecer normas reguladoras da economia destinadas, de alguma maneira, a intervir no mercado, diminuindo o campo da iniciativa privada, possui condicionantes? E ainda, mesmo que, em algumas situações, o próprio texto constitucional condiciona à existência de interesse geral ou interessa coletivo, essa apreciação para estabelecer essas condições é somente do legislador, ou é possível o controle desse juízo de apreciação?

Esse questionamento também fora levantado pela doutrina portuguesa, que reconhece que o texto constitucional, precisamente no art. 83º, confere ampla liberdade para que o legislador intervenha no domínio privado e que não existe expressamente qualquer menção na CRP que delimite a atuação estatal em matéria econômica. A esse respeito:

Um dos princípios constitucionais mais importantes consiste na livre intervenção econômica dos poderes públicos e que resulta *a contrario* da ausência de uma norma constitucional que claramente delimite pela negativa aquilo que ao Estado está vedado em matérias econômicas. No referido art. 83º afirma-se singelamente que será o legislador a determinar *os meios e formas de intervenção*, sem nada mais dizer sobre quaisquer limites intrínsecos desta. A **liberdade de intervenção é enorme**. (grifo do autor e nosso, respectivamente).<sup>202</sup>

Assim, acreditamos que a resposta se encontra, primordialmente, no texto da própria Constituição Portuguesa, que deverá ser interpretada de forma sistemática, levando-se em consideração suas regras e princípios.

Ainda: é sabido que, muito embora o legislador possua legitimidade de atuação fundada na vontade de seus eleitores, sua atuação necessariamente se vincula aos preceitos constitucionais, sobretudo em matéria de direitos fundamentais. Seguindo essa linha de pensamento:

Já atrás nos referimos, a vários propósitos, à **obediência que o legislador deve à Constituição, designadamente em matéria de direitos fundamentais**. O poder legislativo deixou de corresponder à idéia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante da realidade e juridicamente débil. É um poder ‘constituído’, obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e a acatar proibições, a prosseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objetivos que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido.<sup>203</sup>

<sup>202</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito...* op. cit., p. 101.

<sup>203</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit. Portuguesa de 1976, p. 206. Ademais, o autor faz menção às diversas espécies de leis cujo teor material é direito fundamental, explicando que existem leis ordenadoras; interpretativas; protetoras; promotoras, ampliativas de direitos fundamentais e as leis restritivas propriamente ditas. No caso dessas últimas, seu objeto é o sacrifício do conteúdo protegido de um direito em favor de um outro direito também constitucionalmente protegido, op. cit, p. 217.

Nessa seara, tendo em vista que o ordenamento constitucional português é um instrumento jurídico de proteção dos direitos fundamentais e limitação do poder estatal, toda atividade do Estado (incluindo-se, pois, a legislativa) cujo objetivo é restringir direito fundamental (classificado como “direitos, liberdades e garantias” ou aqueles que lhe são análogos) deve perseguir um interesse público constitucionalmente protegido. Nesse sentido, tal é a redação do art. 18º, nº 2, da Constituição:

Artigo 18.º Força jurídica

1. (...)

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (grifo nosso)

Ademais, ainda que existam leis restritivas de direitos fundamentais destinadas à proteção de outros direitos da mesma natureza, elas não poderão extinguir ou limitar tais direitos a ponto de esvaziar o seu conteúdo material, o seu núcleo essencial. Esse preceito também se encontra enunciado no art. 18º, 3, da CRP, *in verbis*: 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo **nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais**. (grifo nosso)

Os enunciados contidos no art. 18º, portanto, configuram verdadeira “restrição das restrições”, postulado que constitui a base de todo Estado de Direito, mas que somente veio a ser concretizado no modelo de Estado Constitucional, em que se passou a atribuir à Constituição força efetivamente normativa e, segundo dizeres do professor Jorge Miranda, “não é por acaso que só surge no Direito português com o art. 18º atual.”<sup>204</sup>

Do exposto, diante dos preceitos constitucionais presentes no art. 18º, podemos extrair dois princípios: o da proporcionalidade (que em Portugal é identificado por alguns, dentre eles, Canotilho, como princípio da proibição de excesso) e o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Outro princípio que, muito embora não se encontra previsto na CRP de forma expressa, mas que decorre da própria lógica da sistemática da ordem constitucional econômica, é o da subsidiariedade, eis que o sistema econômico português valoriza, por regra, o mercado e a livre iniciativa privada, desdobramentos naturais do princípio da autonomia da vontade – o que confere ao Estado, por conseguinte, papel secundário na órbita econômica.

---

<sup>204</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 303, Coimbra: 2014; Ed. Coimbra, 1ª ed.

Dessa forma, tais princípios, de caráter instrumental, servem de vetores interpretativos no que tange à análise de leis que restringem direitos fundamentais.

Logo, como a regulação da economia, em especial a normativa, implica na edição de medidas legislativas que de uma forma ou de outra intervêm e restringem direitos (sobretudo os inerentes às liberdades de mercado), imprescindível para a nossa pesquisa o estudo de tais princípios.

### **3.3.1. Princípio da proporcionalidade em Portugal: as diferentes formas de aplicação segundo a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC)**

Esse princípio, conforme tivemos a oportunidade de sobre ele discorrer anteriormente no tópico destinado aos limites da regulação no Brasil, também é utilizado em Portugal como um instrumento de limitação dos poderes estatais, sendo que a CRP faz alusão a seu respeito em inúmeros de seus preceitos (cfr. Arts. 18º/2 e 266º/2)19º/4; 272º/1 e 266º -, para além do que a própria doutrina e jurisprudência portuguesas têm também “lhe prestado uma considerável atenção.”<sup>205</sup> Há quem defenda, inclusive, a desnecessidade de inserção expressa de tal princípio no texto constitucional, por ser inerente à própria ideia de Estado de Direito, configurando, pois, um dos parâmetros essenciais no controle de atos que têm por objetivo restringir as liberdades individuais.<sup>206</sup>

A respeito de sua relevância e reconhecimento pela comunidade jurídica em Portugal, assim se posiciona a ilustre professora Suzana: “O princípio da proporcionalidade é hoje, por certo, o instrumento jurídico mais relevante e frequente no controlo judicial dos actos do poder público, sejam legislativos ou executivos [...]”<sup>207</sup>

Ocorre que a forma de aplicação desse princípio, para fins de controle de leis restritivas de direitos fundamentais, não é tratada de maneira unânime na doutrina, em especial em relação à análise de seus subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais subprincípios, conforme já mencionado, teve seu desenvolvimento teórico no direito alemão<sup>208</sup> e, a partir de então, fora difundido aos demais países continentais da

<sup>205</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 303, Coimbra: 2014; Ed. Coimbra, 1ed.

<sup>206</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 161, Coimbra: 2004, Coimbra Editora.

<sup>207</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. *O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*, p. 1, in: Boletim da Faculdade de Direito. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/.../1/tetralema%20da%20proporcionalidade.pdf>.

<sup>208</sup> Ibidem, p 12 e ss. A autora apresenta uma variedade de formas de aplicação do princípio da proporcionalidade segundo precedentes jurisprudenciais de diversos países ocidentais (não só da Europa), a fim de demonstrar

Europa. Todavia, haja vista os diferentes sistemas jurídicos, sua aplicabilidade sofre adaptações e mutações – o que não seria diferente no direito português.

Canotilho identifica esse princípio com o da proibição do excesso<sup>209</sup>, afirmando que, num primeiro momento, era destinado apenas para coibir abusos por parte do Poder Executivo, mas que, posteriormente, já na CRP de 1976, foi erigido ao *status* de princípio constitucional, sendo o seu campo <sup>210</sup>de aplicação estendido a qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias, abrangendo, assim, qualquer ato do poder público (seja aquele praticado pelo Estado-Administrador, Estado-Juiz e Estado-Legislador). Todavia, entende que em relação aos atos do Estado-Legislador que restrinja direito fundamental, o controle é mais limitado em decorrência do princípio da legitimidade democrática inerente à atividade do Poder legislativo, sendo-lhe “*reconhecido um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação.*”<sup>211</sup>

No entanto, mesmo entendendo que ao legislador é conferida maior liberdade de apreciação na edição de leis restritivas em matéria de regulação, o nobre autor reconhece que essa discricionariedade não é ilimitada e se sujeita, pois, à proporcionalidade, como bem se observa: “ O princípio da proibição do excesso (...) constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias (...) impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador.”<sup>212</sup>. Ocorre que, tendo em vista que ao Estado-Legislador é dada a liberdade no que tange ao juízo de apreciação da medida, não se aplica, para fins de controle, a análise da sua necessidade.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional admite, em matéria de regulação, apenas o controle de constitucionalidade de leis que se mostrem “*manifestamente inadequada*” ou nos casos de um “*erro manifesto de apreciação por parte do legislador*”<sup>213</sup>. Ainda: o princípio da proporcionalidade, como “*medida de racionalidade regulativa*”, “*não pode ser invocado de per se, mas sempre com referência a posições jurídicas concretas.*”<sup>214</sup>

---

justamente a diversidade de interpretações, sobretudo no que tange à análise dos subprincípios, para, ao final, propor a sua universalização segundo o “*tetralema*”: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade.

<sup>209</sup> Novais entende que a proibição do excesso identifica-se com o princípio da proporcionalidade apenas em seu sentido lato. Acerca do assunto: NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República...*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>210</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria...*, *op. cit.*, p. 266-7.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>212</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 457, Coimbra: 1974, Almedina.

<sup>213</sup> Vide Acórdão do TC (AC. TC. 108/99, DR, II, 104/99)

<sup>214</sup> SOMMERMAN, Karl-Peter (Bonner Kommentar, vol. II, p. 153) *apud* CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria...*, *op. cit.*, p. 272.

Por sua vez, defendendo a ideia de que, muito embora o teste da necessidade deva ser afastado no exame do controle dos atos do Estado-Legislador, mas que ao mesmo não se pode conferir-lhe plena discricionariedade pura e simples em nome da liberdade de conformação democrática, Vieira de Andrade entende que o controle de leis restritivas de direitos fundamentais deve ser analisado sob o prisma também da razoabilidade (substituição da necessidade pela razoabilidade). Vale dizer: apesar de não se sujeitar ao teste da necessidade da medida por ser área reservada à apreciação do legislador, sendo vedado ao Judiciário, em nome do Princípio da Separação dos Poderes, adentrar nesse mérito, é possível o controle por esse órgão mediante a verificação de ser a restrição razoável.

Assim, lúcidas as colocações do ilustre professor, a saber:

Julgamos que os juízes e, designadamente, o Tribunal Constitucional deverão utilizar, na fiscalização destes limites substanciais, um critério geral de defensabilidade, em especial quanto à proporcionalidade estrita, considerando inconstitucionais apenas as normas *desrazoáveis*, que constituem uma violação clara do princípio. Só assim se garantirá uma repartição equilibrada e racional dos poderes constituídos, tanto mais que o legislador em causa é obrigatoriamente um órgão com legitimidade democrática direta e está constitucionalmente autorizado a restringir aqueles direitos para aquelas finalidades.<sup>215</sup> (grifo do autor e nosso).

É importante enfatizar, ademais, que no que se refere à atuação do legislador parlamentar em matéria de direito fundamental, existem várias espécies de leis nesse sentido: “ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protetoras, promotoras e ampliativas”<sup>216</sup>, além das leis restritivas propriamente ditas. Essa distinção é crucial para delimitar a intensidade de vinculação do legislador aos preceitos constitucionais.

Assim, segundo o autor, é no controle das leis propriamente restritivas de direitos fundamentais que deve ser afastado o “teste da necessidade”, considerando a proporcionalidade da restrição mediante um “*critério de defensabilidade*”<sup>217</sup>, uma vez que o legislador possui um relativo espaço de conformidade, eis que essas leis decorrem geralmente de uma reserva constitucional específica de autorização – como é o caso das hipóteses previstas no art. 83º, em que a CRP autoriza a intervenção legislativa para atuar como regulador do mercado. Assim, no controle mediante o critério de defensabilidade, o intérprete deverá “*distinguir a adequação e a necessidade, relativamente às quais poderá efetuar um controlo intenso, do controlo de*

---

<sup>215</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na...*, op. cit., p. 288-9.

<sup>216</sup> Ibidem., p. 208.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 219.

*proporcionalidade em sentido estrito (ou equilíbrio), em que se basta com a verificação da razoabilidade da solução adotada.*”<sup>218</sup>

Já Reis Novais, defendendo a ideia de que a liberdade individual é a regra e a de que qualquer ingerência do Estado no sentido de restringi-la comporta exceção que só se justifica nos limites do adequado e do razoável, considera o princípio da proibição do excesso o mais abrangente, “*onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade*”<sup>219</sup>.

Entende, ainda, que o teste da proporcionalidade em sentido estrito deve ser complementado com o teste da razoabilidade (e não substituído), assumindo esse último o que ele chama de “*dimensão valorativa*”<sup>220</sup>, pois se concentra na gravidade que a medida pode causar na esfera individual do sujeito afetado. Assim, para ele, uma medida restritiva pode ser adequada em relação aos meios e aos fins, porém, poderá ser excessiva (desarrazoada) em relação à quantidade e à qualidade dos encargos impostos ao indivíduo. “*Logo, no controlo da razoabilidade já não é a adequação da relação entre bens que é averiguada, mas sim a razoabilidade da relação entre um dever de direito público e a pessoa do obrigado.*”<sup>221</sup>.

Por fim, Novais faz uma distinção entre o juízo de ponderação relativo à apreciação da escolha, por parte do legislador (ou até mesmo do juiz ou administrador) quanto ao direito que irá prevalecer em detrimento do outro a ser restringido ou sacrificado, com a ponderação a ser feita quando da análise da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Novais, essa última ponderação tem a ver com “*a validade constitucional da medida restritiva consequentemente emitida e fazer controlo em função, dentre outros requisitos da proporcionalidade.*”<sup>222</sup> No caso, seria analisar, após o juízo de valor, se a medida escolhida não é excessiva (é a complementação, pois, da razoabilidade).

Por sua vez, seguindo posicionamento diverso de Canotilho e do TC, a professora Suzana Tavares, reconhecendo deficiências em relação à interpretação jurisprudencial do Tribunal, defende em síntese que, ao se abster de analisar o critério da necessidade quanto aos atos do Estado-Legislador restritivos de direitos fundamentais em nome do princípio de liberdade de conformação democrática, a Corte Constitucional Portuguesa abre precedentes para o exercício de controle dos atos normativos nacionais junto aos Tribunais da União Europeia, onde a análise da *necessidade* tem efetividade. Ainda: em razão da singularidade do sistema português, em que o Governo também legisla, o TC deveria (mas não o faz) conferir

---

<sup>218</sup> Idem. N.R.

<sup>219</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República...*, op. cit., p. 163.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 189.

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 754.

deferência distinta quando se tratar de leis editadas pela Assembleia da República e quando se tratar de medidas político-legislativas que, formalmente sob a roupagem de lei, são editadas pelo Executivo e que venham a afetar situações ou expectativas legítimas e, por fim, critica o Tribunal por não se valer da razoabilidade como critério complementar da proporcionalidade, afastando, assim, a efetiva realização da justiça.<sup>223</sup>

A autora analisa o princípio da proporcionalidade levando em consideração o contexto atual de globalização econômica que aproxima diversos “mundos jurídicos” argumentando que, em decorrência dos diferentes constitucionalismos, torna-se difícil a aplicabilidade prática do princípio, gerando, assim, uma “*diversidade de culturas de interpretação*”, sobretudo quando a restrição às liberdades ultrapassa as fronteiras de um Estado e afeta interesses legítimos de indivíduos de outro Estado (não só, mas sobretudo, no contexto da própria UE). Diante disso, defende a importância de se estabelecer um método universal de aplicabilidade do princípio com base no entendimento dos Tribunais da UE, adaptável a esse contexto global, pois o método clássico, sobretudo germânico, baseado na trilogia “adequação necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” não consegue ser concretizado na prática, sofrendo, assim, mutações em decorrência das diversas interpretações realizadas pelos diferentes ordenamentos constitucionais. Diante disso, estabelece um método (universal) de aplicação do princípio baseado na: “adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”.<sup>224</sup>

Nesse contexto, a renomada jurista argumenta que nas questões econômicas globais, envolvendo atos legislativos que restringem liberdades econômicas, mas cujo objetivo é a implementação de políticas públicas, há que se acrescer à necessidade o teste da razoabilidade, por ser esse último o mais adequado para resolver questões que envolvam limitações funcionais do órgão de controle por falta de legitimidade. Assim, a razoabilidade seria um instrumento mais idôneo para fins de “*percepção racional da violação dos parâmetros*”<sup>225</sup>

Afirma, ainda, que o método tradicional alemão adotado pelo TC não se mostra eficaz quando o órgão se depara com atos legislativos do governo que tem por objetivo a execução de políticas públicas europeias, ainda mais quando o Tribunal afasta o critério da “necessidade”, afirmando que esse afastamento implica numa medida de autocontenção excessiva e que acaba por direcionar essa análise de controle para os órgãos europeus – o que representa uma perda de identidade do próprio sistema jurídico do país. Por fim, conclui a autora:

Assim, falar em metódica da proporcionalidade hoje não pode ser uma referência só ao teste triplo, nem só ao teste de razoabilidade, nem à necessária combinação de

---

<sup>223</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade...*, op.cit., p. 30.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 1-2.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 33.

ambos em simultâneo, mas sim um exercício prévio de adequação da escolha do teste ao objecto de controlo – é este o tetralemma do princípio da proporcionalidade.<sup>226</sup>

Assim, não obstante a doutrina apresentar pensamentos diferentes acerca da forma de aplicação do princípio, é verdade que tendem a reconhecer que, apesar de abarcar todas as funções do Estado, é na legislativa que a proporcionalidade “*assume maior relevância, embora com certas particularidades inevitáveis.*”<sup>227</sup>

Isso porque parte da doutrina e o próprio TC entendem que as imposições impostas pelo referido princípio são diversas para a atividade administrativa e a legislativa, sendo que, em relação a essa última, defendem o afastamento do ‘teste da necessidade’, pois reconhecem que a análise da necessidade da medida restritiva é exclusiva do legislador, que possui liberdade para avaliar essa questão, mas isso não significa que essa “prerrogativa de avaliação” a ele conferida o exima de atender ao princípio da proporcionalidade. A esse respeito:

Ora, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração -, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma “prerrogativa de avaliação”, como que um “crédito de confiança”, na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objetivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir).<sup>228</sup>

Diante disso, ainda que a CRP confira certa margem de conformação ao legislador em matéria de regulação econômica e o TC entenda que o controle nesses casos não deve se ater ao “teste da necessidade”, a atividade legislativa regulatória não é ilimitadamente discricionária. Do contrário, uma medida legislativa dessa natureza que, de forma arbitrária, intervenha na economia a ponto de comprometer o mercado, sem que haja qualquer racionalidade pública, configuraria excesso, por acarretar numa restrição à livre iniciativa desarrazoada, destituindo-se, pois, de legitimidade constitucional, além de ir de encontro às normas fundamentais de liberdade concorrencial preconizadas pelo DUE – o que poderá, caso afete interesse ou expectativa legítima dos operadores econômicos, provocar um deslocamento do exercício de controle para os tribunais europeus, sobretudo para o TJUE.

Ademais: em relação às leis restritivas de direitos fundamentais, o legislador possui uma margem de liberdade de conformação menor, eis que a restrição somente pode ser imposta para proteger outro interesse constitucionalmente previsto – conforme exigência do art. 18º, 2, da CRP.

---

<sup>226</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>227</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito...*, op. cit., p. 307.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 307.

Nessa linha de entendimento, toda vez que o Estado-Legislador impuser alguma medida legislativa reguladora que venha a restringir a livre iniciativa (ou qualquer outra liberdade de mercado), sendo essa um direito fundamental sujeito ao mesmo regime destinado aos direitos, liberdades e garantias, obrigatoriamente, deverá se subordinar às condicionantes previstas no art. 18º, 2 e 3. Tal é o ensinamento de Nabais<sup>229</sup>, a saber:

Com efeito, quando se trata das intervenções mais drásticas – as restrições aos direitos (que afectam o próprio conteúdo do direito) – o **legislador** tem de respeitar as exigências do artigo 18º, 2 e 3, ou seja, que as mesmas estejam expressamente previstas na Constituição, **respeitem o princípio da proporcionalidade e deixem intocado o conteúdo essencial do respectivo preceito constitucional.** (grifo nosso).

Importante também destacar as diversas situações em que uma lei restringe direito fundamental: 1) podem ocorrer hipóteses em que o legislador, ao limitar um direito, o faz intencionalmente com o intuito de resolver um conflito em abstrato com um outro direito ou interesse público relevante; 2) pode haver situações em que o legislador, na função de regulador económico ou social, restringe liberdades económicas ou frustra ganhos ou expectativas legítimas dos operadores económicos, apesar de não ser essa a sua intenção primária, a fim de priorizar um outro direito ou valor igualmente importante.<sup>230</sup> Para nosso objeto de estudo, entretanto, ambas as hipóteses irão configurar regulação de mercado sempre que uma lei restringir uma liberdade concorrencial ou o exercício de livre iniciativa privada, independentemente de qual seja a intenção inicial do legislador ao elaborar a norma restritiva.

Portanto, em relação à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade pelo TC, podemos chegar às seguintes conclusões<sup>231</sup>:

- Geralmente aplica o princípio valendo-se do método clássico germânico, porém, a análise dos subprincípios é feita de forma sucessiva e não simultânea;
- Vale-se do princípio da igualdade, como complementar ao teste da necessidade, para realizar um juízo quanto à “onerosidade relativa e sistêmica da medida”<sup>232</sup>, visando a não interferir no juízo de apreciação do legislativo quanto às suas opções políticas;

<sup>229</sup> NABAIS, José Casalta. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, p. 14 in: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº400, Lisboa: 1990.

<sup>230</sup> TAVARES, Suzana da Silva. *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade...*, *op.cit.*, p. 2 (N.R.) Para a primeira situação, a autora fornece o seguinte exemplo: restrição à liberdade de circulação em favor da segurança nacional; já para a segunda hipótese, em que não existe a intenção primária, mas que afeta, indiretamente, o mercado, frustrando ganhos ou expectativas legítimas, apresenta outro: “*definição das regras de uso sustentável da água limita certas liberdades económicas e até as possibilidades de aproveitamento económico de obras infra- estruturais dependentes do uso daquele bem.*”

<sup>231</sup> Observações segundo TAVARES DA SILVA, Suzana. In: *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade...*, *op.cit.*, p. 29-30.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 30.

- Em se tratando de controle no âmbito legislativo, a aplicação do princípio deve respeitar a liberdade de conformação do legislador, somente a ele se sobrepondo em caso de “*erro manifesto de apreciação*”. Todavia, segundo alguns doutrinadores, o controle da medida legislativa restritiva deve se pautar na análise também da razoabilidade.

### **3.3.2. Princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais**

Esse princípio representa verdadeiro corolário limitador da atuação do legislador cujo objetivo é proteger a efetividade do direito fundamental a ser restringido, isto é, tem como pressuposto proteger, em última instância, a essência do direito fundamental com vistas a impedir o esvaziamento completo de seu conteúdo material. Na CRP tal princípio vem enunciado no art.18º, 3.<sup>233</sup>

Ocorre que, na prática, é complexa e de difícil identificação a definição do que precisamente vem a ser a “essência” de um direito fundamental. Para tanto, a doutrina desenvolveu algumas teorias, dentre elas, podemos destacar a absoluta e a relativa. Segundo a primeira, o conteúdo essencial possui uma dimensão determinada e certa em abstrato, estruturalmente autônoma e insuscetível de restrição por parte do legislador ordinário. Já para a teoria relativa, o núcleo essencial de um direito fundamental vai depender das circunstâncias do caso concreto.

Não obstante as diversas formulações teóricas, na análise da lei reguladora cujo objeto é impor restrições aos direitos de liberdade de mercado, para fins de proteção de seu núcleo essencial, o legislador deverá se valer também do princípio da proporcionalidade. Novais argumenta, inclusive que, segundo a teoria relativa, a proteção do conteúdo material do direito fundamental se identifica com o princípio da proibição do excesso, ao considerar que a restrição só é legítima se for para proteger outro direito ou bem socialmente relevante e, nesse sentido, a violação ao princípio da proibição do excesso configuraria também violação ao conteúdo substancial do direito. Já a teoria absoluta, considera que em cada direito fundamental existe um lugar intangível (núcleo intocável) que, em momento algum, poderia ser afetado pela restrição.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> Preceito semelhante encontramos nas Constituições alemã e espanhola, a saber: Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 23 de maio de 1949, prescreve em seu artigo 19.2: [...] em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.

A Constituição da Espanha, de 31 de outubro de 1978, também traz o mencionado princípio em seu artigo 53.1: Garantias dos direitos e liberdades fundamentais 1. Os direitos e as liberdades estabelecidos no Capítulo II do presente Título obrigatórias para todas as entidades públicas. Somente por lei, que em qualquer caso, deve respeitar a sua conteúdo essencial, pode regular o exercício dos direitos e liberdades, que são protegidas em conformidade com as disposições do artigo 161, 1.

<sup>234</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 785.

Ainda: discute-se, também, se tal princípio limita a atuação do Estado no que tange à proteção geral e objetiva dos direitos fundamentais como um todo, ou se tem por objetivo salvaguardar cada um dos direitos fundamentais na sua concepção subjetiva e individual (que muitos chamam de “teoria objetiva” e “teoria subjetiva”, respectivamente).<sup>235</sup>

Todavia, é verdade que as diversas teorias produzem resultados similares quando pretendem proteger direitos fundamentais em decorrência de medidas restritivas do poder desarrazoadas ou arbitrárias, uma vez que, para análise de supressão ou não do conteúdo material do direito, o intérprete muitas das vezes tem que se valer de outros princípios, como: o da proporcionalidade; o da ponderação de bens; da proibição de excesso e o da dignidade da pessoa humana que, para muitos, é esse último seu parâmetro delimitador. Nesse sentido, Novais atribui ao princípio da garantia do núcleo essencial um caráter supérfluo justamente por inseri-lo no da proibição do excesso. Abaixo, seguem suas considerações:

Num quadro de ponderação de bens e da sua estruturação através do princípio da proibição do excesso, esta garantia pode, quando muito, constituir um elemento de *sinalização* da necessidade de preservar no direito fundamental, tanto quanto possível, um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo, objectivo ou subjectivo, demarcado materialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, finalmente, pela natureza dos direitos fundamentais enquanto *trunfos* contra a maioria.<sup>236</sup>

No entanto, caso pretendam atribuir-lhe autonomia, principalmente em relação aos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso (que para ele não são idênticos), o autor argumenta que o princípio da garantia do núcleo essencial serviria apenas como uma “*mera proclamação e sinalização da dependência e vinculação do legislador e restantes poderes constituídos pelos direitos fundamentais*”<sup>237</sup>, além de servir de *retórica argumentativa das decisões judiciais de controle, por identificar a sua violação com a própria violação do direito fundamental*.

Por fim, apesar das diversas teorias e interpretações acerca de tal princípio, a CRP expressamente atribui ao mesmo um importante papel limitador da atuação do Estado no que tange às restrições aos direitos fundamentais – devendo, portanto, ser aplicado também em relação à edição de leis reguladoras da economia.

---

<sup>235</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, p. 21. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Conteudos/eads\\_es03.pdf](http://www.fd.unl.pt/Anexos/Conteudos/eads_es03.pdf). Acesso em: 11/05/2018.

<sup>236</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 798.

<sup>237</sup> Idem.

### 3.3.3. Princípio da Subsidiariedade

Trata-se de um princípio, conforme já visto, que atribui ao Estado papel secundário no que tange precipuamente às intervenções na esfera privada. Em matéria de regulação na economia, esse princípio homenageia primeiramente a autonomia da vontade e as liberdades do mercado – como afirmação do indivíduo na sociedade.

É certo que, ao contrário da Constituição Portuguesa de 1933, onde existia menção à subsidiariedade estatal (art. 33º)<sup>238</sup>, a atual não o faz de forma categórica, conferindo ao legislador, na maioria das vezes e conforme anteriormente visto, ampla liberdade de conformação em matéria de intervenção na economia. Ou seja: a regulação normativa da economia em Portugal é consideravelmente significativa e, segundo autores, como Moncada, a ausência do princípio da subsidiariedade “*mesmo numa sua formulação branda, singulariza a ordem constitucional portuguesa da economia e permite ao Estado um nível de intervenção que não tem paralelo nos outros países europeus.*”<sup>239</sup> (grifo nosso)

Entretanto, ainda que o texto constitucional confira ao legislador ampla margem de liberdade no que tange ao seu papel de regulador da economia, cabendo-lhe a decisão de optar por um papel de maior ou menor interventor direto na economia, as suas decisões, apesar de politicamente amparadas por essa liberdade de conformação democrática, devem sempre se pautar na demonstração da existência de um interesse público que o legitime. Nesse sentido, portanto, o seu papel de regulador é subsidiário, ou seja, a prerrogativa de intervir na economia, limitando mercado somente se justifica para proteger direitos ou valores. É uma atuação residual. Nessa linha de raciocínio, acertadas são as argumentações de Otero, senão vejamos:

Num outro sentido, a vinculação justificativa ao interesse público de toda e qualquer intervenção económica pública, enquanto seu fundamento, limite e critério constitucional de actuação, determina que cessado aquele numa determinada situação concreta, sem que se verifique a existência de um outro interesse público digno de tutela, desaparece a causa justificativa da referida intervenção pública, gerando-se agora um movimento em sentido inverso: a “desintervenção” económica pública ou, pura e simplesmente, a privatização ou reprivatização dos respectivos meios de produção. Também aqui passará, afinal, **uma postura de reforço da subsidiariedade do papel económico do Estado.**<sup>240</sup>

Ainda, em razão do princípio do primado do direito europeu sobre as normas internas dos Estados-Membros e, sendo a subsidiariedade um princípio que atribui prevalência às

---

<sup>238</sup> Redação do Art. 33º, da Constituição Portuguesa de 1933: “*O Estado só pode intervir diretamente na gerência das atividades económicas particulares quando haja de financiá-las e para conseguir benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção.*”, in: MONCADA, *Manual Elementar de Direito Público...*, op. cit., p. 102.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>240</sup> OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências sociais no interior do sector público*, p. 34, Coimbra: 1999, Editora Coimbra.

liberdades individuais, incluindo-se aí as liberdades de mercado e todo o seu pluralismo econômico – constituindo, portanto, princípios fundamentais europeus - entendemos que a ordem econômica portuguesa deve a esse princípio se sujeitar, sob pena de contrariar a ordem jurídica europeia. Acerca da subsidiariedade da regulação econômica em relação à economia de mercado, como regra, assim se pronuncia Moreira:

Se anteriormente a regulação, lato sensu (incluindo a ação económica do Estado) visava substituir o mercado, **esta nova regulação é essencialmente subsidiária do mercado, suprimindo as suas falhas ou insuficiências.**

Por isso, enquanto a regulação da economia sob o Estado intervencionista tinha sido marcada por fortes restrições da liberdade económica e da concorrência e por vezes pela hostilidade ao mercado, a nova regulação no Estado pós-intervencionista tem como prioridade ser conforme ao mercado (*marktkonform*) e mesmo amiga do mercado (*market-friendly*). (...) **A regra é a concorrência; a regulação é exceção.** O princípio canónico da economia de mercado regulada é: “concorrência sempre que possível, regulação sempre que necessário.”<sup>241</sup> (grifo nosso)

Do exposto, em matéria de regulação da economia, ao Estado cumpre um papel residual, apenas sendo permitida a sua intervenção no domínio económico quando necessária (princípio da necessidade – subprincípio da proporcionalidade) para evitar o comprometimento de outros valores constitucionalmente relevantes para a sociedade. A intervenção, portanto, é (limitadamente) admitida, mas compete ao Estado, de forma subsidiária, atuar somente para coibir as práticas hostis do mercado conferindo-lhe “*espaço suficiente para que as virtualidades da sociedade civil se possam desenvolver e exprimir.*”<sup>242</sup>

### **3.4. Lei reguladora da economia e seu carácter restritivo em relação ao exercício das liberdades de mercado: colisão entre direitos fundamentais e o regime jurídico dado aos “direitos, liberdades e garantias” no ordenamento constitucional português**

Conforme antes exposto, o ordenamento constitucional português basicamente ‘divide’ os direitos fundamentais em duas categorias: a dos “direitos, liberdades e garantias” – que são direitos de defesa contra os abusos do poder estatal e a categoria dos direitos sociais, económicos e culturais – que exigem do Estado uma atuação positiva para a sua efetiva concretização.

Diante dessa dicotomia, a CRP confere aos primeiros um regime jurídico diferenciado impondo maiores limitações à atuação do Estado, sobretudo no que se refere à edição de leis restritivas dos direitos dessa categoria em questão.

---

<sup>241</sup> MOREIRA, Vital. Texto elaborado pelo autor para o *Programa da disciplina “Direito Público da Regulação”*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 22. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>. Acesso em: 19/06/2018.

<sup>242</sup> FILIPE, Ricardo da Cruz. “*Privatizações e regulação: a experiência portuguesa*”, p. 86. In: Direcção-Geral de Estudos e Previsão, Ministério das Finanças, Lisboa: 1999.

No caso de lei reguladora da economia, normalmente, o que está em conflito é o sacrifício (parcial) a alguma liberdade de mercado, principalmente no que tange ao exercício do direito de livre iniciativa privada, em favor de um outro interesse ou direito constitucionalmente relevante. Assim, o legislador, ao sacrificar e restringir esse direito ou outra liberdade, mediante juízo de ponderação, decide que o direito a ser protegido possui uma dimensão de peso maior a ponto de optar pela restrição.

Assim, a solução da colisão entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e outro direito ou interesse público irá depender da natureza do direito em conflito e, na maioria das vezes, a resposta se encontra no próprio texto constitucional.<sup>243</sup> Porém, pode ocorrer de existir conflito cuja resposta não se encontra expressa na CRP.

Todavia, a restrição ao exercício de um direito fundamental tem que ser realizada com o objetivo de proteger bens e direitos previstos na Constituição e somente aqueles em que a ordem constitucional elegeram como relevantes e dignos de uma especial atenção. Ainda: há que se delimitar o âmbito normativo dos direitos, ou seja, é necessário verificar se os direitos “em choque” efetivamente estão protegidos pela Constituição; pois do contrário, o conflito será apenas aparente (exemplo: o direito à liberdade de expressão não colide com o direito ao bom nome, não sendo autorizado o seu uso para difamar uma pessoa, pois a Constituição não concede o direito à difamação).

Seguindo essa linha de raciocínio relativa ao conflito aparente e valendo-se de uma das teorias, Vieira de Andrade faz alusão à distinção entre colisão de direitos fundamentais propriamente dita e limites imanentes. No primeiro caso, o que ocorre, em matéria de leis restritivas de direitos fundamentais, é o sacrifício de um direito em favor do outro, ao qual se atribuiu “maior peso” (o legislador, ao restringir a liberdade de iniciativa em favor, por exemplo, da saúde ou do meio ambiente, opta por sacrificar em parte esse direito para proteger o outro. Em abstrato, ambos os direitos são legítimos e possuem a mesma hierarquia). Já na aparente “colisão” decorrente de limites imanentes, o que ocorre é que um direito fundamental sofre limitação por força de enunciados que decorrem implícita ou explicitamente da própria Constituição. Nesse caso, não estaremos diante de uma situação de conflito entre direitos fundamentais, mas tão somente de limitações impostas pela lógica do texto constitucional. Nesse sentido, por exemplo, não se pode invocar o direito à liberdade religiosa para justificar o

---

<sup>243</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Fundamentos da... op. cit.*, p. 135. Os autores dão o seguinte exemplo de colisão cuja resposta está expressa na Constituição: “a liberdade interna de imprensa (art.38º-2), ao implicar a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação, pode entrar em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas e a decorrente liberdade de orientação (art.38-2).”

sacrifício de seres humanos, ou ainda, apelar para o não pagamento de um tributo em nome do direito de propriedade, uma vez que inexistente previsão no texto constitucional hábil a justificar esses direitos. Não se trata, pois, de colisão entre direitos fundamentais, mas de limitações, repita-se, impostas (de forma explícita ou implícita) pelo legislador constituinte.<sup>244</sup>

Além disso, existindo efetivamente a colisão, deve-se verificar se existe uma reserva de lei restritiva autorizada no texto constitucional, sendo que, nessa hipótese, a própria lei poderá resolver o conflito.<sup>245</sup>

No caso de regulação da economia, há previsão na CRP de reserva de lei autorizando a restrição (art. 83º e art. 86º, 3). Porém, é justamente essa a problemática de nosso estudo: até que ponto e quais os critérios e limites a que se submete o legislador ao realizar a restrição.

Existe, pois, liberdade de conformação do legislador em regular a economia, porém, quando se tratar de restrição à livre iniciativa, o campo de liberdade conferida ao legislador é mais limitado.

Assim, se a colisão ocorre entre o direito à liberdade de iniciativa privada, ou qualquer outra liberdade concorrencial (que possui natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, mas que existe casos em que a própria Constituição autoriza a restrição) e um direito da mesma natureza que não se admite reserva de lei restritiva, o exercício ao direito de liberdade de iniciativa poderá ser restringido respeitando-se, todavia, o princípio da proporcionalidade. Se o conflito for com outro direito fundamental da categoria dos “direitos, liberdades e garantias” sujeito à reserva de lei restritiva, o legislador “*poderá fazer ingerências ou limitar o exercício dos dois direitos na medida necessária, estabelecendo, de forma proporcionada, a concordância prática entre ambos.*”<sup>246</sup>

Por fim, se a lei reguladora for restringir o direito de livre iniciativa para proteger outro direito fundamental que não se encontra na categoria dos “direitos, liberdades e garantias” ainda assim se admite a restrição, porém, a margem do legislador para restringir será menor, devendo o mesmo fazê-lo somente até o limite necessário para salvaguardar minimamente o outro direito ou bem constitucionalmente protegido.

---

<sup>244</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os direitos fundamentais na Constituição...*, op. cit., p.273-4.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 137. O autor, inclusive, defende a ideia de que mesmo em relação àqueles direitos fundamentais em que a Constituição não faça menção expressa quanto à possibilidade de restrição por lei, é possível o legislador proceder à restrição ainda assim, pois pode haver situações em que outros direitos igualmente relevantes tenham que ser protegidos em detrimento desses. Nesse sentido também entende Jorge Reis Novais. Para aprofundamento, ler: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pelo Constituição.*

Do exposto, conclui-se que, em se tratando de lei reguladora da economia cujo teor se destina a restringir o direito à livre iniciativa ou qualquer outra liberdade de mercado (liberdade de empresa; livre circulação de mercadorias, liberdade de prestação de serviços...), a conduta do legislador quanto ao “juízo de apreciação da medida” dependerá da natureza do direito ou interesse público a ser protegido. Assim:

- em todas as hipóteses, deverá observar o princípio da proporcionalidade (somente na medida necessária para proteger o direito em conflito) e, mediante a prática da ponderação, entender que o direito à livre iniciativa, no caso, teve uma dimensão de peso menor que o outro a ser protegido. Enfatizando-se, desde logo, que, apesar de o TC entender que cabe somente ao legislador a livre apreciação quanto ao juízo da necessidade, a doutrina entende que ao órgão judicial de controle caberá o exame da razoabilidade.<sup>247</sup>
- ainda, deverá preservar minimamente o conteúdo material do direito restringido (sujeitando-se, portanto, ao princípio da proteção do núcleo essencial);
- e, quando o conflito ocorrer entre o direito de liberdade de iniciativa e um direito que se encontra também na categoria dos “direitos, liberdades e garantias”, sujeito à reserva de lei restritiva, deverá o legislador promover a concordância prática entre ambos.

Diante disso, a atividade de regulação da economia do legislador não é ilimitadamente discricionária e seus limites se encontram previstos na ordem constitucional. Conclusivas, pois, as palavras de Moreira acerca da limitação da atividade regulatória do Estado em Portugal, senão vejamos:

A regulação da economia não é em si mesma uma faculdade discricionária, sendo antes uma obrigação constitucional, sempre que dela dependa a realização de objetivos ou direitos constitucionais, nomeadamente as falhas de mercado, os serviços de interesse económico geral, o ordenamento urbanístico e territorial, o ambiente. Bem entendido, a Constituição deixa uma larga margem de opção legislativa quanto ao grau, intensidade e instrumentos da regulação. Por outro lado, porém, tal como toda a intervenção pública na esfera e autonomia dos particulares num Estado de direito constitucional, também **a regulação económica tem limites constitucionais.** (grifo nosso)<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> No caso do Brasil, conforme exposto, a maior parte da doutrina (apesar das críticas infirmadas por alguns) e a jurisprudência do STF consideram proporcionalidade e razoabilidade como sinónimos.

<sup>248</sup> MOREIRA, Vital. Texto elaborado pelo autor para o *Programa da disciplina “Direito Público da Regulação”*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 170. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>. Acesso em: 11/06/2018.

### 3.5. Limites à regulação segundo o DUE. Restrições às liberdades fundamentais de mercado e o posicionamento do TJUE

Conforme já visto, “*as liberdades fundamentais do mercado interno são direitos materialmente fundamentais dos cidadãos europeus.*”<sup>249</sup> O art. 26º/2, do TFUE (Tratado para o Funcionamento da União Europeia) dispõe que o mercado interno compreende um espaço de fronteiras internas que assegura a livre circulação de mercadorias, de pessoas, dos serviços e de capitais – o que permite o aumento e o estímulo à livre concorrência, livre iniciativa, liberdade de empresa e liberdade de estabelecimento, permitindo a todos os indivíduos de nacionalidade europeia esses direitos no âmbito do território que abrange a UE, sem distinção ou discriminação em razão de sua nacionalidade.

Todavia, é possível, em nome de outros valores e direitos também assegurados pela UE, que um Estado-Membro opte por regular seu mercado impondo, internamente, leis restritivas a essas liberdades concorrenciais. No entanto, ainda que exista tal possibilidade, há limitações a essas restrições, que são frutos de precedentes jurisprudenciais do TJUE, pois em decorrência de “*seu significado econômico, as liberdades fundamentais do mercado interno constituem algumas das matérias mais litigadas judicialmente no seio da UE.*”<sup>250</sup>

Em relação à liberdade de estabelecimento, por exemplo, o art. 52º/1 TFUE admite que um Estado-membro imponha restrições a esse direito, sobretudo para estrangeiros, por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Enfim, são admitidas as restrições, desde que o fundamento seja de natureza não econômica, além de serem aplicadas em caráter sempre restritivo.

No mais, outras justificativas poderão ser objeto de argumentação para fins de restrição em nome do interesse geral, inclusive para proteger direitos ou bens aos quais os Tratados reconhecem dignidade de proteção.<sup>251</sup>

Diante desse cenário, é possível a existência de litígios (na ordem interna e internacional) por parte de agentes econômicos privados que por ventura se vêm prejudicados em decorrência de possíveis restrições às suas liberdades de mercado por parte dos Estados-membros.

---

<sup>249</sup> MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da...*, op. cit., p. 273.

<sup>250</sup> *Idem.*

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 335. O autor menciona precedente jurisprudencial em que o Tribunal europeu admitiu a invocação do “interesse geral” para justificar a exigência de autorização administrativa como condição para utilizar diplomas obtidos no estrangeiro, desde os requisitos do procedimento **não sejam desproporcionais** (C-19/92, Kraus, 31-03-1993 - grifo nosso).

É certo que o próprio texto da CRP, ao conferir um espaço maior de liberdade ao legislador infraconstitucional em matéria de regulação da economia, tende a ser mais intervencionista, o que permite a opção pelo exercício direto de atividades econômicas por parte do Estado (seja através da apropriação pública, seja mediante instituição de reservas públicas de mercado), diminuindo, por conseguinte, a esfera de atuação da iniciativa privada – indo de encontro, portanto, com a lógica e os princípios de liberdade de mercado preconizados pela UE.

Ocorre que, muito embora o texto constitucional português apresente regras predominantemente intervencionistas no domínio econômico, conferindo ampla margem de liberdade ao legislador nessa área, segundo Canotilho e Moreira, a princípio, o mesmo não confronta frontalmente com os princípios fundamentais e as liberdades de mercado fundadas na livre concorrência. Nos dizeres dos autores, “*a grande mudança verificada desde os anos 90 do século passado na ordem económica comunitária, nomeadamente a abertura ao mercado da maior parte dos antigos serviços públicos (eletricidade, telecomunicações, serviços postais, etc), não encontrou nenhum obstáculo na constituição económica da CRP.*”<sup>252</sup> Todavia, reconhecem que, em razão do princípio do primado do direito europeu sobre o direito nacional (incluindo a Constituição), apesar de nunca se ter “*suscitado nenhum litígio tendo como base incompatibilidade entre a CRP e o TCE*”<sup>253</sup>, as normas da constituição económica portuguesa devem ser interpretadas conforme os princípios da ordem económica da UE e, havendo incompatibilidade, o direito europeu deverá prevalecer em detrimento do direito interno.<sup>254</sup>

Ainda, no que diz respeito, sobretudo, à instituição de monopólios públicos por parte do legislador português, mesmo que exista previsão expressa na CRP nesse sentido (art. 86º, 3), o principal instrumento de liberalização desses exclusivos foi o art. 106º, do TFUE (antigo art.86º, TCE), que atribuiu poderes à Comissão para emanar diretivas destinadas a garantir que os Estados-membros observem as regras relativas às liberdades e aos princípios fundamentais dos Tratados, principalmente em relação a não discriminação em razão da nacionalidade e às regras de respeito à livre concorrência.

Assim, a prerrogativa garantida pelo texto constitucional português referente à instituição de reservas públicas de mercado, bem como as normas referentes à apropriação pública de bens não são a princípio vedada pelo direito europeu (em razão do princípio da neutralidade), porém, somente se justificam, repita-se, nos casos de existência de interesse

---

<sup>252</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...*, op. cit., p. 953.

<sup>253</sup> Idem.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 954.

público que se sobreponha às liberdades e aos princípios fundamentais que informam o DUE. Numa economia, ainda que social de mercado, a regra é a opção pela liberdade e sua restrição, mediante a regulação, é residual.

Importante frisar, também, que as liberdades do mercado interno garantem direitos aos agentes econômicos não só nacionais, mas a todo e qualquer cidadão europeu, sendo vedado, por óbvio, restrições (injustificadas) concernentes à proibição, por parte de um Estado, da entrada de mercadorias advindas de outro Estado-membro. Nessa seara, o legislador português, ao regular a economia e restringir alguma liberdade concorrencial, deve se sujeitar aos limites impostos não só pelos princípios da CRP, mas também pelas normas e princípios fundamentais do DUE – sendo o TJUE um órgão de controle cujas decisões nessa área devem servir de paradigma e orientação aos órgãos de controle nacionais.

Assim, as determinações impostas aos Estados-membros referentes ao respeito pelas liberdades do mercado interno, sobretudo no que tange à livre circulação de mercadorias, têm por fundamento o princípio do mútuo reconhecimento - que assegura a entrada livre de uma mercadoria de um Estado no território de outro, na medida em que se baseia no reconhecimento das normas comerciais estabelecidas pelo Estado-membro de onde o produto é originário.<sup>255</sup> Todavia, apesar de, *a priori*, garantir a livre entrada da mercadoria, o TJUE vem admitindo restrições sempre em nome da saúde pública; do direito dos consumidores; do ambiente... ou seja: as restrições às liberdades do mercado interno seguem o mesmo regime de tratamento dado às restrições aos direitos fundamentais, podendo ser efetivadas, portanto, para proteger ou garantir um direito fundamental ou outro interesse social relevante – baseando-se o TJUE, para fins de verificação de sua legitimidade e conformidade com o DUE, no princípio da proporcionalidade, aliado aos princípios (ou teste da razoabilidade) e da igualdade, a fim de evitar adoção de medidas legislativas discriminatórias e arbitrárias com o intuito de conferir vantagens aos produtos nacionais, afetando, assim, a lealdade concorrencial.

Por fim, para fins de ilustração, seguem alguns julgados do Tribunal europeu quanto à análise de medidas regulatórias tendentes a restringir as liberdades de mercado:

#### 1. JULGAMENTO DESFAVORÁVEL À NORMA RESTRITIVA POR CONSIDERAR A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INTERESSE PÚBLICO QUE JUSTIFICASSE A RESTRIÇÃO:

---

<sup>255</sup> MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União...*, *op. cit.*, p.290.

ACÓRDÃO CASSIS DE DIJON (C-120/78)<sup>256</sup>. RESUMO: determinada empresa francesa, fabricante de um licor específico, viu-se impedida pela autoridade do Estado Alemão competente, de comercializar o seu produto, por conter teor alcoólico abaixo do mínimo exigido pelas normas alemãs. A questão foi objeto de litígio junto ao órgão de justiça alemão competente que, mediante incidente de questão prejudicial, dirigiu-se ao então TJCE, a fim de que esse se pronunciasse se tal norma restritiva feria o art. 30º do Tratado da CEE que, apesar de permitir restrições à livre circulação de mercadorias entre os Estados-membros por questões de segurança, saúde pública, defesa do consumidor..., proíbe discriminações arbitrárias aptas a dissimular a livre concorrência. No caso, o TJCE entendeu que tal medida restritiva alemã tinha por objetivo apenas a concessão de vantagens aos produtos de alto teor alcoólico, afastando do mercado nacional outras que não continham tal especificação, constituindo um obstáculo às trocas comerciais e, portanto, incompatível com as disposições do art. 30º, do Tratado.

## 2. JULGAMENTO FAVORÁVEL À NORMA RESTRITIVA POR EXISTÊNCIA DE UM INTERESSE PÚBLICO DE PESO MAIOR ÀS LIBERDADES DE MERCADO.

ACÓRDÃO C-137/09, 16-12-2010<sup>257</sup>. RESUMO: Processo objeto de questão prejudicial ajuizado pelo órgão de justiça (Raad van State) dos Países Baixos para que o Tribunal se pronunciasse acerca de norma municipal que proibia a venda de canabis, em coffeeshops, a não residentes. O Tribunal, no caso, entendeu que a referida norma municipal, apesar de configurar uma restrição à livre prestação de serviços, poderia ser imposta ainda assim pelo município em favor do combate ao turismo da droga e aos efeitos prejudiciais que o mesmo gera.

Do exposto, podemos inferir que, por serem as liberdades de mercado consideradas direitos fundamentais dos cidadãos europeus, se o legislador português, ao regular a economia, restringir alguma delas, deverá fazê-lo sempre em favor ou em nome de outro direito fundamental ou interesse público de igual importância e que, apesar do TC de Portugal exercer um controle de contenção menor em relação ao juízo de apreciação do legislador (não se atendo

---

<sup>256</sup> Disponível em: [Cassis de Dijon - EUR-Lex - Europa EU https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ013](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ013)  
Acesso em : 21/06/2018.

<sup>257</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ013>  
Acesso em: 21/06/2018. Íntegra dos fundamentos do acórdão: “No quadro de sua atividade que consiste na comercialização de estupefacientes que não fazem parte do circuito estritamente vigiado pelas autoridades competentes tendo em vista a sua utilização para fins médicos ou científicos, o proprietário de uma coffeeshop não pode invocar os artigos 12º CE; 18º CE; 29º CE ou 49º CE para se opor a uma regulamentação municipal como a que está em causa no processo principal, que proíbe a admissão de pessoas não residentes nos Países Baixos nesses estabelecimentos [...] 2. O art. 49º CE deve ser interpretado no sentido de que uma regulamentação como a que está em causa no processo principal constitui uma restrição à livre prestação de serviços consagrada pelo Tratado. Todavia, essa restrição justifica-se pelo objetivo de combate ao turismo da droga e às perturbações que o mesmo gera.” (grifo nosso).

à “regra da necessidade”), suas leis poderão ser objeto de controle por parte dos Tribunais europeus que, efetivamente, aplicam a proporcionalidade levando em conta esse subprincípio.

Por fim, as restrições, fundadas em leis regulatórias do mercado, somente serão consideradas admissíveis pelo TJUE se obedecerem aos seguintes requisitos: 1) possuírem fundamento expressa ou implicitamente previsto nos Tratados com o objetivo de alcançar algum interesse geral; 2) respeitarem aos princípios da proporcionalidade e igualdade; 3) forem interpretadas restritivamente; 4) sujeitarem-se a controle judicial efetivo.<sup>258</sup>

### **3.6. Limites à regulação da economia no Brasil e em Portugal: análise comparativa**

De acordo com o exposto inicialmente, a análise dos limites da regulação da economia no Brasil e em Portugal deve ser feita à luz das normas que compõem as respectivas Constituições Econômicas. Em relação a Portugal, há ainda que se interpretar o texto constitucional de acordo com as normas do DUE cujos princípios fundamentais se baseiam nas liberdades de mercado.

Analisando a ordem constitucional econômica de ambos os países, podemos afirmar que, apesar de adotarem um modelo de Estado regulador cuja opção tende a ser, preferencialmente, pela não intervenção direta do Estado na economia, a CRP confere ao Estado português um poder maior de atuação direta no domínio econômico.

Significa que, em várias situações, o texto constitucional português admite e confere ao Estado a prerrogativa de atuar como prestador de atividade econômica, a saber: 1) quando lhe atribui a titularidade dos meios de produção ao lado do setor privado e cooperativo – o que nos implica afirmar que a CRP, inclusive, atribui à iniciativa pública ampla liberdade de atuação no mercado, por não reservar à iniciativa privada nem à cooperativa qualquer setor específico - situação essa que não encontra precedentes em qualquer outro Estado-Membro da UE; 2) quando confere ao legislador (ainda que facultativamente) o poder de instituir reservas públicas de mercado sem condicioná-lo expressamente a qualquer interesse relevante; 3) quando, ainda, admite a possibilidade de apropriação pública dos meios de produção.

Essas hipóteses, todavia, muito embora representem desempenho direto de atividade econômica pelo Estado, são apenas opções constitucionais deixadas a cargo do poder de livre conformação do legislador que, atualmente por influência das normas e princípios do DUE, optou pela não intervenção estatal direta, deixando a cargo da iniciativa privada o desempenho da maior parte de atividades econômicas (privatização material dos serviços públicos;

---

<sup>258</sup> MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União...*, op. cit., p. 367.

reprivatizações...). Entretanto, subiste, ainda, a prerrogativa política do legislador de, ao regular o mercado, optar pelas formas diretas de intervenção. Em suma, a ordem constitucional portuguesa permite que o Estado possa, sem limites muito definidos, exercer um poder maior de regulador da economia e decidir, de acordo com a vontade do parlamento, quanto a intervir diretamente ou não no domínio econômico. Sobre a prerrogativa conferida, pelo texto constitucional, ao legislador infraconstitucional a respeito de optar por uma maior ou menor intervenção na economia, assim preleciona Otero:

Por outro lado, apesar de todas as diferenças com a imperatividade da formulação anterior à Revisão de 1997, a verdade é que não deixa de ser sintomático que a Constituição permita a existência de sectores básicos vedados à atividade de empresas privadas e a “outras entidades da mesma natureza.”

Neste contexto, sem criar qualquer obrigação de privatizar ou de reprivatizar, a Lei Fundamental limita-se a conferir ao legislador a faculdade de reprivatizar ou privatizar a titularidade ou o direito de exploração de meios de produção ou de outros bens nacionalizados, segundo os termos definidos pela legislação ordinária.<sup>259</sup>

Ao final, conclui o autor que a CRP “*continua a adoptar uma postura ambígua e de compromisso entre o passado intervencionista e um futuro liberalizante em termos económicos.*”<sup>260</sup>

Comparando com o Brasil, a CF/88 conferiu de forma mais explícita a opção por um Estado que intervém menos no mercado de forma direta, conferindo preferência à sua atuação enquanto agente apenas regulador das atividades econômicas. Tanto que a opção por um Estado-empresário que atua em regime de concorrência com o particular configura exceção, sendo somente autorizada se ocorrerem as hipóteses previstas no art. 173, do texto constitucional (quando for “*necessário aos imperativos da segurança nacional ou nos casos de relevante interesse coletivo*”). Apesar de tais hipóteses se basearem em conceitos jurídicos indeterminados (o que permite uma certa margem de livre apreciação do legislador), a CF/88, repita-se, dá preferência, via de regra, à intervenção indireta.

É verdade que, por razões de segurança nacional, o próprio constituinte originário também instituiu monopólios públicos (petróleo e mineras nucleares – art. 177 e gás natural, art. 25, parágrafo 2º) e, ainda, expressamente, haja vista a essencialidade de algumas atividades e sua relação direta com a satisfação de direitos fundamentais dos indivíduos, determinou que a sua titularidade fosse deixada sob responsabilidade do Estado a título de serviços públicos

---

<sup>259</sup> OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações...*, op. cit., p. 32.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 33.

(art. 175) – o que não deixa de configurar previsões expressas de intervenção estatal direta na economia por diminuir a esfera de atuação da iniciativa privada.”<sup>261</sup>

Porém, as hipóteses de exclusivos públicos no direito brasileiro são somente aquelas expressamente previstas no texto constitucional, sendo vedada ao legislador ordinário a instituição de novos<sup>262</sup> – ao contrário do ordenamento português, em que a CRP atribui ao legislador infraconstitucional a faculdade de instituir reserva pública de mercado.

Ainda, a CF/88 não atribuiu ao Estado a liberdade de iniciativa pública, pois Portugal, ao contrário do Brasil, detém a titularidade dos meios de produção, juntamente com o setor privado e cooperativo.

Dessa forma, em que pese a liberalização dos serviços públicos em Portugal em decorrência de sua adesão na UE e a opção por um Estado que atua menos diretamente no mercado, essa decisão é fruto de uma vontade política que pode, por ventura, se as circunstâncias assim o exigirem, ser modificadas pelo legislador ordinário sem que exista expressamente no texto da CRP algum requisito específico (em relação à iniciativa privada a CRP condiciona a sua restrição ao interesse geral”).

Assim, a ordem constitucional portuguesa admite que o legislador, com maior margem de liberdade, regule a economia no sentido de adotar medidas de intervenção direta no mercado – diminuindo, por conseguinte, a esfera de atuação dos agentes privados – o que, dependendo da interpretação que se faça, pode atentar contra os princípios fundamentais do DUE.

Nessa seara, em relação ao Estado português, muito embora entendamos não existir, *a priori*, incompatibilidade do texto constitucional com a ordem econômica europeia, o legislador, ao regular a economia, deverá se ater aos princípios fundamentais do direito europeu. Portanto, leis que eventualmente venham a restringir, de forma desarrazoada e arbitrária, as liberdades do mercado interno europeu poderão ser objeto de controle junto aos órgãos da UE competentes por implicarem em limitações injustificadas, sendo que o TJUE se vale, principalmente, do princípio da proporcionalidade e da igualdade para aferir a legitimidade de leis dessa natureza.

---

<sup>261</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição...*, *op. cit.* p. 127. Importante salientar que, apesar de configurarem monopólio do Estado (tanto as hipóteses previstas no art. 177, quanto a do art.25, parágrafo 2º), são consideradas atividades econômicas propriamente ditas e não serviço público, como assim preleciona Grau: “No caso, assim como naquele do art. 177 – monopólio do petróleo e gás natural – razões creditadas aos imperativos da segurança natural é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há, pois, serviço público.”

<sup>262</sup> Quanto a essa vedação, Marçal aduz que: as hipóteses de monopólio públicos se encontram expressamente previstas na Constituição e é inconstitucional sua ampliação por via infraconstitucional. Vide: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 545.

Ainda, ao contrário do TC português, o tribunal europeu aplica esse princípio valendo-se do teste da necessidade e, portanto, o seu controle em relação à margem de apreciação do legislador é maior que o exercido pela Corte Constitucional portuguesa. Nesse caso, o ideal seria que a justiça portuguesa, caso se deparasse com questionamentos dessa natureza, se valesse do reenvio prejudicial para o TJUE, a fim de saber o seu entendimento a respeito.

Diante de tais considerações, entretanto, julgamos que essa liberdade maior conferida pelo texto constitucional de Portugal ao legislador ordinário para regular a economia (seja optando por uma intervenção direta ou não), bem como a própria prerrogativa conferida ao Estado brasileiro de, enquanto agente regulador (art.174), condicionar o comportamento dos agentes privados em nome de outros valores ou interesses públicos relevantes, encontra limites nos respectivos textos constitucionais.

Isso porque ambas as Constituições, ao atribuírem à livre iniciativa o *status* de direito fundamental, optaram por uma economia de livre mercado e, portanto, a liberdade é a regra e a regulação, exceção (é subsidiária). Todavia, o Estado possui outros compromissos de natureza social e poderá (deverá) se valer da regulação não só para proteger o mercado, mas também para garantir a satisfação de direitos ou interesses relevantes para os indivíduos.

Dessa feita, a fim de condicionar e limitar o exercício da atuação regulatória de ambos os Estados com vistas à consecução de interesses coletivos, os órgãos de controle e o próprio parlamento deverão se valer, sobretudo, do princípio da proporcionalidade que, muito embora sua forma de aplicação sofra diferentes interpretações, indiscutivelmente, é reconhecido não só pela doutrina, como também pela jurisprudência de ambos os países – como um instrumento jurídico limitador dos abusos da atividade estatal, incluindo-se, pois, a de regulação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Estados Contemporâneos fundam-se atualmente na ideia, democrática, de não só assegurar, como também de concretizar a realização dos direitos fundamentais (sejam aqueles associados às liberdades, sejam os de natureza social) – fundamento de todo Estado Constitucional de Direito.

Nesse contexto, as formas de organização e limitação do poder, atualmente, encontram-se inseridas nas Constituições que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, perderam sua natureza eminentemente política e passaram a ser o mais relevante instrumento jurídico de limitação dos abusos do poder estatal e de garantia efetiva dos direitos fundamentais, a fim de evitar o cometimento das atrocidades de outrora.

A atribuição de força normativa às Constituições e aos seus princípios representou o abandono de um passado eminentemente positivista em que o Estado, sem se preocupar materialmente com a realização efetiva da justiça, justificava sua atuação sob o manto de uma legalidade meramente formal, destituída de legitimidade.

Diante desse quadro de supremacia constitucional, qualquer interferência estatal na esfera privada (ou mesmo na pública) necessita de uma racionalidade voltada à consecução de algum interesse socialmente relevante, pois o Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento destinado à satisfação de interesses da sociedade. A atividade regulatória da economia, portanto, encontra-se condicionada a essa finalidade, sujeitando-se, por conseguinte, a limites e critérios cuja disciplina se encontra prevista nas normas e princípios constitucionais. É certo que de acordo com as exigências históricas, econômicas e sociais então vigentes, a ordem jurídica se manifesta de formas diferentes, exigindo do Estado atuações intervencionistas de maior ou menor intensidade sobre o domínio da esfera privada.

Dessa forma, ao analisarmos as Constituições do Brasil e de Portugal (objeto principal de nosso estudo) ora vigentes, chegamos à conclusão de que a ordem econômica de ambas é voltada para atender interesses sociais, mas sempre no âmbito de uma economia (social) de mercado em que se imperam os direitos de liberdade, que se contrapõem ao Estado, exigindo do mesmo somente o necessário para garantir o adequado funcionamento do mercado ou proteger outros interesses relevantes para os indivíduos. Isso significa que prevalece o sistema capitalista – fundado na subsidiariedade da atuação estatal em favor das liberdades. Mas não se trata do Estado abstencionista de outrora; pelo contrário, esse novo modelo representa um estado socialmente ativo que, por decisão política, adota uma conduta menos intervencionista e opta por regular externamente o mercado, a fim de garantir seu adequado funcionamento ou

proteger valores e direitos de natureza social. Logo, a atividade estatal de regulação está condicionada, de forma subsidiária, à existência de interesses públicos e até o limite necessário à satisfação desses interesses, sob pena de excesso.

Assim, sendo a regulação da economia uma tarefa complexa, uma vez que se depara com uma realidade econômica plural em que coexistem interesses conflitantes entre si, o legislador, ao atuar como regulador estabelecendo regras restritivas às liberdades de mercado, deverá não só seguir as normas que compõem a constituição econômica, como também, no momento de apreciar a conveniência ou não de impor a restrição, atentar para a análise da regra ou princípio da proporcionalidade (levando em consideração seus subprincípios: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Portanto, muito embora possua liberdade quanto ao seu juízo de apreciação, sujeita-se a esse princípio que, apesar de ser aplicado de formas diversas (sobretudo em relação à análise dos subprincípios), é o parâmetro adequado de aferição acerca da verificação de abusos eventualmente cometidos pelo Estado (seja na qualidade de Juiz; Administrador ou Legislador).

Ao atuar como regulador da economia, o legislador afeta não só o mercado diretamente, mas altera o comportamento dos diversos setores da vida social, podendo além de restringir as liberdades de mercado, afetar expectativas legítimas dos particulares. Diante desse quadro, a delimitação dos limites de sua atuação é um fator de crucial relevância, pois sua conduta só se justifica se houver o comprometimento de direitos ou valores cuja importância se sobreponha às liberdades eventualmente restringidas.

Os textos constitucionais do Brasil e de Portugal trazem, implícita ou explicitamente, a ideia de limitação da atividade estatal de regulação, ao atribuírem a livre iniciativa o *status* de direito fundamental e princípio geral da ordem econômica. Todavia, assim como o agir estatal se vincula ao interesse público, o mercado e as liberdades que lhe são inerentes também não podem comprometer direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e é nesse momento que se justifica a atuação regulatória. Portanto, a mesma não é fruto apenas da vontade política do legislador democrático, mas sim um instrumento crucial de que se vale o Estado na consecução de suas finalidades.

Quando as Constituições brasileira e portuguesa, ainda que de formas diversas, conferem a prerrogativa ao legislador de atuar como regulador do mercado, o fazem para que esse intervenha na economia buscando alcançar interesses legítimos. No caso português, até mesmo a escolha de instituir ou não reservas de mercado ou efetivar a apropriação pública de bens, é uma opção subordinada a uma finalidade pública e que, muito embora exista ampla margem de apreciação por parte do legislador, não é ilimitada.

Ademais, a ordem econômica de Portugal, além de estar disciplinada pela CRP, sujeita-se às normas do DUE cujos princípios fundamentais se baseiam nas liberdades de mercado. Assim, muito embora os Estados-Membros possuam discricionariedade para estabelecer regras internas de regulação da economia (princípio da neutralidade), qualquer medida destinada a restringir alguma liberdade concorrencial deverá possuir justificativa baseada na proteção de outro direito ou valor socialmente importante, sob pena de distorções arbitrárias das regras concorrenciais.

Ademais, caso o legislador infraconstitucional edite leis regulatórias restringindo algumas das liberdades fundamentais do DUE e que venha afetar expectativas legítimas dos operadores econômicos de um outro Estado-membro, o TC português deverá, a fim de evitar que a questão se desloque para o TJUE, exercer um controle de maior contenção no que tange à análise do juízo de apreciação do legislador, aplicando efetivamente, e nos moldes da jurisprudência europeia, o princípio da proporcionalidade, complementando-o ao teste da razoabilidade da lei restritiva.

Por fim, a regulação da economia por parte do legislador possui limites baseados na proteção do núcleo essencial das liberdades; no princípio da proporcionalidade (aliado à regra da razoabilidade) e no princípio da subsidiariedade – garantias inerentes aos Estados (Sociais) e Democráticos de Direito.

## BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*, in: Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/.../2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: 1993, editora Centro de Estudios Constitucionales, VALDÉS, Ernesto Garzón (trad.).

AMORIM, João Pacheco de. *Direito Administrativo da Economia*, vol. 1 (Introdução e Constituição Econômica), Coimbra: 2014, Almedina.

ALEXANDRINO, José de Melo; SOUSA, Marcelo Rebelo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa: 2000, ed. Lex.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470>.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: 2010, Saraiva, 2 ed.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7 ed.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: 2014, Editora Coimbra, 4 ed.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: 1991, Coimbra editora.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra: 1974, Almedina.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: 2016, Atlas, 30 ed.

COMPARATO, Fabio Konder. *As garantias institucionais dos direitos humanos*, in: Boletim dos Procuradores da República 40 (2001): 3-8. Disponível em: [bdpi.usp/single.php?id=001443877](http://bdpi.usp/single.php?id=001443877).

CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira da; MODESTO, Paulo (coord). *Terceiro Setor e Parcerias na área da saúde*, Belo Horizonte: 2011, Forum.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: 2014, Atlas, 27 ed.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: 2002, ed. Martins Fontes. BOEIRA, Nelson (trad.).

FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Coimbra: 1993, Almedina.

FRÓS, Carla Carrión. *Direitos fundamentais. Restrições. Preservação do núcleo essencial*, in: Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan. 2015 – abr. 2015. Disponível em: [www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1472579382.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472579382.pdf).

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, São Paulo: 2012, Saraiva, 17 ed.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador*, in: Estudos de Regulação Pública, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: 2013, 1ª ed., Coimbra editora.

FILIPE, Ricardo da Cruz. “*Privatizações e regulação: a experiência portuguesa*. In: Direcção-Geral de Estudos e Previsão, Lisboa: 1999, Ministério das Finanças.

GRAU, Eros. *A ordem económica na Constituição de 1988*, São Paulo: 2008, Melhoramentos, 13 ed.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Regulação e limites dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Conteudos/eads\\_es03.pdf](http://www.fd.unl.pt/Anexos/Conteudos/eads_es03.pdf).

GUERRA DA FONSECA, Rui. *Comentários à Constituição Portuguesa, vol. II*; OTERO, Paulo (coord), Lisboa: 2008, Editora Almedina.

HODGE, Graeme A.; WINDHOLZ, Eric. *Conceptualizing social and economic regulation: implications for modern regulators and regulatory activity*; RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, set./dez. 2013; disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660, bibliotecadigital.fgv.br>.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Intervenção estatal sobre o domínio económico, livre iniciativa e proporcionalidade*. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47572/44899](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47572/44899).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: 2008. Saraiva, 3 ed.

LEITE, A. Nogueira. *Lição inaugural do I curso de pós-graduação em regulação pública*, in: Estudos de regulação pública, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

LUCAS, Eugénio Pereira. *Regulação. Questões conceptuais e terminológicas*. XXXI ENCONTRO DA ANPAD, 22 a 27 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A2369.pdf>.

MACHADO, Jónatas, E.M. *Direito da União Europeia*, Coimbra: 2010, Coimbra Editora, 1 ed.

MALUF, Yussef Sahid. *Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2014, 31 ed.

MAJONE, Giandomenico. *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris: 1996, Montcherestein.

MARQUES, Maria Manoel Leitão. *A Constituição Económica Portuguesa depois da Revisão Constitucional de 1989*, Coimbra: 1999, Centro de Estudos Sociais – CES. Disponível em: [ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/.../oficina-16](http://ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/.../oficina-16).

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra: 2003, Almedina.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*, in: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 4, Novembro/dezembro de 2005/janeiro de 2006, Salvador, Bahia, Brasil. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/.../redae-4-novembro-2005-florian>.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: 2013, Saraiva, 8 ed.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra: 2014; Ed. Coimbra, 1 ed.

MONCADA, Luís Cabral de. *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação*, Coimbra: 2012, Almedina.

MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra: 1997, Almedina.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, Coimbra: 1979, Coimbra editora, 2 ed.

MOREIRA, Vital. *Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral*, in: Estudos de Regulação Pública, vol. 1, Coimbra: 2004, Ed. Coimbra.

MOREIRA, Vital. Texto elaborado pelo autor para o Programa da disciplina “Direito Público da Regulação”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/>.

NABAIS, José Casalta. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, in: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº400, Lisboa: 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pelo Constituição*, Coimbra: 2010, Coimbra Editora, 2 ed.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: 2004, Coimbra Editora.

NUNES, António José Avelãs. *A garantia das nacionalizações e a delimitação dos sectores público e privado no contexto da Constituição Económica Portuguesa*, in: separata do Vol. LXI, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: 1985.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português. Vol. I. Identidade Constitucional*, Lisboa: 2010, Editora Almedina.

OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências sociais no interior do sector público*. Coimbra: 1999, Editora Coimbra.

SANCHES, José Luís Saldanha, *A Regulação: História breve de um conceito*, in: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2000.

SOARES, Paulo Firmeza. *Teorias da regulação: interseção entre as teorias do interesse público e a teoria institucionalista*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 dez. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46467&seo=1>.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*, in: Boletim da Faculdade de Direito. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/.../1/tetralemma%20da%20proporcionalidade.pdf>.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra: 2017, Almedina, 5 ed.