

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Rafael Barbosa Botelho

**A EXPROPRIAÇÃO DE SACRIFÍCIO COMO CONSEQUÊNCIA  
DA FALHA E DO EXCESSO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA  
EXARADA PELAS AUTORIDADES REGULADORAS  
INDEPENDENTES**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em  
Direito Constitucional, orientada pela Professora Doutora Suzana Tavares da Silva e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2020



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

Rafael Barbosa Botelho

*“A expropriação de sacrifício como consequência da falha e do excesso da regulação econômica exarada pelas Autoridades Reguladoras Independentes”.*

*“The expropriation of sacrifice as a consequence of the failure and excess of economic regulation carried out by the Independent Regulatory Authorities”.*

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-Política/Menção Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

Coimbra, 2020.

Aos meus pais.

## **RESUMO:**

O presente estudo tem por objetivo à análise de situações que revelam o excesso da regulação econômica exarada pelas Entidades Reguladoras Independentes. É dizer, a despeito de tais agências reguladoras estarem imbuídas da satisfação do interesse público e da concretização de bens socialmente relevantes, à exemplo da preservação do meio ambiente e da proteção dos direitos dos utentes, no momento da elaboração e aplicação de normas técnicas e econômicas que incidirão diretamente sob o setor econômico regulado, tais regulamentações mostram-se excessivas e passam a afetar diretamente os direitos econômico-patrimoniais e a livre iniciativa dos setor produtivo privado.

Nesse sentido, a regulação econômica de tão intensa e restritiva, acaba por gerar ônus, especiais e anormais, que implicarão diretamente na viabilidade e continuidade da exploração econômica das respectivas empresas. Sob a perspectiva dos agentes privados, apesar de esses permanecerem com a titularidade dos bens afetados, o conteúdo econômico desses foi, total ou parcialmente, extirpado. Assim, a regulação das entidades públicas passa a ter efeitos materiais idênticos ao de uma expropriação.

Contudo, na prática, apesar do proprietário lesado ter perdido a disponibilidade econômica do seu patrimônio, as autoridades reguladoras não declaram a utilidade pública do bem afetado, não concedem antecipadamente a justa indenização e, muitas vezes, não permitem sequer a participação dos lesados, diretos e indiretos, no processo que antecede à tomada de decisão regulatória para fins de busca por meios alternativos menos onerosos. Assim, o poder público faz com que o setor econômico materialmente expropriado tenha que ir posteriormente à Tribunais para ter a indenização garantida.

O presente estudo busca instrumentos e medidas para verificar quando as autoridades reguladoras vão longe demais com a regulação econômica, bem como, busca-se alternativas para minimizar as perdas sofridas pelo setor regulado visando a preservação de agentes econômicos geradores de emprego e desenvolvimento econômico para toda sociedade.

**Palavras-chaves:** Autoridades reguladoras independentes; regulação econômica; falha e excesso da regulação; princípio da proporcionalidade; expropriação de sacrifício.

## **RESUME:**

The present study aims to analyze hypotheses that reveal the excess of the economy regulation by the Independent Regulatory Entities. That means that, in spite of the fact that such regulatory agencies are imbued to meet the public interest and realize socially relevant assets, such as the preservation of the environment and the protection of consumers, when they create and apply technical and economic standards which directly affect the regulated economic sector, such regulations are excessive and can damage economic and patrimonial rights and the free initiative of the private productive sector.

In this sense, the economic regulation, which is so intense and restrictive, ends up generating special and abnormal charges, which will directly impact the viability and continuity of the economic exploitation of companies. Therefore, in the perspective of private agents, even though they remain in possession of the affected property, their economic content has been wholly or partially removed. Thus, the regulation of public entities has material effects identical to an expropriation.

However, in practice, although the injured owner has lost the economic availability of his assets, the regulatory authorities do not declare the public utility of the affected property, the owners do not grant a fair indemnity in advance and, often, they do not even allow the immediate and third injured parties to participate in the process that precedes the regulatory taking for the purpose of searching for less costly alternative. Thus, the only alternative for the injured parties is to apply to the Court for compensation.

The present study seeks instruments and measures to verify when the regulatory authorities exceed economic regulation, as well as alternatives to minimize the losses suffered by the regulated sector and searches for instruments to preserve agents' rights to generate of employment and economic development for the whole society.

**Keywords:** Independent regulatory authorities; economic regulation; regulation failure and over-regulation; proportionality principle; expropriation of sacrifice.

## **Siglas e abreviaturas utilizadas:**

ARI's: Autoridades Reguladoras Independentes.

CRP: Constituição da República Portuguesa.

ERI's: Entidades Reguladoras Independentes.

FMI: Fundo Monetário Internacional

GATT: Acordo geral de Tarifas e Comércio.

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

OMC: Organização Mundial do Comércio

RRCEP: Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

TFUE: Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

UE: União Europeia

## Sumário:

<b>1) Introdução:</b> .....	<b>7</b>
<b>2) O Estado Regulador e a regulação econômica exercida pelas Autoridades Reguladoras Independentes:</b> .....	<b>10</b>
<b>2.1) O Estado Regulador:</b> .....	<b>10</b>
<b>2. 2) A regulação econômica exercida pelas Autoridades Reguladoras Independentes (ARI's):</b> .....	<b>17</b>
<b>3) As normas da Constituição Económica portuguesa e os direitos constitucionais afetados:</b> .....	<b>28</b>
<b>4) A intervenção econômica lícita danosa realizada por ERI's: Indenização pelo sacrifício ou expropriação de sacrifício?</b> .....	<b>46</b>
<b>4.1) Introdução:</b> .....	<b>46</b>
<b>4.2) A indenização pelo sacrifício:</b> .....	<b>50</b>
<b>4.2.1) Decisões administrativas lícitas adotadas pelo poder público visando a satisfação do interesse coletivo que lesam os cidadãos:</b> .....	<b>53</b>
<b>4.2.2) A entidade pública autora do evento danoso seja “pessoa coletiva pública”:</b>	<b>55</b>
<b>4.2.3) Nexó de causalidade:</b> .....	<b>55</b>
<b>4.2.4) Os danos sofridos pelos ofendidos devem ser especiais e anormais :</b> .....	<b>56</b>
<b>4.3) A expropriação de sacrifício:</b> .....	<b>60</b>

<b>4.4) As razões da autonomia jurídica da expropriação de sacrifício: .....</b>	<b>69</b>
<b>5) A expropriação de sacrifício como consequência da falha e do excesso da regulação econômica exarada pelas ARI's: .....</b>	<b>76</b>
<b>5.1) Introdução:.....</b>	<b>76</b>
<b>5.2) As consequências da expropriação de sacrifício e a correspondente indenização: .....</b>	<b>97</b>
<b>6) O dever de verificação da expropriação de sacrifício no bojo da análise de impacto regulatório e a intervenção de terceiros reflexamente onerados pela regulação econômica: .....</b>	<b>105</b>
<b>6.1) Introdução:.....</b>	<b>105</b>
<b>6.2) A análise do impacto regulatório (AIR): .....</b>	<b>107</b>
<b>6.3) A intervenção de terceiros no procedimento regulatório reflexamente onerados pela decisão regulatória: .....</b>	<b>113</b>
<b>7) Conclusão: .....</b>	<b>123</b>
<b>8) Referências: .....</b>	<b>125</b>
<b>9) Jurisprudência utilizada: .....</b>	<b>141</b>



## 1) **Introdução:**

O objeto do presente estudo prende-se à atribuição de responsabilidade conferida ao poder público, mais especificadamente às Autoridades Reguladoras Independentes (ARI's), de regular, definir e impor regras técnicas e de condutas aos operadores econômicos que prestam serviços e oferecem bens aos mercados, visando a tutela e disciplina jurídica da economia, bem como, a proteção de bens e valores constitucionais socialmente relevantes como, por exemplo, a saúde, o meio ambiente e direitos dos utentes.

Ocorre que, muitas vezes, a despeito da atuação visando a satisfação de necessidades sociais, ao disciplinar o mercado, tal regulação vai longe demais, onerando, desproporcionalmente, os agentes econômicos regulados. Nesse sentido, a imposição de regras técnicas, de tão intensa e restritiva, acaba por inviabilizar a própria continuidade da atividade empresarial dos agentes privados.

Observando sob a perspectiva do agente econômico lesado, tais medidas regulatórias possuem efeitos práticos equivalentes ao de uma expropriação. Ou seja, muito embora não haja a transferência dominial do bem, o setor econômico regulado sacrificado, de maneira especial e anormal, percebe que o conteúdo econômico do seu patrimônio foi, total ou parcialmente, erradicado. Contudo, como se tal medida desproporcional já não fosse suficiente, a regulação expropriatória danosa não é acompanhada de qualquer declaração formal de utilidade pública do bem materialmente expropriado, nem mesmo há o pagamento concomitante da justa indenização exigida pela carta constitucional. De igual forma, em geral, previamente à tomada de decisão regulatória, não é possibilitada a busca por medidas regulatórias alternativas menos agressivas, e nem mesmo a defesa prévia dos lesados, sejam eles direitos ou apenas indiretos.

Situação essa que, além de ser grave e restritiva, revela um viés ainda maior de injustiça, de ineficiência e morosidade, pois obriga o lesado a ser um eventual futuro autor de ação ressarcitória nos Tribunais. Por tudo isso, acreditamos que todas essas situações são frutos de uma falha da regulação econômica exarada pelas EAI's, vez que, não são observados todos os efeitos sistêmicos da regulação. Justamente em razão disso, todas essas

questões devem ser enfrentadas e discutidas no bojo da análise do impacto regulatório que antecede à decisão regulatória final.

Nessa toada, ao longo dos dois primeiros capítulos, abordaremos as principais características e objetivos do Estado Regulador, das EAI's com competência para regular o Mercado, bem como, as normas da Constituição Econômica portuguesa e os direitos econômico-patrimoniais que são afetados pela regulação excessiva.

No terceiro capítulo apontaremos as duas principais teorias, quais sejam, a *indenização pelo sacrifício* e a *expropriação de sacrifício* que, de forma abstrata e alternativa, possibilitam a defesa dos direitos dos agentes econômicos regulados. Para, em seguida, como mecanismo de reforço da tutela material do setor produtivo privado, apresentarmos as razões justificantes para a conceder autonomia àquela que interpretação expansiva do conceito constitucional de *expropriação*.

No quarto capítulo buscaremos encontrar delimitações concretas para definir quando a ARI, no exercício do seu poder regulatório, impõe meros vínculos resultantes do poder normal de conformação do conteúdo do direitos econômicos-patrimoniais e a partir de que momento a regulação passa a impor vínculos substancialmente expropriatórios. É dizer, qual a fronteira entre a mera imposição de regras técnicas a fim da satisfação de interesses socialmente relevantes e a existência de regulação excessiva que acaba por subtrair, total ou parcialmente, as faculdades econômicas dos bens do setor regulado?

No capítulo derradeiro sustentaremos a necessidade de todas as questões que envolvem a *expropriação de sacrifício* serem debatidas *ex ante* à tomada de decisão regulatória, ou seja, que a necessária procedimentalização prévia acerca da regulação com efeitos expropriatórios seja considerada como verdadeiro pressuposto de validade da regulação exarada pelas ERI's, possibilitando, de maneira antecedente, não só a defesa daqueles operadores econômicos regulados diretamente onerados pela regulação, mas, também, terceiros reflexamente atingidos. Desta feita, pensamos que esse é um meio mais justo, efetivo, menos custoso e que possibilita a defesa de todos os interessados na regulação

econômica, preservando e auxiliando a criação de empregos, a geração de riquezas, além de assegurar o necessário desenvolvimento econômico do país.

Portanto, no presente trabalho a *expropriação de sacrifício* é entendida por uma tripla vertente: *(I)* como mecanismo de defesa do particular que teve seu patrimônio afetado de maneira desproporcional; *(II)* como um instrumento de controle e contenção do poder decisório das agências reguladoras, bem como, *(III)* a busca por decisão regulatória com maior qualidade e eficiência, levando em consideração os efeitos sistêmicos causados a todos os agentes econômicos atuantes no setor regulado.

## **2) O Estado Regulador e a regulação econômica exercida pelas Autoridades Reguladoras Independentes:**

### **2.1) O Estado Regulador:**

Como outrora afirmado: “a história do direito público é a história das tarefas públicas”<sup>1</sup>. Aqueles ideais que permearam o Estado Social e de Serviço Público ao longo de décadas do século passado<sup>2</sup>, em especial no período pós guerra, que ensejavam obrigações aos poderes públicos de, diretamente, através de suas próprias estruturas, prestarem atividades e ofertarem bens para a satisfação da coletividade, sofreram alterações com o reforço e incremento do Estado Regulador<sup>3</sup>. Essa guinada ideológica refletiu, na verdade,

---

<sup>1</sup> BURMEISTER, G. C. “*Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts*”. Berlim: Duncker & Humblot. 1991. p. 219 *apud* MOREIRA, Vital. “*A administração autônoma e associações públicas*”. Coimbra Editora. 1997. p. 28.

<sup>2</sup> Em um período ainda longínquo, no tradicional modelo napoleônico de administração pública, que durou por quase todo século XIX, referenciar-se à atividade administrativa, invariavelmente, era retratar sobre o papel e atuação do próprio Estado, vez que, esse monopolizava, por completo, toda a função administrativa. O regime adotado era essencialmente hierarquizado, controlado em última instância pelos ministros. Eventuais corpos intermédios e apartados do Estado-Administração foram erradicados. Havia apenas espaço para a administração direta, sendo as próprias autarquias locais tratadas como “*agências ou sucursais do Estado*” num regime de “*delegação local do governo central*”. Nesse sentido MOREIRA, Vital. “*A administração autônoma...*” *op. cit.* pp. 16 e 17; AMARAL, Diogo Freitas. “*Curso de Direito Administrativo*”. Vol. I, Almedina. 3ª Ed. 2006. pp. 62 a 98.

<sup>3</sup> Nesse sentido, estamos plenamente de acordo com as lições de Pedro Gonçalves. Segundo o referido autor, não houve, verdadeiramente, plena substituição do Estado Social e de Serviço Público pelo o atual Estado Regulador. Em verdade, esse sentido mais contemporâneo veio preencher lacunas e áreas relativas aos antigos serviços públicos. A diminuição de prestação direta de tarefas e atribuições do atual Estado Regulador, com a consequente transferência da responsabilidade prestacional para o mercado privado, ocorreu apenas naqueles serviços públicos econômicos capazes de ensejar a exploração econômico-financeira, ou seja, o lucro (p. ex. atividades do setor de energia e telecomunicações). Nessa toada, o recuo do Estado não ocorreu noutros serviços públicos econômicos (p. ex. transporte e água), que permaneceram sob a titularidade do poder público, nem mesmo outras atividades de cunho social anteriormente trazidas para si pelo próprio Estado (p. ex. educação, previdência social e saúde). Assim, “*serviços públicos, funções sociais, programas de infraestruturação do país (obras públicas) permanecem na órbita de responsabilidades públicas já em plena fase do Estado Regulador. Mais do que permanecerem, em muitos casos, as funções do Estado nos domínios do fornecimento de bens e serviços e da assistência aos cidadãos continuam a crescer*”. GONÇALVES, Pedro Costa. “*Reflexão sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”. Coimbra. Coimbra Editora. 2013. p. 33 a 46. Portanto, o incremento do Estado Regulador não significou a privatização e a devolução para o mercado de todos os serviços públicos. É dizer, alguns desses continuaram sob a titularidade do poder público. Nesses casos, a privatização ocorreu na concessão da gestão de tais atividades para as empresas privadas. Noutros, houve verdadeira privatização material dos serviços. O que queremos aqui destacar é que em ambas situações, seja através da privatização formal, seja na substancial, um dos objetivos fulcrais do Estado Regulador é assegurar que os serviços tidos como essenciais e universais, continuem sendo prestados em observância a condições e princípios que assegurem a alta qualidade, a segurança, igualdade de tratamento, o acesso universal e, ainda, o respeito às necessidades e direitos dos consumidores. Nessa toada, serviços e atividades econômicas, a exemplo do abastecimento de água, das telecomunicações, do transporte, radiodifusão e distribuição de energia, geram para o poder público o correspondente dever de zelar e assegurar que sejam devidamente

uma mutação na forma como alguns serviços econômicos de interesses gerais foram instrumentalizados<sup>4</sup>. Observa-se, assim, a diminuição da estrutura estatal<sup>5</sup>. O poder público, ao deixar de ser realizador direto das tarefas públicas, fez com que o pêndulo e o enfoque passassem a recair, de maneira mais acentuada, sobre agentes privados. Sobre esses, agora, recaem as obrigações de realização de atividades de interesse geral.

Contudo, tal modificação ideológica, por certo, não ensejou o aniquilamento da responsabilidade estatal de garantir e proteger interesses públicos e realizar as necessidades dos cidadãos<sup>6</sup>. O ponto sensível e que deve ser ressaltado é que, apesar do Estado ter reduzido seu próprio espaço de intervenção, esse acabou por assumir outro compromisso, qual seja, o de regular e assegurar que tais medidas de privatização sejam direcionadas, coordenadas e conduzidas por ele próprio, ainda mais nos setores econômicos que dependem do acesso à

---

desenvolvidos, independentemente quem for o responsável pela execução. Especificamente no âmbito europeu, os serviços econômicos de interesse geral, conforme estatuem os artigos 14º do TFUE e o artigo 1º do seu Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral, refletem valores comuns e essenciais para coesão social e territorial de toda a União Europeia. Mas, importante deixarmos cristalino, que a maneira como tais serviços serão instrumentalizados, ou seja, se diretamente pelo Estado ou pelo mercado, é decisão soberana de cada Estado-Membro.

<sup>4</sup> Para uma melhor compreensão acerca das *obrigações de serviços públicos* e de *serviços universais* em pleno Estado Regulador ver GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. “*Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador*”. In Estudos sobre regulação pública – I, nº 5, Coimbra Editora, 2004. pp. 296 a 313.

<sup>5</sup> Relativamente ao peso e a importância do setor empresarial do Estado revelado através do “*setor público produtivo*”, em especial durante os anos de 1974 a 1988, ver: MARQUES, Maria Manuel Leitão. A “*Constituição Económica Portuguesa Depois da Revisão Constitucional de 1989*”. In Revista de Direito Público, 1991. pp. 08 a 13. (Artigo Retirado da Internet -[www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/16.pdf](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/16.pdf). (Último acesso em 28/06/2020). Para uma análise da dimensão de alguns Estados democráticos no século XXI, de acordo com a comparação das despesas públicas realizadas em relação ao produto interno bruto ver: CRUZ, José N. “*A Dimensão e a Qualidade da Intervenção do Estado em Países Democráticos Desenvolvidos*”. In Boletim de Ciências Económicas da Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, Volume XLI, 2018. pp. 212 a 231. Justamente sobre essa dificuldade, ou por que não, a impossibilidade enfrentada pelo Estado Social de equilibrar a captação e administração de recursos financeiros públicos com a obrigação de atendimento e manutenção das necessidades coletivas que ele era encarregado de realizar, bem como, da tentativa do Estado Regulador em equacionar melhor as dificuldades financeiras ver: LOURENÇO, Maria João. “*Deslegalização e Poder Regulamentar das Entidades Reguladoras Independentes*”. In Julgar Online. Junho. 2018. p. 03; MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Económico*. 5ª Ed. Coimbra. Coimbra Editora. 2007. p. 47 a 55.

<sup>6</sup> Conforme destacam Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, ao comentarem acerca da *privatização material* asseveram que: “*o processo de privatização e de liberalização não significa uma ruptura abrupta com o anterior sistema de serviços públicos. A ideia essencial continua presente: as necessidades colectivas (necessidades básicas ou essenciais do cidadão, na linguagem repetida dos textos comunitários) devem continuar a ser garantidas. E esse dever - dever de garantir à satisfação das necessidades colectivas – é um dever público; um dever do Estado*”. GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. “*Os serviços públicos económicos...*”. *op. cit.* p. 299.

infraestruturas de rede (*regulação de direção*)<sup>7</sup>. Ou seja, mesmo o Estado não possuindo a responsabilidade imediata de realização de atividades e bens econômicos, fica ele obrigado a empenhar esforços de regular o Mercado<sup>8</sup> para que interesses gerais não sejam ignorados<sup>9</sup>.

É esse o principal sentido que aqui nos interessa. O fato do fortalecimento e o incremento do Estado Regulador ser consequência de um recuo ou redução da intervenção direta do poder público na economia, fez com que a regulação pública passasse a ser encarada como o instrumento primordial de atuação e responsabilidade do *Estado Administrativo de Garantia*<sup>10</sup>.

Assim, com a transferência para o Mercado de determinadas atividades econômicas que anteriormente eram atribuídas aos poderes públicos, urge que a nova relação existente entre Estado e Mercado seja mais coordenada, mais partilhada e mais dialética. Há espaços e atribuições privativas para cada um. Ao Estado, cabe, fundamentalmente, a incumbência de gerir e garantir que os atores econômicos privados possam atuar de maneira eficiente na realização das tarefas que lhes foram confiadas<sup>11</sup>. Deve o poder público, igualmente, corrigir

---

<sup>7</sup> Cfr. SILVA, Suzana Tavares. “*La regulación económica como matéria del nuevo derecho administrativo*”. In *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*. Universidad de Cordoba. Iustel. 2012. pp. 327 a 337.

<sup>8</sup> Para os fins do presente estudo, o *Mercado* deve ser entendido como uma verdadeira instituição na qual se desenvolvem as atividades econômicas privadas, bem como, um mecanismo de exercício dos direitos fundamentais da propriedade privada e da livre iniciativa econômica. Nesse sentido conferir MONCADA, Luís Cabral. “*Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação – uma perspectiva luso-brasileira*”. Almedina. 2012. pp. 82 a 85.

<sup>9</sup> Para mais detalhes acerca da “*teoria das expectativas racionais*” (e seus perigos) visando o postulado da eficiência econômica e do livre mercado com consequente diminuição do poder regulatório do Estado baseado em uma política de desintervenção pública ver: FEITOSA, Maria Luiza Alencar. “*A desregulação dos mercados e as recentes crises económicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da Law and Economics*”. In *Boletim de Ciências Económicas*. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Volume XLIX, 2006. pp. 97 a 111.

<sup>10</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “*Reflexão sobre o Estado Regulador...*” *op. cit.* p. 11 a 14.

<sup>11</sup> Atribuição essa estampada no próprio artigo 81º, alínea *f*, da CRP: “*Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”.

desvios, as falhas do *Mercado*<sup>12</sup> e estimular a concorrência entre os prestadores de serviços de interesse econômico geral<sup>13</sup>.

Diferentemente do que ocorrera durante o período liberal<sup>14</sup>, o recuo do Estado com o consequente incremento de atuações do mercado privado, não revelou um total abandono pelo poder público de perquirir os interesses coletivos fundamentais. Antes disso, percebeu-se o prosseguimento e perpetuação da necessidade do poder público como guardião de determinadas responsabilidades públicas, bem como, responsável pela intervenção sob diversos aspectos, graus e modalidades na vida social<sup>15</sup>. É que o período que sucedeu a onda privatizadora de atividades econômicas ocorridas especialmente nas duas últimas décadas do século XX, trouxe como consequência um novo arranjo de responsabilidades a serem assumidas pelo Estado. Já não se fala naquele minimalismo existente de épocas burguesas liberais, nem a hipertrofia assumida pelo Estado Social. Assim, na tentativa de enquadrar a responsabilidade do poder público do *after privatization*, buscou-se um ponto intermédio de

---

<sup>12</sup> Sobre o tema conferir, por todos, STIGLITZ, Joseph. “*Regulation and Failure*”. In *The Tobin Project*, One Mifflin Place. Cambridge. 2009. Segundo o autor, mesmo quando o Mercado atua de maneira eficiente, sob a perspectiva meramente econômica, ele pode falhar e passar a gerar externalidades socialmente negativas, à exemplo de quando determinados poderes e riquezas são atingidos através de perdas de outros. Por lado outro, os adeptos de uma menor ingerência do poder público na economia criticam a “*definição abrangente de falha de mercado*”, ao sustentarem que, da mesma maneira que a concorrência perfeita é irreal, supor que não haverá, igualmente, “*falha do governo*”, parece ser uma utopia. Assim, nem sempre os formadores de regras públicas são totalmente informados, são proporcionais, racionais e estão imbuídos na maximização do bem estar social. Nesse sentido ver: BOURNE, Ryan. “*Market failure arguments are a poor guide to policy*”. In *Institute of Economic Affairs*. 2019. pp. 170 a 183. Para maiores detalhes acerca das “*falhas da regulação*”, remetemos o leitor para o capítulo V do presente trabalho.

<sup>13</sup> Cfr. SANTOS, Vítor. “*El papel del regulador. Independencia y cooperación con las instituciones*”. In *Comisión Nacional de Energía – Energía y Regulación em Iberoamérica*. Madrid. 2008. pp. 396 e 397; OGUS, Anthony I. “*Regulation Legal Form and Economic Theory*”. In *Clarendon Law Series*. Oxford. 1994. pp. 29 a 54.

<sup>14</sup> A responsabilidade pública do Estado Liberal do século XIX, pode ser sistematizada através da imagem de dois polos antagônicos, em um sistema de dupla responsabilidade. De um lado, a *responsabilidade legislativa*, com função normativa cujo objetivo era a delimitação de direitos e liberdades (para tanto, basicamente, eram empregadas as regras de direito privado). De outro, a *responsabilidade de execução* consubstanciada nas atribuições materiais assumidas pelo Estado, essencialmente aqueles referentes a atuação policial e de segurança visando a proteção dos direitos privados. Ressalta-se que, muito embora com decorrer do tempo a responsabilidade de execução tenha encampado tarefas relativas à realização de atividades de infraestrutura e alguns serviços públicos, a verdade que é que essa segunda vertente era muito limitada, funcionando o Estado Liberal do século XIX, basicamente, como guardião das liberdades individuais, da autonomia privada e liberdade contratual baseada num plano de igualdade formal. Nesse sentido da dupla responsabilidade do Estado Liberal ver: E. SCHMIDT-ASSMANN. “*Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*”. Berlin, Springer, 2006, p. 170 *apud* GONÇALVES, Pedro Costa. “*Reflexão sobre...*” *op. cit.* pp. 53 a 54.

<sup>15</sup> Sobre a necessidade de o atual Direito Público Econômico observar uma visão macroeconômica para fins de atingimento de valores sociais, bem como, a evolução das formas de intervenção do poder público em Portugal ver: MONCADA, Luís Cabra. “*Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação – uma perspectiva luso-brasileira*”. Almedina. 2012. pp. 09 a 22.

atuação. Nem tanto ao Estado, nem tanto ao mercado. É o que se denomina de *Estado Regulador de Garantia*.

Esse novo modelo possui como um dos principais enfoques a necessidade de articular e conciliar interesses e *expertises* dos setores públicos e privados. É necessário extrair o que cada polo tem de melhor a oferecer para que interesses socialmente relevantes possam ser, de maneira mais eficiente, realizados. Ou seja, o interesse público permanece como sentido fundante e orientador das atividades, por mais que boa parcela dessas tenha sido entregues ao Mercado. Mas, no atual momento, passa a ser incumbência do Estado garantir e assegurar que o Mercado atue de maneira eficiente e passe a entregar à sociedade os objetivos estatuídos nas cartas políticas. A responsabilidade dos poderes públicos, portanto, pode ser definida como a incumbência de definir previamente os objetivos, regras e finalidades públicas (*assuring results*) e não mais atuar como produtor direto de bens e serviços (*production results*)<sup>16 17</sup>.

Por lado outro, analisando sob o enfoque do atual responsável pela realização de resultados públicos, o Mercado viu suas atribuições e atividades aumentarem exponencialmente. Passou a atuar sob uma perspectiva de *autorregulação privada publicamente regulada*. Ou seja, aos privados é concedido o livre espaço de atuação. A relação travada entre Sociedade e Mercado é baseada em uma regulação jurídica originada

---

<sup>16</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “Reflexão sobre...”. *op. cit.* p. 57.

<sup>17</sup> Havemos de ressaltar, contudo, que o papel do Estado Regulador não se exaure apenas em garantir e assegurar que os atores privados atuem executando tarefas consagradas de interesses socialmente relevantes. É que em determinadas situações, em especial nas quais o mercado não consegue dar resposta eficiente, como por exemplo, em períodos de grave crise econômico-financeira como o atual, o Estado é obrigado a exercer outra responsabilidade que lhe é confiada: a *responsabilidade supletiva ou subsidiária*. Nessas situações indesejadas, reflexos de má atuação dos privados pelo não atingimento e realização das tarefas assumidas pelo Mercado, entra em ação o Estado socorrista, salvador ou de resgate. Ele deixa de ser mero coordenador e garantidor e passa a atuar como interventor direto para assegurar que os interesses públicos não se percam. Assim, percebe-se uma responsabilidade latente ou adormecida do Estado Regulador. Quando necessário, ele é acionado para retomar a posição de executor direto de atividades e bens. Com a grave crise econômica enfrentada pelo mundo no ano de 2008, tal responsabilidade restou amplamente comprovada. Em Portugal, por exemplo, a nacionalização realizada pelo Estado português do Banco Português de Negócios S. A, através da Lei nº 62-A/2008, representa um claro exemplo da função subsidiária do Estado Regulador enquanto socorrista da má atuação dos privados. Outro exemplo da possível intervenção salvadora atribuída ao poder público está no artigo 33º- B do Decreto-Lei nº 215-B/2012. Assim determina o referido diploma: “*Em caso de crise repentina no mercado da energia ou de ameaça à segurança e integridade física de pessoas, equipamentos, instalações e redes, designadamente devido a acidente grave ou por outro evento de força maior, o membro do Governo responsável pela área da energia pode tomar, a título transitório e temporariamente, as medidas de salvaguarda necessárias*”.



pelo próprio mercado, sendo o contrato o elemento fundante da relação estabelecida entre empresas e consumidores. Mas, ao mesmo tempo, ela é também publicamente regulada pois o Estado Regulador faz incidir sobre as intersecções privadas, normas públicas cogentes (hétero regulação pública)<sup>18</sup> para a consecução de resultados e interesses socialmente desejados. O poder público não permite a configuração espontânea do mercado, há condicionantes públicas que formam e conformam os trilhos a serem percorridos pelos privados através dos cânones publicamente estabelecidos.

Entretanto, se ao regulador público é outorgada a prerrogativa de delinear as regras do jogo, possuindo para tanto, amplos poderes e instrumentos de indução e vedação de comportamentos (p.ex. poderes normativos e sancionatórios), é igualmente seguro afirmar que, justamente em razão dessa necessidade de haver a “*governança colaborativa*”, ou a “*interdependência entre atores públicos*”, a “*partilha de responsabilidade*” baseada em uma “*governança público-privada*”<sup>19</sup>, deve ser assegurado e resguardado espaço suficiente para que o Mercado possa desenvolver naturalmente suas atividades, inclusive com garantias de obtenção de lucros. É dizer, o Estado Regulador deve agir quando estritamente necessário para a garantia da realização e funcionamento eficiente das atividades econômicas (*princípio da subsidiariedade da regulação*). Mas, mesmo nos momentos necessários que justifiquem a presença da regulação, há que se ter parâmetros e limites proporcionais para não sufocar o livre desenvolvimento econômico do Mercado (*princípio da proporcionalidade da regulação*)<sup>20</sup>. E mais, fora dessas situações, ou seja, quando estiver ocorrendo o normal e eficiente funcionamento das atividades pelos privados, deve o poder público abster-se de intervir, assegurando espaço suficiente para o exercício da atividade privada. Os próprios imperativos da colaboração, da partilha de responsabilidade e coordenação entre público e privado exigem que cada setor respeite o espaço de atuação do outro concedido pela CRP.

---

<sup>18</sup> Sobre as diversas classificações acerca da regulação, seja quanto critérios utilizados (jurídicos, econômicos e financeiro) e, ainda, a própria origem da regulação (auto regulação ou hetero regulação), ver MELO, António Moreira Barbosa. “*Direito Constitucional e Administrativo – Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros*”. In Revista Online Banca, Bolsas e Seguros, outubro de 2014, nº 1. 2014. pp. 99 a 107. ([https://www.fd.uc.pt/bbs/wp-content/uploads/2018/09/rev\\_1\\_bbs.pdf](https://www.fd.uc.pt/bbs/wp-content/uploads/2018/09/rev_1_bbs.pdf)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 20/07/2020.

<sup>19</sup> Todas expressões utilizadas por Pedro Gonçalves para explicitar a necessária cooperação entre Estado e Mercado. Para mais detalhes ver GONÇALVES, Pedro Costa. “*Reflexão sobre...*”. *op. cit.* p. 50 a 53.

<sup>20</sup> Cfr. NETO, Floriano Marques. “*Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*”. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Nº 4. Nov/Dez. 2005. Especialmente pp. 10 a 21.

Justamente sobre esse dever do Estado Regulador de respeitar limites, espaços e atribuições dos privados, bem como, a necessidade de agir de maneira eficiente e proporcional ao equacionar os interesses públicos e do Mercado é que abordaremos ao longo do presente trabalho. Há tempos a rígida e estanque diferenciação entre interesse público e interesse privado sucumbiu. Com origem no absolutismo, estendendo-se também ao longo do período liberal, a adversidade existente entre Estado e Sociedade era latente<sup>21</sup>. Um setor enxergava o outro como um verdadeiro adversário. Os ideais buscados pelos privados eram tidos como incompatíveis com a atuação pública. Os cidadãos encarados como meros detentores de interesses egoísticos, a eles era apenas concedido a possibilidade de atuar em busca de necessidades privadas. A recíproca era verdadeira. O Estado, dotado de poder de autoridade (o poder de polícia era sua maior marca) e político, era o sujeito exclusivo na satisfação de interesses socialmente relevantes. Com o tempo, precisamente com a implementação do Estado Social e, de maneira mais acentuada, nos fins do século XX com as denominadas “*privatizações das responsabilidades públicas*”<sup>22</sup>, percebeu-se a aproximação entre os dois setores. O conseqüente processo de enxugamento que passou o Estado Administrativo de Providência, acentuou a visão de que os particulares, igualmente, eram capazes de realizar objetivos e finalidade públicas. Assim, observa-se uma necessidade de atuação mais concertada e coordenada por parte do Estado Regulador durante o exercício de suas atribuições condutoras e vigilantes das atividades exercidas pelos privados.

Nesse sentido, de igual forma que a omissão do Regulador pode ser altamente danosa para todos aqueles agentes regulados e consumidores dependentes dos serviços, a regulação feita de maneira excessiva, desproporcional e que incide, sobremaneira, sobre a liberdade econômica e a propriedade privada, acaba por aniquilar o próprio desenvolvimento econômico do país. Assim, da mesma maneira que há a necessidade de se tutelar os direitos

---

<sup>21</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. “*Os serviços públicos...*” *op. cit.* p. 173.

<sup>22</sup> Precisamente na década 90 do século passado, com intuito de reestruturar e reformar a Administração Pública portuguesa, foi criada pela Deliberação do Conselho de Ministros nº 14-DB/92, de 21 de abril, a “Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública”. Os principais objetivos eram controlar as despesas públicas e gerir, de maneira racional, os processos de privatizações. Além disso, buscou-se a redução das atividades do Estado, o incentivo à concorrência e a viabilização da economia através das empresas privadas. Em verdade, pugnou-se a libertação da Administração Pública da maioria das incumbências anteriormente assumidas pelo Estado Social e sua Administração prestadora. Para maiores detalhes, dentre outras, conferir a obra de ESTORNINHO, Maria João. “*A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*”. Lisboa. 1996. pp. 11 a 80.

e garantias dos utentes<sup>23</sup> e, também, para que interesse público não se perca, pensamos ser hora de irmos em busca do reforço dos “*direitos e garantias dos agentes econômicos regulados*”. Quando a atuação regulatória com origem nos poderes públicos mostrar-se necessária, ela deve ser feita de modo consciente, eficiente, proporcional e equilibrada. Portanto, analisando a relação subjetiva triangular existente no processo regulatório, qual seja, Poder Público Regulador, Mercado regulado e os cidadãos consumidores, nosso objetivo será justamente tentar encontrar limites para a atuação do poder público quando a interferência no domínio econômico se mostrar necessária. Baseada na proporcionalidade e no equilíbrio eficiente dos interesses público e privados, a regulação econômica realizada pelos poderes públicos deve respeitar a propriedade privada, a concorrência, a liberdade de empresa e contratual, tudo com o propósito de assegurar o equilíbrio e o desenvolvimento econômico gerador de riquezas.

## **2. 2) A regulação econômica exercida pelas Autoridades Reguladoras Independentes (ARI's):**

A evolução histórica mostra-nos que já na própria administração oitocentista do século XIX (baseada na lógica de hierarquia e concentração), foi possível constatar a transferência de tarefas para outras esferas e instâncias exteriores à administração direta do Estado. Desta feita, começaram a surgir as “*entidades administrativas especializadas dotadas de personalidade jurídica própria*”. Como exemplo dessa pulverização da administração direta podemos citar a publicização de instituições privadas preexistentes (caixas de crédito e previdência, estabelecimentos de saúde e de instrução); depois, a criação de empresas e estabelecimentos públicos autônomos; por último, a criação estadual de empresas e estabelecimentos de direito privado ou a entrega de tais serviços a entidades privadas com financiamento e controle estadual<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Nesse sentido da necessidade de proteção e do reforço dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas sujeitas a regulação econômica por parte das ARI's, por todos, ver: MOREIRA, Teresa. “*Implicações da lei nº 67/2013 – Lei Quadro das Entidades Reguladoras- na política de defesa dos consumidores*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015.

<sup>24</sup> Cfr. MOREIRA, Vital. “*A administração autónoma...*”. *op. cit.* p. 30 e 31.

Posteriormente, no período do Estado Social pós guerra, quanto mais o Estado chamava para a si a responsabilidade de prestar serviços e atividades públicas, mais esse acabou por diversificar o seu próprio modo de operação e sua formação orgânica. Aquilo que antes revelava uma Administração homogênea e uniforme, transformou em uma atuação multiforme e extremamente fragmentada, com fundamento na especialização e diversificação no exercício de tarefas administrativas <sup>25</sup>.

Nesse processo de “*desintegração do centro*”, de modo contínuo, acabamos por observar uma aproximação de conceitos que antes, seja no absolutismo ou mesmo no liberalismo, eram quase antagônicos. Estado/sociedade e público/privado já não são considerados tão indissociáveis assim. Muito ao contrário. Os pontos de contatos entre esses setores passaram a ser cada vez mais sentidos. Seja na utilização pelo próprio Estado de institutos de direito privado, seja através de organismos privados com poderes e prerrogativas públicas<sup>26</sup>. Assim, percebe-se que o pluralismo político e os mais variados anseios e pensamentos sociais acabaram por gerar pluralismo e a distinção organizatória da Administração.

Como bem salienta Vital Moreira: “*o resultado é a atual imagem de pluralidade orgânica da administração pública, quer quanto à sua dimensão territorial (administração estadual, administração regional e local, administração supra- estadual), quer quanto à sua diferenciação funcional, quer quanto à sua relação com a administração central do Estado*”. Por essas razões que muitos autores, ao se referirem sobre a atual faceta organizatória do Estado e seus modos instrumentais de prestação de tarefas públicas, denominam esse movimento de “*pluralismo administrativo*”; “*administração plurimórfica*

---

<sup>25</sup> Para uma visão mais detalhada acerca da evolução da organização da Administração Pública com desenvolvimento dos modelos de Administração unitária e plural, até a consolidação do Estado Regulador ver: CARDONA, Maria Celeste. “*Contributo para o Conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As autoridades Reguladoras*”. Almedina. 2017. pp. 71 a 228; ESTORNINHO, Maria João. “*A fuga para...*”. *op. cit.* pp. 23 a 80; SILVA, Vasco Pereira. “*Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjetivista do Recurso Directo de Anulação*”. Ed. Almedina, Coimbra, 1989. pp. 13 a 64; AMARAL, Diogo Freitas. “*Curso de Direito Administrativo*”. Vol. I, Almedina. 3ª Ed. 2006. pp. 49 a 98; MIRANDA, Jorge. “*Curso de Direito Constitucional*”, Tomo I, Universidade Católica. 2016, pp. 49 a 76; SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. “*Principios de Derecho Administrativo General*”. Iustel. Vol. I. 3ª Ed. 2015. pp. 475 e 476.

<sup>26</sup> Cite-se como exemplo a criação e fortalecimentos dos entes públicos territoriais, dos institutos públicos, empresas públicas, entidades representativas profissionais, dentre outros.

*e pluricêntrica*”; formado por um “*planeta com um conjunto de satélites de tamanho variado e variáveis distâncias do centro*”<sup>27</sup>.

Esse “*pluralismo administrativo*” foi percebido, de igual maneira, na intervenção do poder público na economia. Como cediço, quando o Estado, aos poucos, inclusive por pressão do Direito Comunitário, deixa de ser o principal agente econômico, acaba por ceder espaço para que a iniciativa privada, através de um regime baseado na concorrência, atue visando o exercício de atividades econômicas, bem como, a prestação de serviços públicos que outrora ficavam a cargo do desempenho direto do Estado<sup>28</sup>.

Com essa crescente onda de liberação, o Estado, que até então acumulava a responsabilidade e prerrogativa de prestar diretamente serviços e atividades econômicas, bem como, ainda gozava da possibilidade, por suas próprias vias, editar normas reguladoras que incidiam sobre setor por ele mesmo operado em regime concorrencial com outros privados, viu-se obrigado realizar reformulações<sup>29</sup>. Ou seja, a partir do momento em que o Estado percebeu que sua atuação nos setores econômicos exigia modificações, ele viu-se forçado a repensar o modo como sua atuação daria. Os modelos tradicionais e instrumentais de prossecução de finalidades públicas e coletivas já não suportariam mais as necessidades e as lógicas do mercado concorrencial. Assim, decidiu-se que a estrutura da Administração Direta e Indireta haveria de ser reavaliada para que o Estado pudesse dialogar de maneira mais eficaz e efetiva com o Mercado. Urgia que a necessária cisão entre Estado Empresário e Estado Regulador fosse realizada.

Nesse sentido, foi então idealizada a criação de entidades dotadas de suficiente independência e distanciamento das estruturas políticas tradicionais do Estado, bem como,

---

<sup>27</sup> Cfr. MOREIRA, Vital. *A administração autônoma...*” *op. cit.* pp. 31 a 35.

<sup>28</sup> Processo ocorrido nas décadas de 80 e 90 do século XX denominado de “*liberalização dos grandes serviços públicos*”. Nesse sentido conferir GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. “*Os serviços públicos econômicos...*” *op. cit.* pp. 180 e ss.

<sup>29</sup> Assim, era urgente realizar a cisão entre Regulador e operador econômico. Como foi elucidado era imperioso garantir a *paridade de armas*, tanto no acesso, quanto na atuação concorrencial do mercado. MERUSI, Fábio *in Democrazia e autorità indipendente*, Il Mulino, Bologna, 2000. p. 33 e ss. *apud* MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. “*Autoridades Reguladoras...*” *op. cit.* p. 12. Destacando a “dupla faceta” do *Estado de serviço público*, enquanto produtor de bens para os cidadãos (serviços públicos sociais) e em regime concorrencial com o mercado através das *empresas públicas concorrenciais*, ver GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. “*Os serviços públicos...*” *op. cit.* pp. 173 a 180.

do próprio Mercado a ser regulado<sup>30</sup>. Assim, em verdade, idealizou-se a criação de instituições que fugissem à estrutura e controle direto pelo Estado e pelo Governo. Um dos métodos utilizados para essa nova atuação visando a prossecução do interesse público foi a transferência de parcela das prerrogativas de regular suas próprias competências para entidades separadas da estrutura orgânica e tradicional do Estado, denominadas de *Autoridades Reguladoras Independentes (ARI's)*<sup>31 32</sup>.

---

<sup>30</sup> Esse necessário distanciamento e independência, tanto do Governo, quanto do próprio setor regulado é, segundo Vital Moreira, um dos principais aspectos diferenciadores entre as entidades administrativas independentes e a administração autônoma pois, como cediço, autonomia dessa última está associada a uma maior liberdade de atuação face ao Governo. Contudo, em razão dos próprios pressupostos de existência da administração autônoma, ela possui responsabilidade para com o estrato social que lhe conferiu legitimação. Chegando o referido autor a dizer que a independência das ARI's é um fim em si mesma, enquanto na administração autônoma, é uma consequência da sua própria autoadministração. Para mais: MOREIRA, Vital. *"A administração autônoma..."*. *op. cit.* p. 130.

<sup>31</sup> Para os fins do presente estudo, utilizaremos como sinônimas as expressões *"Entidades Reguladoras Independentes" (ERI's)*; *"Agências Reguladoras"*; *"Autoridades Reguladoras"*; *"Entidades Administrativas Independentes" (EAI's)*.

<sup>32</sup> Importante ressaltar que o conceito e características das ARI's presentes hoje em diversos ordenamentos jurídicos tem, em sua origem, fundamentos e bases nas *independent regulatory agencies* norte americanas. Nos ideais norte-americanos, além do fato da economia daquele país basear-se em um modelo muito mais voltado para o mercado concorrencial necessitando, assim, de uma presença maior do poder público na definição de regras mínimas, uma das principais razões para o surgimento e fortalecimento dessas instituições, era a necessidade de afastar decisões fundamentais, seja na área econômica, seja no campo de direitos fundamentais, do poder decisório do Presidente da República. Trata-se, em verdade, de um mecanismo encontrado pelo Parlamento dos Estados Unidos de controlar e atenuar o leque de poderes decisórios do chefe do poder executivo. Implicitamente, a gênese da criação das agências reguladoras norte americanas reflete uma disputa de poder e tentativa de prevalência entre o poder legislativo e o executivo. Desta feita, a solução encontrada pelo Parlamento foi a retirada de decisões estratégicas do âmbito interno e hierárquico do executivo, passando tal prerrogativa para instituições que somente deverão se reportar ao próprio Parlamento. Para maiores detalhes acerca das *independent agencies* no direito norte americano e a origem da exportação desse instituto para a Europa, precisamente na Grã-Bretanha no início dos anos 80 do século passado ver: VERKUIL, Paul R. *"The purposes and limits of Independent Agencies"*. In Faculty Publications. 1988. (<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2061&context=facpubs;The>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 21/04/2020; DATLA, Kirti e REVESZ, Richard L. *"Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)"*. In Cornell Law Review. Vol. 98. Issue 4. maio de 2013. ;MOREIRA, Vital. *"A administração autônoma..."*. *op. cit.* p. 128 e 129 e MOREIRA; Vital e MAÇÃS, Fernanda. *"Autoridades Reguladores..."*. *op. cit.* pp. 17 a 22. Além desses países já citados, conferir o enquadramento das ARI's no ordenamento jurídico francês, espanhol, bem como na União Europeia em CARDONA, Maria Celeste. *"Contributo para o conceito..."*. *op. cit.* pp. 331 a 476.

Essas ARI's <sup>33</sup>, vistas como frutos do processo de “*fragmentação dos sistemas administrativos e de autodeterminação dos seus elementos constitutivos*”<sup>34</sup>, tem como objetivo fulcral assegurar a neutralidade política de determinadas decisões administrativas <sup>35</sup>, estancando a intromissão por parte do Governo, “*criando espaços neutros e imparciais, com o propósito de as retirar do jogo de alternância do princípio da maioria, conferindo-lhes estabilidades*”<sup>36</sup>. Entidades independentes estas “*aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo econômico e para dirimir conflitos em domínios sectoriais políticos e economicamente sensíveis*”<sup>37</sup>.

As Ari's podem ser definidas como entidades criadas pelo próprio Estado, visando a execução e prossecução de atividades administrativas que lhes foram transferidas propriamente pelo mesmo Estado, mas que, ao mesmo tempo, esse as concede um maior grau de discricionariedade e de ausência de um controle tão acentuado conforme existe na Administração Indireta, nas Autarquias Locais ou mesmo nas Associações Públicas. Em verdade, estamos diante de instâncias administrativas que foram destacadas da tradicional estrutura orgânica do Estado e de sua Administração Pública. Sendo essas mesmas instâncias administrativas “*situadas fora da órbita do Governo, de um departamento ministerial ou de*

---

<sup>33</sup> Uma nota bastante controversa e relevante, diz a respeito da natureza jurídica das ARI's. Em razão das especificidades e poderes assumidos por essas entidades, alguns autores chegam a classificá-las como um poder jurisdicional ou quase-jurisdicional. Outros, em sentido ainda mais inovador, caracterizam as ARI's como um verdadeiro “*quarto poder estatal*”. Entretanto, ao que parece, prevalece o entendimento que, muito embora, como já explanado, tais entidades apresentem ressaltado traço de independência e neutralidade (traços que as distinguem um tanto da Administração Pública tradicional), elas não perdem a natureza administrativa. Nesse diapasão, por todos, conferir: MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. “*Autoridades Reguladores...*”. *op. cit.* p. 24 e 25.

<sup>34</sup> Cfr. CHEVALIER, J. “*COB, CNIL, CNCL et Cie: la philosophie des autorités administratives indépendantes*”, Regards sur l'actualité, nº 146, Dec., 1988. p. 14 *apud* MOREIRA, Vital. “*A administração autônoma...*”. *op. cit.* p. 130.

<sup>35</sup> As razões para a criação e reforço da atividade reguladora por parte das ERI's não se limitam apenas ao reconhecimento do fracasso da forma representativa atual baseada em disputas partidárias. É também em razão do alto grau de especialização que determinadas áreas econômicas atingiram; pela necessidade de separar as funções de prestador de serviços com a de criador de regras; assegurar a igualdade e a concorrência entre os operadores públicos e privados, dentre tantas outras. Para mais detalhes sobre o tema conferir CALVÃO, João Nuno. “*Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privados, Público e Cooperativo*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015. pp. 389 a 402; CARDONA, Maria Celeste. “*Contributo para o Conceito...*”. *op. cit.* pp. 539 a 545; ÁLVAREZ, Gerardo García. “*Los Poderes Normativos de Las Administraciones Independientes en el ámbito económico*”. In Revista de Administración Pública, nº 171, Madrid, 2006, pp. 143 a 151.

<sup>36</sup> Cfr. MOREIRA, Vital. “*A administração autônoma...*”. *op. cit.* p. 132.

<sup>37</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. “*O princípio democrático sobre pressão dos novos esquemas regulatórios*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Ed. 01. Cedipre. Coimbra. Maio de 2009. p. 99.

seus delegados, e que recebem do Estado a missão de efetuar a regulação de um determinado setor da vida em sociedade, na “interface” da sociedade civil e do poder político”<sup>38</sup>.

Há, assim, modificação orgânica do Estado e da Administração Pública que acaba por reverberar na própria lógica de representação democrática dos cidadãos. As decisões que influenciarão diretamente os rumos das atividades econômicas não tem origem direta nos representantes eleitos pelo povo de determinado território. Com a criação das ARI’s, há uma substituição da legitimidade democrática pela legitimidade técnica, a legitimidade do saber<sup>39</sup>. Os requisitos técnicos, as condições de acesso ao mercado e demais padrões essenciais para prestação de atividades econômicas e ofertas de bens que influenciarão todos os agentes econômicos são tomados por especialistas técnicos não eleitos diretamente pelo povo<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. QUERMONNE, J. L. “*L’ appareil administratif de l’État*”. Paris: Seuil. 1991. p. 250 *apud* MOREIRA, Vital. “*A administração autónoma...*”. *op. cit.* p. 127.

<sup>39</sup> Para mais detalhes sobre o tema ver CARDOSO, José Lucas. “*Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*”. Coimbra Editora. 2002. pp. 407 a 418; MORAIS, Carlos Blanco. “*A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência*”, In *Jurismat*, Portimão, nº7, pp. 155 a 167.

<sup>40</sup> Tal separação e independência do poder político é denominada por Vital Moreira e Fernanda Maças “*desgovernamentalização da regulação*”. Nesse sentido, quando da proliferação das ERI’s, muitos autores contrários à criação dessas autoridades reguladoras deixaram claro a preocupação com o déficit democrático dessas entidades. Alguns, inclusive, pugnam por suposta inconstitucionalidade da emenda constitucional XXX que introduziu na CRP a possibilidade de criação das ARI’s. Martin Shapiro chega a dizer que “*o fato de estas agências defenderem que o que fazem é na base da legitimação técnica mostra que é negada transparência à população. Se a linguagem usada pelos técnicos, que não pode ser entendida por outros, mas é ao mesmo tempo a grande base da legitimação reclamada, então a mensagem que certamente tem de ser dada a população em geral é a de que: alguém está a dizer que não é suposto eu entender e não posso mesmo entender o que se está a passar no governo. Vide MARTIN SHAPIRO. Agencies in the European Union: an American perspective. In The New European Agencies – Conference Report, EU Working Papers, Instituto Universitário Europeu, San Domenico, 1996, p. 104 apud CALVÃO, João Nuno. “Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privados, Público e Cooperativo”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015. pp. 390 e 391. Contudo, para as finalidades pretendidas no presente estudo, pensamos que essas discussões teóricas sobre a suposta ausência de legitimidade democrática dessas entidades reguladoras não fazem tão necessária pois, além de já ter sido exaustivamente analisada por outros autores de grande relevo, a prática nos mostra que cada vez mais tais entidades vem ganhando importância e campo de atuação. Portanto, sem nos olvidarmos do sempre necessário controle democrático de qualquer autoridade pública, entendemos que tão relevante quanto esse tema, é a necessidade de se exigir que as decisões regulatórias advindas de tais entidades sejam proporcionais e de qualidade. Para uma leitura crítica da acerca da instituição das ERI’s ver CALVÃO, João Nuno. *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 119 e ss; CATARINO, Luís Guilherme. *O novo regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?* In Instituto dos Valores Mobiliários. Retirado da Internet. ([https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar\\_com\\_a\\_administra%C3%A7%C3%A3o\\_independente.pdf](https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf)). Último acesso em 26/07/2020.*



A ideia fulcral por trás da criação das ARI's é fortalecer e apoiar a atuação de particulares como principais agentes econômicos, ensejando o reforço da concorrência, sem deixar que o interesse coletivo e a necessidade dos utentes sejam atendidos, tudo com o maior grau de independência possível. Assim, a transferência de parcela do poder regulatório estatal para tais entidades independentes justifica-se, também, em determinados ramos nos quais o Estado deixou de intervir diretamente, seja como empresário ou prestador. É o caso das indústrias de rede, que por constituírem “*monopólio natural*” há que possibilitar aos diversos operadores acesso à rede em igualdade de condições, como também, os “*serviços de interesse econômicos geral*”, por incidirem sobre esses as obrigações “*de serviços públicos*” e garantias de não interrupção de fornecimento, serviço universal, igualdade de condições, modicidade das tarifas, etc.<sup>41</sup>.

Desta feita, a crescente substituição do Estado diretamente intervencionista pelo atual ideal de economia de mercado regulado por autoridades independentes, traz consigo duas razões pragmáticas: (I) a necessidade do próprio mercado ser regulado, vez que, como já fora empiricamente demonstrado, a auto regulação nem sempre possui garantias de bom funcionamento da economia, seja pela sua incapacidade de corrigir eventuais falhas (*market failures*), seja, muitas vezes, pelo seu distanciamento na busca pelo atingimento de determinados valores sociais; (ii) o fato de, necessariamente, a regulação precisar de uma atuação mais objetiva, estável, independente e imparcial (subjaz a ideal separação das consequências malélicas do sistema político-partidário)<sup>42</sup>.

Nesse diapasão, para que tais entidades reguladoras desgarradas da estrutura dos poderes políticos pudessem atuar de maneira mais imparcial possível, necessário que as atribuisse reforçada autonomia técnica, financeira e administrativa. Foi justamente com a intenção de reforçar a necessária independência das entidades reguladoras (tanto em relação ao Governo, quanto em relação às entidades privadas que serão por elas reguladas), que

---

<sup>41</sup> Cfr. MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. “*Autoridades Reguladoras*” ... *op. cit.* pp. 12 e 13.

<sup>42</sup> Nesse sentido de a regulação ser encarada como mecanismo de harmonização, de enfretamento de crise e, principalmente, regular de forma preventiva as atividades complexas e de alto risco ver CATARINO, Luís Guilherme e PEIXE, Manuela. “*A nova regulamentação dos mercados financeiros – um tsunami regulatório?*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015. Especialmente pp. 227 a 240.

houve a criação da lei nº 67 de 2013<sup>43 44</sup>. Essa lei quadro traz uma série de regras e princípios que são aplicados à todas EAI's com função de regulação e defesa da concorrência das atividades econômicas dos setores privados, público, cooperativo e social<sup>45 46</sup>.

Para os fins pretendidos por nós no presente trabalho, importa-nos a análise dos principais poderes concedidos às entidades reguladoras, sobretudo o poder regulamentar. Pois bem. O artigo 40º da referida lei quadro salienta que tais autoridades independentes poderão supervisionar, fiscalizar, sancionar eventuais infrações e regular as atividades econômicas desenvolvidas pelo setor privado. Nessa toada, com vistas à defesa de interesses socialmente relevantes, como a proteção do direito de consumidores, da saúde coletiva, do meio ambiente, do patrimônio cultural e tantos outros, às ERI's é concedida a possibilidade de criar regras de acesso à atividades econômicas, elaborar e aprovar regulamentos, diretivas,

---

<sup>43</sup> Em verdade, esse necessário reforço da independência das autoridades reguladoras em Portugal deu-se no âmbito do *Memorandum of Understanding* (MoU) assinado com a *troika* (Banco Central Europeu, Comunidade Europeia e Fundo Monetário Internacional). Na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 132/XII restam claros os motivos e razões para tanto.

<sup>44</sup> Para um estudo mais detalhado acerca dessa Lei-Quadro, bem como, das principais características, limites e da autonomia conferidas à ARI's ver GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes. “*Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015. pp. 335 a 350; NORONHA, João Espírito Santo. “*A nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras: Poderes e Instrumentos Regulatórios*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015. pp. 375 a 382; CALVÃO, João Nuno. “*Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015. pp. 383 a 416.

<sup>45</sup> Em razão dessas especificidades existentes entre as diversas entidades reguladoras, nomeadamente em razão dos diferentes setores em que cada uma atua, é que boa parte da doutrina tece críticas à essa Lei-Quadro. Justamente pelo fato de a mesma tentar harmonizar e traçar iguais regras, prerrogativas, limitações e características às entidades que atuam em áreas tão distintas umas das outras, segundo esse ponto de vista, tais especificidades deveriam ser destacadas e levadas em consideração. Há, na verdade, extrema heterogeneidade entre elas e, em consequência disso, que se discute bastante acerca da utilidade de uma lei quadro tratando de maneira semelhante entidades tão *sui generis*, que são frutos de uma realidade tão multiforme e de um pragmatismo que deveria estar voltado e adaptado a cada setor específico. Chegando Nuno Calvão a dizer que: “*na verdade, na tentativa de garantir coerência ao modelo, corre-se, em nossa opinião, o sério risco de obrigar os reguladores a adoptar soluções inconvenientes e pouco ágeis para o desenvolvimento da sua missão, ou, em alternativa, a regulamentação-quadro terá de ser tão minimalista que pouco contribuirá para o confessado desiderato de superar a heterogeneidade reinante...*” in CALVÃO, João Nuno. “*Poderes e Instrumentos...*” *op. cit.* pp. 388.

<sup>46</sup> Necessário ressaltarmos que dentro do gênero “*agência reguladora independente*”, distintas espécies podem ser criadas visando a atuação em distintos setores, o que, conseqüentemente, acabará reverberando na própria especificidade de uma ARI para outra. Explicamos. É que estamos dentro de um campo com larga discricionariedade concedida ao legislador. Será esse, quando da decisão de criação de uma ARI, quem delimitará em qual ramo a mesma atuará (p.ex. área econômica; proteção de direitos fundamentais; serviços públicos; etc.), bem como, quais serão os respectivos poderes, estrutura organizativa, prerrogativas, dentre tantas outras especificidades. Assim, o que se pretende aqui sintetizar é que a amplitude de poderes e atuações de uma ARI variará de acordo com decisão política estabelecida em determinado momento.

recomendações e normas gerais, inclusive com efeitos externos, que incidirão diretamente na liberdade de iniciativa dos privados.

É certo são as próprias e específicas leis criadoras das entidades administrativas deverão prever, de maneira inequívoca, a possibilidade, bem como, o alcance e limite dos atos regulamentares expedidos por elas. Queremos dizer com isso que, como esse é um campo em que, necessariamente, deve haver a precedência de lei, ou seja, uma lei anterior que autorize o poder regulatório. Cada lei específica criadora de cada entidade é que abarcará os limites e condições desse poder regulamentar. Em razão disso, haverá diferentes gradações de regulamentos. Em certas ocasiões, existirão entidades que praticarão atos, emitirão pareceres, mas sem a possibilidade atos regulamentares propriamente ditos. Por outra via, haverá situações em que “*além de lhes ser atribuído o poder regulamentar de organização interna, é lhes também reconhecida a competência de regulação, que pode ir desde a emanação de actos administrativos gerais (circulares, instruções) até à criação de uma disciplina normativa regulamentar, incidente, sobretudo, nos sujeitos operadores no campo da competência dessas entidades*”<sup>47</sup>.

Nesse diapasão, qual sentido de *regulação* pode ser empregado para referirmo-nos às atividades exercidas pelas ARI's? <sup>48</sup>

A nosso ver, *regulação* abarca duas ideias fulcrais: (I) uma referenciando ao estabelecimento e imposição de normas, de regras; (II) outra, no sentido dever de garantia de funcionamento estável e equilibrado de um sistema econômico <sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”. 7ª Ed. Almedina. 2010. p. 844.

<sup>48</sup> Trata-se de um tema bastante tormentoso, possuindo diversos sentidos e significados. Contudo, em razão da temática por nós delimitada no presente estudo, imperioso ressaltarmos que durante a explanação que será feita ao longo desse trabalho, *regulação* será sempre relacionada como forma de intervenção, seja pelo Estado, seja pelas ARI's, na economia. Ou seja, a regulação terá como sentido a relação econômica que se estabelece entre regulador, entre agentes regulados e utentes. Com uma definição ampla acerca do sentido de *regulação* ver ALMEIDA, Mário Aroso. “*A regulação como função administrativa do Estado: a complexidade de um conceito*”. In *Garantias de direitos e regulação: perspectiva de direitos administrativo*. Ed. AAFDL. 2020. pp. 25 a 68.

<sup>49</sup> Conforme lições de MOREIRA, Vital. *Auto Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997. pp. 43 e ss.

Assim, se pudéssemos explicitar de uma maneira mais objetiva o sentido de *regulação* (obviamente delimitando o âmbito do conceito para um sentido que a nós nos interessa para o presente estudo), diríamos que a atividade regulatória consiste na prerrogativa de estabelecer regras de conduta, gerais e abstratas, que incidirão sobre determinados setores econômicos, buscando a satisfação de determinados objetivos públicos, bem como, o funcionamento equilibrado do mercado, através da composição dos direitos e deveres dos sujeitos da relação regulatória (reguladores, regulados e utentes). Nessa toada, *regular é capacidade de editar normas que atinjam determinado setor econômico, conciliando interesses públicos e dos agentes que participam da relação regulatória, bem como, no poder de aplicar e fazer cumprir as referidas normas.*<sup>50</sup> Sentido esse que acaba por revelar três poderes típicos do Estado: *(I) poder normativo; (II) poder executivo e (III) poder parajudicial*<sup>51</sup>.

Contudo, como será melhor analisado ao longo desse estudo, pensamos que quando determinada entidade reguladora utilizar a prerrogativa que a lei lhe confere de estabelecer regras de condutas, condicionamentos para o exercício de determinada atividade econômica ou mesmo exigências técnicas que passarão a vincular todos os agentes privados regulados de determinado setor econômico, é necessário que essa atuação seja harmoniosa com todos aqueles sujeitos que sofrerão incidência dessas normatizações. É dizer, na busca pelo justo equilíbrio entre os agentes que participam da regulação econômica, a edição de normas por parte das ARI's deve ser realizada dentro de critérios racionais, proporcionais e que respeitem a realidade econômico-financeira dos agentes privados que atuam no respectivo setor regulado. Acreditamos que mesmo que esteja em causa a satisfação de interesses públicos e a defesa dos interesses dos utentes, a regulação econômica deve levar em consideração a real capacidade financeira dos atores que prestam atividades e oferecem bens

---

<sup>50</sup> Um conceito sobre regulação e que muito se aproxima com os propósitos do presente trabalho foi apresentado pelo professor Floriano de Azevedo Marque Neto: *“a regulação é uma atividade estatal pela qual o Estado usa seu poder extroverso para intervir e modelar comportamentos privados. Porém, não o faz a partir de comandos binários proibido-permitido, vedado-autorizado, conduta-sanção, ordem-sujeição, mas, sim, perseguindo objetivos públicos pautados no ordenamento jurídico em concertação com os atores econômicos e sociais. Sendo assim, podemos concluir a função reguladora como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses aos sistemas regulados e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico”* in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *“Tratado de direito administrativo – Funções administrativas do Estado”*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014. vol. 4. p. 512.

<sup>51</sup> Tomamos por base as lições de MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. *“Autoridades Reguladoras Independentes”*. Coimbra Editora. Coimbra. 2003. p. 14.

ao mercado. De nada adianta exigir novos padrões comportamentais, melhores tecnologias a serem disponibilizadas pelas empresas ou estabelecer requisitos operacionais que, de tão pesados, intensos e restritivos, acabam por dificultar a própria continuidade da atividade profissional dos atores regulados, senão, em muitos casos, a extinção completa do estabelecimento empresarial.

Nesse sentido, além de buscarmos caminhos que comprovem que em diversos momentos as empresas reguladas sofrem efeitos materiais idênticos ao de uma expropriação sem, contudo, lhe serem oferecidas quaisquer indenizações, na prática, muitas vezes, percebe-se que as entidades reguladoras, quando da alteração do marco regulatório setorial, não oportunizam sequer a possibilidade prévia dos potenciais ofendidos participarem do procedimento regulatório para apresentarem defesa e mecanismos alternativos que não aqueles que esvaziarão o conteúdo econômico da sua propriedade privada profissional.

Desta feita, tão importante quanto questionar a legitimidade democrática de tais entidades, bem como a prossecução de interesses socialmente relevantes, parece-nos há que se exigir que a regulação econômica realizada pelas ARI's seja de qualidade, seja proporcional, que observe os efeitos sistêmicos e que, sobretudo, haja respeito ao núcleo essencial dos direitos dos privados regulados.

### **3) As normas da Constituição Econômica portuguesa e os direitos constitucionais afetados:**

A CRP, na sua parte II, estanca regras, princípios e definições atinentes a organização econômica do setor público, privado e social. Também denominada de “*Constituição Econômica*”<sup>52</sup>, além de trazer o regramento necessário para o bom desenvolvimento da economia do país, objetiva traçar limites, direitos e obrigações para todos os agentes econômicos, sejam eles públicos ou privados. Fruto de uma decisão política, as premissas da constituição econômicas evidentemente devem ser interpretadas em consonância com as demais partes da CRP. Portanto, longe de ser uma estrutura isolada, ela faz parte de um conjunto, devendo, por isso, ser bem articulada e desenvolvida com todos os demais objetivos da carta constitucional, visando, primordialmente, a realização do *princípio da democracia econômica e social*<sup>53</sup>.

Esse princípio democrático traz-nos, logo de cara, uma premissa fundamental para o presente trabalho e que acreditamos que não podemos nos afastar: “*a Constituição Econômica funciona 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>54</sup>. Assim, por mais que haja determinado grau de liberdade e de livre conformação em razão da

---

<sup>52</sup> Tal denominação com origem alemã deu-se após a entrada em vigor da Constituição desse país em 1919. A “*Wirtschaftsverfassung*” apresenta série de normas e diretrizes básicas acerca da organização e desenvolvimento da atividade econômica. Em verdade, a “*Constituição Econômica*” estatui garantias mínimas para o desenvolvimento do sistema misto da economia baseado em um controle democrático, unitário e coerente dessa. Controle a ser desenvolvido pelo Estado através de uma série de incumbências (p. ex. artigo 81º CRP), visando a proteção e correção do poder privado, traçando limites objetivos, promovendo o aumento do bem estar social e da qualidade de vida, e, ainda, assegurando a participação de todos os agentes econômicos na definição e execução das principais medidas de política econômica e social. Para maiores detalhes acerca dessas características ver MARQUES, Maria Manuel Leitão. “*A Constituição Econômica Portuguesa Depois da Revisão Constitucional de 1989*”. In Revista de Direito Público, 1991. p. 05 e ss. Artigo Retirado da Internet - [www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/16.pdf](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/16.pdf). Último acesso em 28/06/2020; AMORIM, João Pacheco. “*A Constituição Econômica Portuguesa – Enquadramento Dogmático e Princípios Fundamentais*”. pp. 02 a 15 (Artigo retirado da Internet – [www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf](http://www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf). Último acesso em 29/06/2020); MOREIRA, Vital. “*Economia e Constituição*”. Coimbra. 1979. pp. 46 a 57.

<sup>53</sup> Referenciando o princípio democrático como verdadeira trave mestra do ordenamento político-econômico ver FRANCO, Antônio Sousa. “*A revisão da Constituição Econômica*”. In Revista da Ordem dos Advogados. 1982. pp. 613 e 614.

<sup>54</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J Gomes e MOREIRA, Vital. “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”. Coimbra. 4ª Ed. Vol. I. p. 942.

legitimidade democrática revelada pelo sufrágio universal, o legislador ordinário, a Assembleia da República, o Governo e as ERI's, ficam subordinados ao constituinte originário<sup>55</sup>. Há, nesse sentido, o dever de obediência pública e privada para a realização de uma democracia econômica interligando a sociedade e o Estado<sup>56</sup>.

O fato é que com o decorrer do tempo e as modificações ideológicas espelhadas através da revisão constitucional de 1982 ou, de maneira mais acentuada, com a posterior de 1989<sup>57</sup>, a própria relação entre os agentes econômicos públicos e privados foi sendo alterada. Aquele sentido mais socialista da propriedade, dos bens e dos meios de produção, foi ganhando orientações mais livres, com atenção a fundamentos mais relacionados à lógica do mercado concorrencial. Finalmente, com a revisão constitucional de 1997, com a expressa consagração na CRP do *princípio fundamental da liberdade de iniciativa e de organização empresarial*, bem como, de conceitos como desenvolvimento sustentável e atividades de interesse econômico geral, juntamente com a adesão de Portugal à Comunidade Europeia (devendo, inclusive a constituição econômica da CRP ser interpretada conforme as determinações econômicas da UE), podemos dizer que se chegou hoje a um modelo de *economia social de mercado regulado*<sup>58</sup>.

Conforme já fora salientado no início desse trabalho, isso reflete diretamente no que se denomina de *economia mista*. Muito embora o poder político democraticamente legitimado possua certa prevalência sobre o setor econômico privado<sup>59</sup>, os ideais a serem

---

<sup>55</sup> Cfr. PINTO, Carlos A. Mota. “*Direito Público da Economia*”. Universidade de Coimbra, 1980-1981, pp. 72.

<sup>56</sup> Conforme asseverou o Tribunal Constitucional no acórdão nº 444/93, nº 7: “*o princípio em causa exige, antes de mais, que o poder econômico do Estado se subordine à vontade popular*”.

<sup>57</sup> Alterações essas que possibilitaram a reprivatização da titularidade dos bens nacionalizados; a desconstitucionalização da reforma agrária; uma maior valorização da iniciativa econômica por privados; a eliminação de conceitos de “socialização” e “propriedade social”, dentre tantas outras. Para um entendimento mais detalhado acerca da evolução da relação existente entre Estado e economia ao longo das diversas cartas constitucionais existentes ver PARDAL, Paulo Alves. “*O acidentado percurso da constituição econômica portuguesa*”. In *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, Número 22, abril – junho, 2015. pp. 22 a 32.

<sup>58</sup> Cfr. VAZ, Manuel Afonso e FONTAINE, Manuel. “*Constituição Portuguesa Anotada – Jorge Miranda e Rui Medeiros*”. Vol. II, Universidade Católica. 2018. p. 16. Conforme ainda sustentam os referidos autores, em razão de Portugal ter assumido, no plano internacional, diversos acordos e adesões, à exemplo do FMI e do GATT (respectivamente nos anos de 1961 e 1962), com as devidas intervenções realizadas pelo FMI (nos anos de 1977, 1983 e 2011), juntamente com a fundação da OMC em 1995, também há que se levar em consideração todos esses preceitos e relações econômicas internacionais.

<sup>59</sup> Embora existam determinados autores que entendam que a primazia de atuação na atividade econômica pertença ao setor privado. Nesse sentido, por todos, ver AMORIM, João Pacheco. “*Direito de propriedade*

alcançados devem lastrear em lógicas dialéticas, de coordenação e harmonia. A abertura e possibilidade de prestação das atividades econômicas de interesse geral por setores da iniciativa privada é um grande exemplo disso. Essa lógica de economia mista, sendo inclusive limite material de futuras revisões constitucionais <sup>60</sup>, baseada na harmonização entre mercado, setor cooperado e planejamento público, infere que aos privados é assegurado o direito de livre exploração de atividades profissionais e de ir em busca de produção de riqueza. Mas o Estado, na tentativa de prossecução dos seus deveres políticos institucionais, se fará presente sempre que necessário, definindo e controlando novos trajetos a serem observados por todos os cidadãos tendo por objetivo o bem estar econômico coletivo <sup>61</sup>.

Na busca pelo constante equilíbrio dessas forças, tarefa nem sempre muito fácil de equacionar, deve o poder público coibir o abuso do poder econômico, deve incentivar e assegurar a concorrência, combater monopólios e latifúndios <sup>62</sup>, enfim, deve buscar instrumentos para “domesticar” a ânsia empresarial na busca insaciável do lucro. É seu dever proteger e instigar a satisfação de princípios e valores socialmente relevantes visando o desenvolvimento econômico e social.

Contudo, o Estado, enquanto equilibrista, deve, de igual maneira, conceder espaço suficientemente necessário para o livre desenvolvimento econômico, incentivando o setor

---

*privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção”. In Boletim de Ciências Econômicas, Volume LVII, Tomo I. Coimbra. 2014. Para os objetivos do presente trabalho, pensamos que essa não seja uma discussão tão relevante. A verdade é que tanto o setor público, quanto privado (sem nos olvidarmos do setor cooperativo) possuem seus espaços respectivos de atuação. A primazia conferida ao poder político democrático é apenas relativa, haja vista, no presente trabalho, iremos abordar as formas e condicionantes de intervenção dos poderes públicos na propriedade privada visando a satisfação de interesses socialmente relevantes.*

<sup>60</sup> Art. 288º, alínea g) da CRP.

<sup>61</sup> Nomeadamente no âmbito comunitário europeu, que acaba por balizar a atuação dos Reguladores portugueses, ao menos em princípio, parece não haver nenhuma sobreposição de regime de iniciativa econômica e de propriedade, seja público ou privado, pois o próprio artigo 345º do TFUE estatui que “os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade dos Estados - membros”. Contudo, estamos plenamente de acordo com a análise de Luís S. Cabral de Moncada que, em razão dos princípios da vedação de auxílio de Estado (arts. 107º a 109º), da imposição de adaptação dos monopólios públicos de natureza comercial à liberdade de circulação de mercadorias (art. 37º), bem como, ao regime de proteção da concorrência entre as empresas (art. 101º a 109º), assevera que: “o modelo económico europeu é de uma economia de mercado aberto sendo a livre concorrência e o mercado os princípios ordenadores da decisão económica”. MONCADA, Luís S. Cabral. “Direito Económico”. 5ª Ed., Coimbra, pp. 296 e 297. Nesse diapasão parece ser igualmente o entendimento de AMORIM, João Pacheco. “A Constituição Económica Portuguesa – Enquadramento Dogmático e Princípios Fundamentais. p. 29 e 74 a 76. Artigo retirado da Internet – [www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf](http://www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf). Último acesso em 29/06/2020.

<sup>62</sup> Arts. 81º e 97º da CRP.



produtivo no que lhe couber e, acima de qualquer outra garantia, intervir no domínio econômico quando estritamente necessário<sup>63</sup>. Uma de suas incumbências econômicas, em razão dos princípios do desenvolvimento econômico, da igualdade substantiva e da concorrência<sup>64</sup>, é justamente apoiar e garantir o pleno progresso da economia pois é através dessa evolução que se viabiliza a oferta de empregos e possibilita a produção de riquezas. Valores esses fundamentais para a concretização do bem estar social e da qualidade de vida da população<sup>65</sup>.

Sem dúvida alguma, não podemos perder de vista que um dos principais aspectos da *Constituição Econômica* é preservar a garantia do desenvolvimento equilibrado dos atores econômicos. Apesar de a CRP propugnar por certa prevalência do setor público, evidentemente, durante o exercício dessa prerrogativa, os agentes públicos devem obedecer a limites e condicionantes. Ou seja, durante o exercício de seus poderes de planificação, fiscal e regulatório, há que se respeitar o espaço de desenvolvimento e atuação de outros agentes, em especial, do setor privado gerador de empregos, bens e serviços. Nesse sentido, especificamente abordando a atuação do Estado Regulador enquanto interventor direto na seara econômica, no momento da tomada de decisão visando a prossecução de suas atribuições constitucionais inafastáveis, há que, igualmente, respeitar direitos e espaços concedidos pela própria lei fundamental. A sobreposição relativa concedida aos poderes públicos no domínio econômico está longe de ser encarada como arbítrio ou salvo conduto para atuações irresponsáveis, desproporcionais, ineficientes. Essa somente se mostra justificada se decorrer de atuações públicas reveladoras de poderes políticos democráticos.

---

<sup>63</sup> Há tempos que a jurisprudência do Tribunal Constitucional decidiu sobre a necessidade de delimitar e respeitar os espaços de atuações dos diferentes setores econômicos concedidos pela própria Constituição. Citemos como exemplos os acórdãos nº 25/85; 186/88 e 444/93. Relativamente ao primeiro acórdão, tratava de pedido de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos arts. 1º e 2º da lei 11/83. Essa lei, por seu turno, permitia a alteração da lei nº 46/77 com vistas à conseqüente possibilidade de transferência para o mercado privado da prestação de atividades relativas aos setores bancário, segurador, cimenteiro e adubeiro. Fundamentando o pedido de inconstitucionalidade, o autor alegava que tal abertura para o mercado privado de “setores tão básicos da economia” feria, dentre outras, a garantia constitucional da nacionalização. Contudo, o Tribunal Constitucional ao negar o pedido autoral, sustentou que deve haver a necessária coexistência entre os setores público, privado e cooperativo, não havendo “*garantia institucional dos três setores em termos transitórios, há uma garantia institucional dos três setores independentemente de qualquer termo*”. Concluindo que “*a iniciativa privada e a liberdade de iniciativa privada constituem a regra. Assim, as nacionalizações, a requisição e a expropriação quanto àquela, e a proibição da iniciativa privada representam a exceção... a nova sistematização é uma consagração expressa do princípio da iniciativa privada como direito fundamental dos cidadãos*”.

<sup>64</sup> Art. 81º, a, d, f e j da CRP.

<sup>65</sup> Princípio da plena utilização das forças produtivas – art. 81º, c, CRP.

Fora isso, não estaremos diante de um exercício legítimo de atribuições. Decisões econômicas reveladoras de normas que definam e limitam direitos dos particulares devem encontrar alcance em garantias constitucionais para que, ao fim ao cabo, possa refletir uma atuação de qualidade buscando o equilíbrio dos setores econômicos.

Os limites da intervenção econômica proveniente dos poderes públicos são justamente, além dos princípios constitucionais já anteriormente citados, aqueles direitos fundamentais que, muito embora não estejam diretamente incluídos no capítulo I da CRP (referente a direitos, liberdades e garantias), se beneficiam de uma analogia substantiva desses, possuindo conteúdo determinável e com exequibilidade imediata<sup>66</sup>, com garantias e proteções análogas àqueles inseridos no capítulo I da lei fundamental. Tais direitos são, dentre outros, a propriedade privada (art. 62º) e liberdade e livre iniciativa econômica privada (arts. 61º e 86º), e tantos outros presentes ao longo da organização econômica, especialmente os relativos aos meios e formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção (art. 83º), bem como, aqueles estatuídos nas alíneas *b*), *c*), *e*) e *f*) do art. 80º<sup>67</sup> e as normas relativas ao direito de concorrência (art. 81º, al. *f*)), todos da CRP<sup>68</sup>.

Fundamentalmente à liberdade de iniciativa concedida aos privados<sup>69</sup>, é possível inferir um duplo sentido em razão do comando constitucional. Através da primeira vertente, a liberdade de iniciativa revela uma autonomia concedida para fins de criação de empresas, de possibilidade de investimento e estabelecimento. Já a segunda, relaciona-se a um direito

---

<sup>66</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”. Coimbra. 4ª Ed. Vol. I. p. 789.

<sup>67</sup> Chegando alguns autores a afirmar que o art. 80º da CRP é “*a súmula material da constituição econômica portuguesa*”. Nesse sentido VAZ, Manuel Afonso e FONTAINE, Manuel. “*Constituição Portuguesa Anotada*” – Jorge Miranda e Rui Medeiros. Vol. II, Universidade Católica. 2018. p. 15.

<sup>68</sup> Conforme destaca João Pacheco de Amorim: “*A autonomia privada e as liberdades objectivas de circulação são juridicamente asseguradas pelo direito geral de liberdade e pelos tradicionais direitos subjectivos económicos, direitos estes qualificáveis como fundamentais, a partir do momento em tenham assento no texto constitucional, beneficiando então do especial regime de protecção garantido pela lei fundamental — o que acontece entre nós com as liberdades de profissão e de empresa e ainda com o direito de propriedade privada*”. In AMORIM, João Pacheco. “*A Constituição Económica Portuguesa – Enquadramento Dogmático e Princípios Fundamentais*”. p. 70. (Artigo retirado da Internet – [www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf](http://www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf). Último acesso em 29/06/2020).

<sup>69</sup> Para maiores detalhes conferir FRANCO, António L. Sousa. “*Nota sobre o princípio da liberdade económica*”. In Boletim do Ministério da Justiça, nº 355, Lisboa, 1986. pp. 06 a 18.

institucional da própria empresa, fundando-se na liberdade organizacional, de gerir e exercer o próprio objeto social em si <sup>70</sup>.

Traçando o paralelo com os fins pretendidos para esse trabalho, pensamos que a *expropriação de sacrifício*, enquanto consequência maléfica da intervenção das agências reguladoras na atividade econômica reveladora de uma verdadeira falha no processo regulatório, identifica-se mais com ambos sentidos do direito de liberdade de iniciativa, especialmente no aspecto da prerrogativa da livre atividade da empresa e da possibilidade de investimentos, pois, justamente pelo fato de impor ônus pesados demais para a atividade empresarial, gerará efeitos tão restritivos que, em muitos casos, inviabilizará a própria continuidade da exploração econômica.

Evidentemente que estamos diante um campo com alto caráter discricionário e, por isso mesmo, sujeito a um amplo poder conformador por parte do poder público. Podemos dizer que direito da liberdade da atividade empresarial somente pode ser exercido “*nos quadros definidos pela Constituição e pela lei*” <sup>71</sup>. Contudo, imperioso ressaltarmos que “*sendo a regra a liberdade de iniciativa (“exerce-se livremente”, estancado no n° 1 do art. 61 da CRP), as limitações ou restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade e sempre com respeito ao núcleo essencial que a lei não pode aniquilar (art. 18º, CRP), de acordo, aliás, com a garantia institucional de um setor econômico privado (art. 82º, n° 3, da CRP)*” <sup>72</sup>.

Estritamente relacionado com a norma atinente à liberdade de desenvolvimento econômico por parte do setor privado, relevante atentarmos para o duplo efeito que a concorrência baseada na economia de mercado faz refletir sobre a livre iniciativa. É que ao mesmo tempo em que a necessidade concorrencial pode ter um efeito expansivo sobre a liberdade econômica, em certos casos, pode também ser usada para comprimir seu alcance.

---

<sup>70</sup> Nesse sentido são as interpretações do Tribunal Constitucional exaradas nos acórdãos n° 254/2007, n° 8.1º; n° 304/2010, n° 5; e mais recente o acórdão n° 197/2016, n° 7.

<sup>71</sup> Art., 61º, n° 1, CRP. Ressaltemos que a própria Constituição no seu artigo 83º admite a possibilidade de apropriações públicas mediante o instituto da nacionalização. Fato esse que revela que não há sequer um direito absoluto do particular de não ser privado do direito de criar e explorar empresas.

<sup>72</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”. Coimbra. 4ª Ed. Vol. I. p. 790.

Por óbvio, uma das funções justificantes do Estado Regulador é, também, a correção das falhas do mercado. Situações essas que se se deixasse sob livre alvedrio dos particulares, os interesses socialmente relevantes estariam certamente comprometidos. Há determinadas situações que a grandeza de certos operadores privados econômicos ou, então, em razão da própria realidade fática de setor, impedem ou dificultam a existência de uma concorrência adequada. Nesses casos específicos, é dever do poder público atuar visando diminuir as distorções do mercado, seja através de vedações a práticas restritivas, seja intervindo diretamente na propriedade privada para “*quebrar*” o monopólio natural de um setor. Enfim, há diversas situações, baseadas no princípio concorrencial, em que se faz necessária uma presença forte do Estado a fim de realizar interesses coletivos que, conseqüentemente, comprimirão a liberdade econômica dos particulares.

De lado outro, os próprios imperativos da atividade concorrencial pugnam por uma menor ingerência dos poderes públicos nos domínios econômicos. É que se, em tese, o Mercado estiver funcionando bem e se as próprias regras impostas por autoridades públicas conseguirem afastar eventuais distorções, não se justifica maiores restrições ao direito da liberdade econômica. Nessas situações é salutar que se deixe a iniciativa privada exercer plenamente suas atividades. Portanto, a depender das realidades fáticas presentes em determinadas situações concretas, o vetor da concorrência pode ser tranquilamente utilizado para afrouxar ou mesmo apertar as regras incidentes sobre o livre exercício da atividade empresarial. Mas, devendo, sempre, empregar real atenção e respeito a atuações proporcionais e preservação do núcleo essencial de direitos em causa.

Dando seqüência à análise dos direitos constitucionais conflitantes com as decisões regulatórias lícitas exaradas pelas ARI's que possuem como consequência a *expropriação de sacrifício*, é chegada a hora de traçarmos as principais características acerca do conteúdo dos direitos patrimoniais envolvidos, em especial a propriedade privada <sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Na busca por conceitos mais fáceis de serem operalizados, no presente trabalho, optaremos por utilizar como gênero a expressão “*direito fundamental à iniciativa econômica – patrimonial privada*”. Sendo certo que como espécies desse conceito amplo estão inseridos o direito da livre iniciativa privada e o livre desenvolvimento empresarial (arts. 61º da CRP e 80º, al. c)), os meios de produção (art. 83º da CRP), a propriedade científica, literária, artística, direitos do autor, direitos de crédito... Enfim, dentro do gênero “*direito fundamental à iniciativa econômica – patrimonial privada*” estão todos aqueles bens materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos, de titularidade não somente do proprietário, mas, também, da própria atividade empresarial em

Para os fins do presente trabalho, faz-se necessário a procura por uma delimitação do conteúdo mínimo da propriedade privada que é assegurada, não só pela Constituição, mas pelo próprio arcabouço normativo vigente como um todo. Ou seja, qual o conteúdo mínimo da propriedade privada é assegurado ao cidadão? Qual o limite da conformação por parte do poder público? A partir de quando a intervenção pública passa a ser transgressora do direito patrimonial, carecendo, assim, de uma consequente reparação?<sup>74</sup>

É certo que o direito da propriedade privada está longe de ser ilimitado e incondicionado. O exercício de outros direitos, liberdades e garantias, bem como, o próprio Estado democrático em si, justificam limitações ao patrimônio. Questões relacionadas ao ambiente, urbanismo, defesa nacional, segurança e tantas outras, conformam e limitam diretamente o direito patrimonial<sup>75</sup>. Mas qual o exato limite que deve ser suportado? Todas essas questões trataremos de densificar agora<sup>76</sup>.

A CRP, diferentemente do que ocorria durante a concepção constitucional liberal-burguesa do século XIX, parece não ter optado por conceder uma grande prevalência ao conteúdo da propriedade privada. A consagração da propriedade privada, estampada somente no artigo 62º <sup>77</sup> (explicitada como uma das espécies do gênero “*direito econômico*”), somado ao fato de não estar contida diretamente no rol dos “*direitos*,

---

si, por exemplo, direitos industriais, nome empresarial, mobiliários. Percebe-se que a análise dos direitos patrimoniais revelará uma interpretação dinâmica e bastante ampla.

<sup>74</sup> Aconselha-se, nesse ponto, a leitura de BRITO, Miguel Nogueira. “*A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*”. Coimbra. Almedina. 2007. Em especial, pp. 774 a 794 e 903 a 993.

<sup>75</sup> Cfr. AMORIM, João Pacheco de. “*Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção*”. In Boletim de Ciências Econômicas, Volume LVII, Tomo I, 2014, Coimbra. p. 235.

<sup>76</sup> A lógica que permeia o presente trabalho é justamente compatibilizar as normas potencialmente conflitantes. De um lado está a prerrogativa concedida ao poder público de conformar e impor regras para a satisfação de interesses coletivo, do outro, está justamente o gênero “*direito patrimonial*” dos particulares. Não podemos nos afastar da ideia de que “*o direito de propriedade pode ser restringido, desde que se respeite a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, bem como os restantes limites estabelecidos pelo artigo 18º da CRP*” conforme as lições de BARBOSA, Mafalda Miranda. “*Entre a racionalidade financeira e a racionalidade jurídica: a medida de resolução à luz da jurisprudência portuguesa*”. In Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, Volume XLI, 2018. p. 37.

<sup>77</sup> O direito de propriedade também está expressamente assegurado no art. 17.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: “*1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitirem vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstas por lei e mediante justa indenização pela respetiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada na medida do necessário ao interesse geral.*”

*liberdades e garantias*”, mostra que, para o constituinte originário, parece não haver uma ligação direta entre o direito de propriedade privada e a consagração da autonomia privada, da liberdade e dignidade das pessoas conforme fora feito em períodos mais liberais. Contudo, conforme a melhor doutrina nos orienta, isso não quer dizer que o mesmo constituinte originário tenha negado, *a priori*, a ampliação dos direitos patrimoniais. Acreditamos que ele tenha optado, com base no artigo 16º, nº 1, da própria CRP, que essa definição detalhada e fragmentada seja feita pela lei, à exemplo do direito civil e comercial <sup>78</sup>.

A propriedade privada deve ser entendida como uma relação de uma pessoa ou entidade (pública ou privada)<sup>79</sup> com determinados objetos<sup>80</sup>. E esses mesmos objetos não devem ser interpretados, aqui, conforme aquilo que determina o direito civil. Justamente porque esses bens que compõe a relação patrimonial não se limitam apenas ao universo das *coisas mobiliarias e imobiliarias*. A consagração deve ir além, abarcando, de igual modo, a propriedade científica, literária, artística, direitos do autor, direitos de crédito, entre outros<sup>81</sup>.

Conforme salienta Rui Medeiros <sup>82</sup>, o art. 62º da CRP deve ser interpretado da forma mais ampla possível por isso devendo incluir, não somente o direito real da propriedade, mas todos plexos de direitos patrimoniais, incluindo os direitos de crédito, do autor e industriais. Autores de direito público, indo ao encontro desse sentido ampliativo da interpretação do direito de propriedade, asseguram aos titulares de direitos subjetivos públicos patrimoniais proteção semelhante à conferida ao direito estatuído no artigo 62º da CRP. Ou seja, caso o particular no decorrer do desenvolvimento de sua atividade econômica aufera rendimentos, especificamente em relação a ingerência exercida dos poderes públicos sobre esses, terão as mesmas garantias da propriedade privada <sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra. 4ª Ed, Tomo I. p. 800.

<sup>79</sup> Evidente que, em razão da temática desse trabalho, a relação que nos interessa é aquela existente entre o proprietário e o bem, mas no âmbito privado. Ou seja, o dono da propriedade privada defendendo-se de ingerências sobre seu patrimônio advindas do poder público.

<sup>80</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. “*Constituição da República...*”. *op. cit.* p. 801.

<sup>81</sup> Destacando essa interpretação ampla do direito de propriedade também para doutrina e jurisprudência espanhola, dizendo, inclusive, que as propriedades são “*todas as situações jurídicas subjetivas de carácter patrimonial*” ver: SANTIAGO, José María Rodríguez. “*Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la constitución española*”. In *Revista de Administración Pública*, nº 177, setembro – dezembro, 2008, pp. 157 a 194.

<sup>82</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, RUI. “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 1246.

<sup>83</sup> Cfr. BRITO, Miguel Nogueira. “*A Justificação da Propriedade Privada...*”. *op. cit.* pp. 907 a 920.

Em geral, diz-se que o direito de propriedade gera para o seu titular cinco prerrogativas: (i) o direito de adquirir bens/propriedade; (ii) o direito de não ser dela arbitrariamente privado; (iii) o direito de a transmitir *inter vivos* ou *causa mortis* e (iv) o direito de usar e fruir a propriedade; (v) o direito de reaver o patrimônio que, eventualmente, haja sido retirado de seus domínios<sup>84 85</sup>. Assim, interpreta-se que o art. 62º da CRP confere tanto uma garantia de existência, quanto um direito de aquisição do direito de propriedade. Situação essa que revela especial compromisso do texto constitucional para com o proprietário pois esse não será arbitrariamente alijado do seu patrimônio, bem como, não sofrerá limitações fora daquelas situações estritamente decorrentes dos parâmetros legais que acabam por impossibilitar o livre gozo e fruição desse direito. Esses cinco desdobramentos apontados, revelam-nos que o direito de propriedade possui uma natureza negativa ou de defesa, semelhantemente, ao que encontramos no regime jurídico dos “direitos, liberdades e garantias” elencados no artigo 17 da CRP/76.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional é assente a ideia da dupla garantia da propriedade privada: “no plano individual, contra as investidas arbitrárias dos poderes públicos; no plano coletivo, quanto à própria possibilidade da existência de uma sociedade civil diferenciada do Estado, e assente autonomamente na apropriação privada de uma ampla gama de bens que permita o estabelecimento de relações económicas à margem do poder público”<sup>86</sup>.

Ocorre que nenhum direito é absoluto. Menos ainda aqueles existentes dentro do capítulo relativo à temáticas económicas. Há que se buscar limites a propriedade privada para que se possa, de igual maneira, satisfazer outros bens e interesses coletivos que, por vezes, colidem com as liberdades privadas de cunho patrimonial. Assim, objetivando uma interpretação sistêmica e harmoniosa da Constituição, evitando que se cometa abusos e

---

<sup>84</sup> Cfr. AMORIM, João Pacheco. “Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção”. In Boletim de Ciências Económicas, Volume LVII, Tomo I, 2014, Coimbra. p. 226.

<sup>85</sup> No que tange à delimitação do conteúdo da presente pesquisa, a segunda, quarta e quinta dimensões são as que mais nos interessam. Sendo que, por decorrência lógica, tal garantia constitucional do direito de propriedade, consubstanciada num verdadeiro dever de abstenção de demais pessoas, ergue-se tanto em face de outros particulares, como também e, principalmente, face ao Poder Público.

<sup>86</sup> Acórdão nº 421/09.

aniquilamentos de direitos, necessário trazermos contornos minimamente objetivos a fim de delimitarmos situações em que se revelam verdadeiro dever do particular titular do direito patrimonial em suportar tais ônus, de outras situações que, de maneira desproporcional, passam a arranhar diretamente o núcleo essencial da propriedade e, em razão disso, geram o consequente dever de indenizar.

Essa diferenciação perpassa pela dicotomia existente entre *condicionamentos de direitos* e *sacrifícios de direitos*. O primeiro sentido importa em “*situações subjetivas passivas impostas por lei e controladas pela Administração, com base em lei e por elas controladas, aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos) ou suportar (sujeições)*”<sup>87</sup>. Nos dizeres de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes as “*limitações administrativas de direito ou condicionamentos de direitos são situações nas quais há certa incidência normativa que não modifica o conteúdo do direito subjetivo afetado, nem mesmo a capacidade jurídica ou do agir do titular, atuando, exclusivamente, sobre as condicionantes do exercício de tais direitos, deixando inalterados todo o resto de elemento do mesmo*”<sup>88</sup>. Assim, altera-se a forma de utilização do direito de propriedade e não, propriamente, o seu conteúdo. Nessa toada, representam mecanismos de *condicionamentos de direitos* atuações consequentes do exercício do poder revelado pela Administração Ordenadora (p. ex. restrições e condicionantes do exercício de determinadas profissões ou atividades econômicas), ou mesmo as diversas modalidades interventivas do Estado na propriedade (p. ex. requisições ou servidões administrativas)<sup>89</sup>. A propriedade privada sofre restrições explícitas e implícitas que, por decorrência de outras normas e princípios constitucionais, acabam reverberando, direta ou indiretamente, sobre os poderes normalmente reconhecidos aos proprietários<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. SUNDFELD, Carlos Ari. “*Direito Administrativo Ordenador*”. São Paulo. Malheiros, 2003. p. 54.

<sup>88</sup> Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “*Curso de derecho administrativo*”. Madrid: Civitas, 6ª Ed. 1999. Tomo II. p. 105 e 106.

<sup>89</sup> Seguimos, nesse ponto, os ensinamentos de BAPTISTA, Patrícia Ferreira. “*Limitação e sacrifícios de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada*”. Retirado da Internet. ([http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_limitadir.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf)). Último acesso em 02/06/2020.

<sup>90</sup> Cite-se como limites não expressos as obrigações fiscais (artigo 103 da CRP), as decorrentes da legislação de proteção do meio ambiente, patrimônio cultural e tantos outros direitos sociais.



Desta feita, percebe-se que estamos diante de prerrogativas e poderes extroveros do Poder Público que, decorrentes da supremacia que lhe é concedida para satisfação das necessidades coletivas, atua dentro de limites normais e aceitáveis da vida em sociedade. Há nesse pensamento, inclusive, uma vertente do princípio da igualdade revelado no dever de os proprietários particulares aceitarem e suportarem atos emanados das entidades públicas que oneram as relações patrimoniais. Assim, subjaz essa ideia a necessidade do dever de compartilhamento de ônus e restrições por parte dos cidadãos como forma de satisfazer interesses coletivos.

Nessa toada, a principal consequência que se retira das *limitações administrativas ou condicionamentos de direitos*, é que pelo caráter lícito que elas possuem, via de regra, não há que se falar em eventual direito ao ressarcimento ou indenização por parte dos administrados onerado pois não sendo supressão de direitos, são meros condicionamentos do direito.

Por lado outro, há situações que vão além desse dever de suportar condicionamentos públicos, sendo caracterizadas como verdadeiros *sacrifícios de direitos ou ablação total de direitos*. Nessas situações, conforme entende Juan Alfonso Santamaría Pastor, são determinações que restringem as faculdades concretas da propriedade, ocasionando a sua eliminação ou a esvaziamento substancial do seu conteúdo <sup>91</sup>. Assim, não se trata de situações em que há definição de determinado conceito ou atribuição de algum valor, na verdade, os *sacrifícios de direitos* são situações que, muito embora possuam autorização legal concedida à entidades públicas visando a consagração de interesses coletivamente relevantes, ensejam o aniquilamento e subtração de específicas e determinadas das propriedades privadas.

Portanto, percebe-se que o mesmo princípio constitucional da igualdade entre os cidadãos, que também é fundamento para justificação da aplicação dos casos de *limitações administrativas*, parece ser ferido no âmbito do *sacrifício de direitos*. Pois, pelo fato de a restrição anormal e grave incidir sobremaneira apenas sobre determinados administrados,

---

<sup>91</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “*Principios de derecho administrativo general*”. Vol. II. Iustel, 3ª Ed. 2015. pp. 302 a 305.

parece-nos que esses proprietários desproporcionalmente atingidos contribuem com maior profundidade para a realização do interesse público. Desta feita, em razão da agressão do princípio da igualdade, designadamente em sua vertente da isonomia de contribuição dos cidadãos com os encargos públicos, nas situações que geram *sacrifícios de direitos*, necessário haver a correspondente indenização aos lesados<sup>92</sup>. Os exemplos clássicos dados pela doutrina como espécies de *sacrifícios de direitos* são as expropriações (em seu sentido clássico) e as apropriações dos meios de produção.

Evidentemente, na prática, não é tão simples definirmos situações que configuram meras conformações do conteúdo normal do direito patrimonial de outras medidas adotadas por entidades públicas que passam a ter caráter sacrificador de direitos. Há autores que, para tanto, buscam critérios na natureza do ato que acaba gerando ônus desproporcionais aos proprietários (ou seja, buscam eventuais diferenciações se o sacrifício imposto advém de atos administrativos concretos ou se, por outro lado, trata-se de uma lei geral e abstrata); se há a efetiva transferência da titularidade ou não (p.ex. alguns juristas entendem que pelo fato de ônus sofrido pelo particular não retirar do mesmo a titularidade da propriedade, não há que se falar em qualquer possibilidade de sacrifícios de direitos, assim, apenas em situações que acarretassem a translação do domínio é que se poderia cogitar em um eventual direito à indenização)<sup>93</sup>.

Entretanto, *data vênia*, acreditamos que nenhum desses critérios mostra-se, verdadeiramente, capaz de consagrar, de maneira efetiva, os direitos econômico-patrimoniais. Conforme será mais adiante analisado, sustentamos, no presente trabalho, que análise sobre eventual sacrifício de direitos (o que para os fins desse trabalho é mais oportuno denominar de *expropriação de sacrifício*) deve ser feita, antes de mais nada, sobre os efeitos práticos sofridos para o titular de tais direitos extirpados. Explico. Para o proprietário do bem que fora esvaziado ou extinguido em razão de uma atuação do poder público, pouco importa se ele permanece ou não com a titularidade do objeto; se o aniquilamento do seu

---

<sup>92</sup> Para uma compreensão mais detalhada do princípio da igualdade na sua vertente do dever de partilha dos ônus públicos ver MIRANDA, Jorge. “*Direitos Fundamentais*”. Almedina. 2ª Ed. 2018. pp. 285 a 318.

<sup>93</sup> Para maiores detalhes acerca dos critérios elencados pela doutrina na busca pela caracterização do *sacrifício de direitos* ver SUNDFELD, Carlos Ari. “*Direito Administrativo Ordenador*”. São Paulo. Malheiros, 2003. p. 89 a 94.

direito se deu em razão de um ato administrativo de efeitos concretos, ou se tal agressão sofrida é decorrente de uma lei geral e abstrata.

Acreditamos que a tutela efetiva dos direitos econômicos-patrimoniais somente ocorrerá se nos atentarmos aos ônus práticos causados aos direitos do cidadão que, em razão disso, se viu compelido a contribuir com o interesse público de forma mais intensa que outros particulares. Voltamos a ressaltar que, sob a ótica do proprietário, o que interessa é a busca pela indenização devida, pois não raras vezes o imóvel não ter sofrido um processo formal de desapropriação (assegurando o inerente direito ao contraditório prévio), vez que, o proprietário permanece sob o domínio do mesmo, na prática, há verdadeira expropriação imposta por entidades administrativas justamente pelo ato fato do bem ter perdido seu conteúdo econômico, parcial ou completamente. Fato esse que, conseqüentemente, danifica diretamente seu valor de mercado.

Nesse sentido da necessidade da análise ser feita em cima da intensidade da medida adotada pelo poder público como forma de definir a natureza de *sacrifício de direitos* seguimos as lições de Juan Afonso Santamaría Pastor para quem: “*as limitações, evidentemente, não podem ser indenizáveis quando possuem alcance geral ou quando, por sua intensidade, imponham às pessoas privadas gravames que não excedam aos inconvenientes normais que impõem a vida em sociedade (p. ex. a obrigação de desvio de uma rodovia por razões de obras). Porém o dever indenizatório se faz presente nos casos opostos de limitações singularizadas a sujeitos determinados, que suponham uma ruptura do princípio da igualdade ante às cargas públicas e que excedam os parâmetros de incômodo antes citados. Naturalmente, trata-se de indicações de uma grande abstração, que somente podem ser especificadas em cada caso concreto*”<sup>94</sup>.

O conceito jurídico da “*função social da propriedade*” é um exemplo prático e claro de diversas medidas adotadas pelos poderes públicos que, sob a veste de *condicionamentos de direitos*, acabam por afetar, sobremaneira, o núcleo essencial do direito de propriedade. Tal conceito traz limitações ao direito de propriedade e, para muitos autores,

---

<sup>94</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “*Principios de Derecho Administrativo General*”. Vol. II. Iustel. 3ª Ed. 2015. p. 302.

faz parte do próprio conteúdo jurídico dela <sup>95</sup>. Muito embora não haja expressa previsão constitucional <sup>96</sup>, podemos conceituar a função social da propriedade como um dever intrínseco, um elemento estrutural do conteúdo desse direito, que orienta e determina o seu exercício de modo positivo, fazendo com que o seu titular proprietário seja um verdadeiro devedor para com o restante da sociedade de comportamentos que se coadunem com o ordenamento jurídico.

Mesmo que alguns autores entendam que se trata de um “*mero ônus ou encargo imposto de fora*” <sup>97</sup>, a verdade é que a função social faz-se presente na própria essência do conceito jurídico da propriedade, impondo uma utilização socialmente justa dos bens, ensejando a contenção da própria autonomia do proprietário a fim de que esse passe a atuar ou tolerar valores e metas transindividuais <sup>98</sup>. Ou seja, a função social da propriedade atua como verdadeira imposição ao proprietário, fazendo com que esse possua o dever de conciliar seus objetivos privados com aquelas imposições sociais relativas ao interesse coletivo. Como muito bem sintetiza Fernando Rey Martinez, hoje a propriedade não tem, ela é função social <sup>99</sup>.

Nesse sentido, a função social da propriedade representa a verdadeira revolução sofrida pelo conceito jurídico de propriedade que imperava durante o Estado Liberal. Hodiernamente, o conjunto de bens titularizado por qualquer pessoa deve ser encarado como parte integrante do corpo social, não mais pertencente à “uma bolha” destacada de qualquer sentido coletivo <sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Possui como sinônimo a expressão “*função socialmente mais elevada*”.

<sup>96</sup> Essa ausência expressa do conceito da função social da propriedade ao longo da CRP é criticada por diversos autores. Nas Constituições de outros países está assim expressamente identificado: Art. 42.º da Constituição italiana: “*A propriedade privada e reconhecida e garantida pela lei, que determina os seus modos de aquisição, de gozo e os [seus] limites com o fim de assegurar a [sua] função social*”; Art. 33.º da Constituição espanhola, “*1 — e reconhecido o direito à propriedade privada e a herança. 2 — A função social destes direitos delimitará o seu conteúdo, de acordo com as leis*”.

<sup>97</sup> Nesse sentido, por todos, AMORIM, João Pacheco de. “*Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção*”. In Boletim de Ciências Econômicas, Volume LVII, Tomo I. Coimbra. 2014. pp. 232 a 235.

<sup>98</sup> MEDEIROS, Rui. in Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 1255.*

<sup>99</sup> Cfr. MARTINEZ, Fernando Rey. “*La propiedad privada en la Constitución española*”. Madrid. 1994. p. 349.

<sup>100</sup> Igualmente nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 391/02, de 2 de outubro). Vejamos: “*incompatível com a tutela constitucional da propriedade a compressão desse direito,*

Por tudo isso que foi explanado concordamos com os dizeres de Maria Lucia Amaral, ao explicitar que o direito fundamental de propriedade é *“uma liberdade enfraquecida, diminuída, porque sujeita a um número de restrições bem superior ao que normalmente onera os demais comportamentos que a CRP qualificou como comportamentos livres”*<sup>101</sup>.

Entretanto, para fins de conclusão do presente capítulo, é necessário ressaltar que, se ao titular do direito patrimonial é imposto o dever de obediência a valores coletivamente relevantes (à exemplo do dever de pagar tributos sobre os bens, dever de respeito às normas urbanísticas, ambientais, sanitárias, entre tantos outros) acreditamos que, de igual maneira, o direito à livre iniciativa privada, à produção de empregos, de riqueza e o auxílio ao desenvolvimento econômico da sociedade, também fazem parte do próprio conteúdo jurídico da função social da propriedade. O patrimônio também cumpre sua função perante a sociedade quando está a oferecer riqueza, empregos e desenvolvendo a economia local.

Nesse sentido, restrições aos direitos econômicos patrimoniais devem ser vistas com ressalvas<sup>102</sup>. Sob pretexto de se atingir o interesse público e cumprir a sobredita função social da propriedade, não se pode aniquilar direitos igualmente protegidos pela Constituição. Por mais que as atuações dos poderes públicos possam basear-se em interesses legítimos e condutas lícitas, há que se ter em consideração que qualquer medida que comprima o direito de propriedade estará consequentemente reduzindo as possibilidades desse direito cumprir seus deveres e prerrogativas constitucionais. Portanto, a nosso ver, as medidas restritivas do direito de propriedade que, sob a falsa escusa de serem conformações lícitas para satisfação de utilidade pública e cumprimento do dever social, diminuam ou extinguiam as possibilidades econômicas relativas ao bem, devem ser condicionadas ao

---

*desde que seja identificável uma justificação assente em princípios e valores também eles com dignidade constitucional, que tais limitações ou restrições se afigurem necessárias à prossecução dos outros valores prosseguidos e na medida em que essas limitações se mostrem proporcionais em relação aos valores salvaguardados” — não procedendo por isso a tese de que “a Constituição apenas admite limitações ao direito de propriedade no caso de expropriação por utilidade pública”.*

<sup>101</sup> Cfr. AMARAL, Maria Lúcia. *“Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador”*. Coimbra Editora, Coimbra, 1998. p. 543.

<sup>102</sup> Nesse sentido é o posicionamento de MEDEIROS, Rui. *“Constituição Portuguesa Anotada”*. Vol. II, Universidade Católica. 2018. pp. 42 a 44.

pagamento de uma conseqüente indenização. Em razão disso, imperioso que as atuações dos poderes públicos não traduzam *“na atrofia injusta do bem privado em benefício da hipertrofia excessiva do bem público. A medida da justiça, como a medida do excesso, só pode ser dada aqui pelos princípios da igualdade e da proporcionalidade, que exigem que sejam compensados todos os sacrifícios graves e especiais que a conformação legislativa do patrimônio vier a impor aos particulares. A questão central e mais importante do direito constitucional à propriedade privada transforma-se, assim, na questão da delimitação do próprio conceito de sacrifício patrimonial grave e especial”*<sup>103</sup>.

Mesmo naquelas situações fáticas nas quais não há a apropriação ou expropriação física do direito patrimonial (portanto, sem a conseqüente transferência de titularidade), há que se ter em mente que, para fins de determinação de apuração do evento danoso e apuração do sacrifício de direitos, devemos nos atentar para a realidade do proprietário, analisando suas condições fáticas e econômicas anteriores à atuação dos poderes públicos, bem como, vermos se o mesmo patrimônio continuará a gerar disponibilidade econômica após essa atuação (lícita ou ilícita) das ARI's. Caso contrário, somente a indenização poderá atender às normas da democracia econômica e social, aos princípios do desenvolvimento econômico, da igualdade substantiva e da concorrência (artigo 81º, a, d, f e j), da igualdade e da Estado Democrático de Direito, da liberdade de empresa e da propriedade privada e ao dever imposto ao poder público de incentivar a atividade empresarial (art. 86º), todos expressamente consagrados na CRP.

É exatamente nesse sentido o entendimento do Tribunal Constitucional ao salientar que *“as limitações ou restrições à liberdade de empresa, nela incluída a liberdade de concorrência, devem ser justificadas à luz do princípio da proibição do excesso (n.º 2 do artigo 18.º da CRP): respeitado o «núcleo essencial» da liberdade de empresa, qualquer restrição não pode ir além do estritamente adequado ou necessário”*<sup>104</sup>. Nesse sentido do dever de preservação do mínimo substancial do direito de propriedade e seus correlatos, igualmente entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia ao asseverar que *“embora o ordenamento constitucional de todos os Estados-membros proteja o direito de propriedade*

---

<sup>103</sup> Cfr. AMARAL, Maria Lúcia. *“Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador”*. Coimbra Editora, Coimbra, 1998. p. 596.

<sup>104</sup> Acórdão nº 545/2015, nº 11.

*e garantias análogas sejam concedidas ao livre exercício do comércio, do trabalho e de outras atividades profissionais, os direitos assim garantidos, longe de constituírem prerrogativas absolutas, devem ser consideradas à luz da função social dos bens e das atividades protegidas. Por esta razão, a garantia concedida a este tipo de direitos só é geralmente atribuída sob reserva de limitações estabelecidas em função do interesse público. Na ordem jurídica comunitária, é igualmente legítimo reservar em relação a estes direitos a aplicação de determinados limites justificados pelos objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade, desde que não afetem a substância desses mesmos direitos”<sup>105</sup>.*

Por tudo isso que fora por nós aqui referenciado, em sentido de conclusão do presente capítulo, acreditamos que restrições aos “*direitos fundamentais à iniciativa econômica – patrimonial privada*” somente se justificam em casos de interesses lícitos socialmente relevantes e desde que devidamente comprovados. E não é só. Mesmo nesses casos nos quais o regulador público é autorizado a intervir em tais direitos, há, por expressa determinação constitucional, obrigação de se preservar o limite substancial deles. Assim, sustentamos que o núcleo duro intangível desses direitos econômicos-patrimoniais é atacado, justamente, quando há inviabilidade prática de continuidade da exploração da atividade empresarial. Nesses casos em que a regulação econômica é tão agressiva e desproporcional que acaba por extinguir a atividade econômica do particular, há de se buscar algum mecanismo compensatório pela transgressão à direitos constitucionalmente protegidos.

---

<sup>105</sup> Acórdão 14 de maio de 1974, processo nº 04/73.

#### **4) A intervenção econômica lícita danosa realizada por ERI's: Indenização pelo sacrifício ou expropriação de sacrifício?**

##### **4.1) Introdução:**

A questão da responsabilidade civil estatal em razão da produção de danos à direitos de particulares, ao longo do tempo, sempre foi algo que suscitou diversas polêmicas e passou por profundas alterações a depender dos ideais que prevaleciam em determinado período histórico. Principalmente se analisarmos eventual responsabilidade do Poder Público decorrente de atos lícitos, ou seja, de condutas perpetradas pelos representantes do Estado conforme as disposições legais vigentes. Observemos.

As literaturas a respeito das intervenções lícitas exaradas pelo Poder Público que, muito embora sejam pautadas para a satisfação do interesse público mas acabam por atingir bens constitucionalmente assegurados aos particulares, nos informam que o grande instituto jurídico que serve de paradigma para a tentativa de conciliação entre interesses públicos e privados é justamente a *expropriação por utilidade pública*<sup>106 107 108</sup>.

Foi justamente na tentativa de impor limites e condicionantes a essa prerrogativa concedida ao poder público de se insurgir contra o direito patrimonial do cidadão que se passou a analisar e defender que atos estatais lícitos também são capazes de lesar direitos patrimoniais individuais e, em consequência disso, devem dar ensejo à correspondente

---

<sup>106</sup> Para mais detalhes ver: AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indenizar do legislador*”. Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 35 e ss; CORREIA, Fernando Alves. “*As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*”. Almedina, Coimbra, 1982, págs. 15 e segs; ENTERRÍA, E. García de e FERNÁNDEZ, T. R. “*Curso de Derecho Administrativo*”. Vol. II, 6ª Ed., CIVITAS, Madrid, 1999, págs. 205 e ss; CANOTILHO, J. J. Gomes. “*O problema da responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*”. Coimbra, Almedina. 1974; ANDRADE, José Carlos Vieira. “*A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*”. In Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 140.º, N.º 3969, julho – agosto de 2011, pp. 356 a 361.

<sup>107</sup> Expressamente consagrada no artigo 62º, nº 2, da CRP: “*A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização*”.

<sup>108</sup> Conforme será melhor analisado adiante, tal sentido de expropriação é caracterizado como um ato do poder público, ou por quem lhe faça as vezes, que sacrifica o direito patrimonial do cidadão operando a transferência da titularidade desse mesmo bem afetado para um terceiro sujeito. Para mais: CORREIA, Fernando Alves. “*Manual de Direito do Urbanismo*”. Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010. pp. 131 a 142.



indenização. Por mais que entidades públicas estejam respaldadas e atuando conforme os ditames legais, percebeu-se que haveria de se exigir o mínimo de proporcionalidade e parâmetros racionais para essas atuações ablativas<sup>109</sup>.

Nesse diapasão, acreditamos ser perfeitamente possível traçarmos um paralelo sobre essas mesmas modalidades interventivas lícitas, mas danosas, também no domínio econômico. Ou seja, medidas lícitas interventivas provenientes das entidades públicas objetivando a organização e desenvolvimento econômico do país, mas que produzem consequentes efeitos perversos nos direitos econômico-patrimoniais dos cidadãos e agentes econômicos<sup>110</sup>. É dizer, o poder público (no caso específico desse trabalho, as ARI'S), alterando, direcionando e conduzindo as componentes e requisitos das atividades

---

<sup>109</sup> No Direito Romano, embora houvesse algumas referências acerca da expropriação, tal figura jurídica não fora muito aprofundada, não havendo muito desenvolvimento principiológico sobre isso. Ao longo da idade média, houve período em que, em razão do poder amplo e incondicionado que o monarca possuía, não havia limitações ao poder de ingerência e esvaziamento da propriedade privada. Assim, o poder de expropriatório não encontrava muitas limitações. Entretanto, com o passar do tempo, vozes foram insurgindo contra a intervenção supressiva da propriedade privada. Era necessário impor limites ao poder supremo do monarca. Nessa toada, estabeleceu-se que, para que um direito pudesse ser suprimido, haveria de ser demonstrado a presença de duas condicionantes, quais sejam: a *causa publicae utilitatis* e o *justum praetium*. Podemos dizer que foi nesse período que se iniciou a necessidade de demonstrar a “*justa causa da expropriação*”, ou seja, que haja um motivo baseado no interesse público e a consequente justa indenização. Percebe-se, dessa maneira, que fora justamente nesse momento a elaboração das primeiras consequências geradas pela intervenção lícita do Estado sobre a propriedade privada. Durante o período liberal, precisamente no ano de 1789, com a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 17º, ficou estancado o caráter inviolável e imprescindível do direito de propriedade, deixando expresso que qualquer intervenção no domínio patrimonial somente se justificaria caso restasse comprovado a necessidade pública, bem como, a consequente indenização ao lesado (reforçando e consolidando o entendimento, mesmo que embrionário, do regime da idade média). Mais adiante, com a elaboração do código napoleônico de 1804, confirmou-se mais uma etapa da sedimentação e consolidação dessas garantias do particular face às investidas arbitrárias ao direito patrimonial dos particulares. Para mais detalhes históricos sobre o tema ver: CORREIA, Alves. “*As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*”. Coimbra. Almedina. 1982.

<sup>110</sup> Justamente sobre esse assunto CANOTILHO já refletia no sentido que: “*constata-se que o Estado intervém para modificar, em conjunto, ramos de actividades ou relações particulares, incidindo a sua acção sobre situações mal delimitadas ou movediças, insusceptíveis de probante elucidação, como seria o caso de acontecimentos passados e cujas repercussões estão esgotadas. Exemplifiquemos: a possível falha de previsão no montante de produção agrícola interna pode conduzir, mais tarde, à verificação da debilidade ou excessos das importações ou exportações com prejuízo para os vários elementos do circuito económico. Mas como sujeitar estas faltas de previsão a controlo judicial? Até que ponto se poderá reconhecer uma indenização, a título suplementar, aos cidadãos, contra a eventual irregularidade da actuação estatal na condução dos assuntos económicos? Finalmente, a perplexidade atinge o auge quando, perante as acções de indenização intentadas pelos particulares ablatoriamente sacrificados por medidas económicas, deparamos com a lacónica rejeição: em questão de direcção económica não há responsabilidades!*”. Para mais, conferir CANOTILHO, J. J. Gomes. “*O problema da responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*”. Coimbra, Almedina. 1974. pp. 202 e 203.

econômicas, mesmo sem provocar a transferência dominial dos bens dos operadores econômicos, acaba gerando efeitos análogos ao de uma expropriação.

Desta feita, percebe-se tal qual fora feito com a expropriação de direitos patrimoniais visando a satisfação de outras finalidades públicas, é preciso, igualmente, encontrar contornos e limites para as atuações dos poderes públicos que, ingerindo no domínio econômico (seja através da implementação de regras técnicas; de condutas visando a promoção da concorrência; através de definição de regras que envolvam importações e exportações de produtos; estabelecimento de preços, dentre tantas outras), impõem um sacrifício expropriatório ao mercado regulado.

Pois bem, em razão dos fins pretendidos pelo presente trabalho, necessário trazermos a análise da ação de reparação civil decorrente de condutas lícitas perpetradas por entidades administrativas reguladoras que ensejam ônus indesejáveis à direitos patrimoniais, à liberdade de iniciativa, liberdade profissional ou mesmo à quaisquer direitos com conteúdo econômico de particulares. Conforme referimos no capítulo inicial, por mais que se negue a possibilidade, a realidade prática mostra-nos que independentemente de qual instrumento utilizado (ato ou regulamento), cada vez mais as ERI's têm tomado decisões com efeitos externos capazes de impor e condicionar regras de atuação da atividade econômica. Ocorre que nem sempre essas atuações estão isentas de ocasionarem danos aos patrimônios dos regulados privados que estão sujeitos aos seus poderes.

Imaginemos a seguinte situação: determinada agência reguladora que atua em certo seguimento econômico, objetivando a satisfação de interesse socialmente relevante (p. ex. proteção do meio ambiente ou proteção da saúde coletiva), agindo de maneira lícita, dentro das suas competências legais, exaure certa decisão (revelada através de ato administrativo ou regulamento administrativo) tão restritiva e tão exigente nos condicionamentos técnicos, que acaba por subtrair, total ou parcialmente, a propriedade privada, direitos com conteúdo econômico ou mesmo a liberdade de iniciativa econômica e profissional dos cidadãos que atuam em regime de concorrência no mercado privado. E com um detalhe, mesmo sem retirar, formalmente, a titularidade do bem ou direito do particular ofendido<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Importa-nos referir que não há nenhum liame contratual que individualize a relação entre a referida agência e o agente econômico lesado. Em verdade, estamos diante de situações extracontratuais que, em razão de

Ou seja, em razão do aniquilamento do conteúdo desses direitos decorrente de medidas administrativas que alteraram as “regras do jogo” de forma superveniente, tais agentes econômicos privados, mesmo permanecendo com o domínio desses bens, sofrem efeitos práticos idênticos ao de uma expropriação (artigo 62, nº 2, da CRP), sem, contudo, terem tido direito à compensação ou indenização pelo prejuízo, nem mesmo terem tido a possibilidade de se manifestarem, previamente, à tomada de decisão reguladora.

Portanto, as perguntas centrais do presente estudo são: justamente pelo fato de estarmos diante de condutas, aparentemente, lícitas e que não ensejam a modificação do domínio de direitos econômico-patrimoniais dos agentes privados, há razão para eventual condenação das agências reguladoras de indenização/compensação pelas perdas causadas? Eventualmente, os lesados podem requerer à anulação da decisão proferida pela agência ou a reparação cinge-se à eventual compensação monetária? Como tais particulares lesados por decisões das ARI’S podem se defender objetivando a compensação do esvaziamento econômico que sofreram? Quais os possíveis fundamentos jurídicos para tanto? E quais as consequências para terceiras pessoas que, de maneira reflexa, são atingidos pela decisão regulatória? Todas essas questões trataremos de responder a partir do presente momento.

Desta feita, por razões meramente didáticas, visando a melhor concretude dos objetivos desse estudo, destacamos as premissas básicas que serão fundamentais para compreensão da análise que se sucede: *(i) estamos diante de decisões lícitas tomadas pelas agências reguladoras que atuam em determinado setor econômico; (ii) tais decisões, refletidas através de atos ou regulamentos administrativos, não retiram, formalmente, a titularidade de direitos econômicos- patrimoniais dos privado reguladoss; (iii) a atuação das ARI’S visa a satisfação de interesse público socialmente relevante (p.ex. proteção de direitos do consumidor; saúde pública; proteção do meio ambiente) (iv) entretanto, pelo fato de se revelarem tão restritivas e agressivas para determinados agentes regulados privados, geram efeitos práticos equivalentes à expropriação, sem, contudo, haver a devida compensação financeira pela perda, muito menos, a possibilidade de participação do agente*

---

decisão tomada pela entidade reguladora competente para regulação de determinado setor econômico, acaba refletindo negativamente sobre direitos econômicos do agente privado que atua no respectivo setor.

*econômico lesado no procedimento regulatório que antecede à tomada de decisão com efeitos expropriatórios; (v) ou seja, regulações econômicas exercidas por determinadas ARI's que vão “longe demais” e passam a causar prejuízos econômicos e patrimoniais de grande vulto, impedindo, muitas vezes, a própria continuação da exploração da atividade econômica ou do patrimônio.*

Pois bem. De maneira abstrata e alternativa, existem dois institutos jurídicos comumente utilizados para eventual tutela reparatória dos danos sofridos nesses casos. O primeiro, decorrente do regime jurídico amplo da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEP), qual seja, a “indenização pelo sacrifício”<sup>112</sup> e, um segundo instituto, com origem na doutrina e jurisprudências alemãs, baseando-se em uma interpretação alargada do sentido tradicional da expropriação que é, justamente, a “expropriação de sacrifícios”. Vejamos as especificidades de cada um e qual se amolda melhor à situação em tela<sup>113</sup>.

#### **4.2) A indenização pelo sacrifício:**

Atualmente, em Portugal, o RRCEP é normatizado pela Lei nº 67 de 2007. Essa lei-quadro abarca um “super conceito” de responsabilidade civil do poder público. Tal classificação ampla e unitária, por sua vez, desdobra-se em quatro espécies distintas, com diferentes pressupostos e fundamentações e, ainda, com regimes jurídicos diversos<sup>114</sup>. Contudo, apesar de tamanha diferenciação, o objetivo comum a todas essas subespécies é, justamente, a transferência do dano suportado pelo sujeito lesado para o autor do fato danoso<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Há que se ressaltar, contudo, que determinada doutrina apegada em uma concepção mais tradicional civilista rejeita a ideia de associar o termo “responsabilidade” a atos lícitos pois, segundo esse posicionamento, “responsabilidade” pressupõe, obrigatoriamente, comportamento culposos. Nesse sentido, GIOVANNI TORREGROSSA, “*Il problema della responsabilità da atto lecito*”, Milão, 1964, p. 86. *apud* Pedro Costa Gonçalves. “*Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito*”. In Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, n.º 32, 2010. p. 7.

<sup>113</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito*”. In Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n.º 32, 2010. pp. 03 e ss.

<sup>114</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedipre. Nº 1. maio de 2009. p. 63.

<sup>115</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. “*O problema da responsabilidade ...*”. *op. cit.* p. 99.

Nessa toada, conforme as prescrições legais, as quatro espécies são: (i) a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa (que se subdivide em responsabilidade pelo fato ilícito e responsabilidade pelo risco); (ii) a responsabilidade civil gerada por danos em razão do exercício da atividade jurisdicional; (iii) a responsabilidade civil consubstanciada em danos provocados no exercício da atividade legislativa e, por fim, (iv) a indenização pelo sacrifício<sup>116</sup>.

Em razão do conteúdo por nós aqui abordado, é sobre essa última espécie que teceremos alguns comentários. O artigo 16 da lei nº 67 de 2007 traz o conceito de indenização pelo sacrifício<sup>117 118</sup>. Diante das premissas legais, resta claro que a indenização pelo sacrifício é um instituto que engloba todas as hipóteses de indenizações de danos ou encargos, especiais e anormais, decorrentes de atos lícitos advindos de condutas praticadas pelo poder público<sup>119</sup>. É dizer “estamos diante de atos jurídicos ou materiais praticados por órgãos da Administração Pública, por motivos de interesse público, no respeito das leis e dos princípios jurídicos fundamentais regentes da atividade administrativa, mas que, por produzirem encargos ou danos especiais (singulares) e anormais (graves), devem ser acompanhados de indenização”<sup>120 121</sup>.

---

<sup>116</sup> Essas espécies estão designadas, respectivamente, entre os capítulos II a V da já referida Lei nº 67/2007.

<sup>117</sup> Vejamos: “O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”. E mais, o artigo 2º, do capítulo I, das disposições gerais da supracitada lei assevera: “para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade de pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereça, pela sua gravidade, a tutela do direito”.

<sup>118</sup> Adotamos aqui o entendimento que a indenização pelo sacrifício se situa dentro do campo das “prestações de ressarcimento de natureza jurídico-pública”, conforme leciona CORREIA, Fernando Alves. “A indenização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”. In Revista de Legislação e Jurisprudência. ano 140, nº 3966. Jan. – fev. 2011, pp. 143 e 144.

<sup>119</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “Prejuízos provocados por medidas de regulamentação...”. *op. cit.* pp. 8 e 9.

<sup>120</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves. “A indenização pelo sacrifício”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedípre. Nº 1. maio de 2009. p. 65.

<sup>121</sup> Oportuno salientar o entendimento de Marcelo Rebelo de Souza e André Salgado de Matos no sentido de que a indenização de sacrifício contida no artigo 16º do RRCEP abarcaria apenas o sacrifício de bens pessoais, ressaltando que, portanto, se o bem jurídico tiver conteúdo patrimonial não deveria ser alocado dentro da indenização pelo sacrifício e sim, no art. 62º, nº 2º da CRP. Para mais detalhes ver SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. “Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral”. Tomo III. Dom Quixote. 2008, p. 59.

Em verdade, conforme esse posicionamento, atos lícitos que agridem direitos patrimoniais, mas que não resultem efetivamente em uma desapropriação do bem, por não haver a consequente transferência de domínio, devem ser enquadrados dentro do regime jurídico da responsabilidade civil.<sup>122 123</sup>

Justamente por estarmos diante de atos lícitos praticados pelo poder público não é concebível que qualquer ato ou regulamento emanado por entidades públicas (ou por quem lhe faça as vezes), seja capaz de ensejar a reparação civil. Na verdade, diante da licitude da atuação do poder público (seja conforme a Constituição, lei ou normas de direito internacional), podemos dizer que a regra talvez seja, inclusive, a não indenização desses atos. Caso assim não fosse, faríamos do Estado e do erário público verdadeiros seguradores universais, sendo qualquer ato público gerador de um futuro direito indenizatório pelo particular ofendido. Algo inimaginável e sem qualquer propósito.

Em razão disso, necessário traçarmos critérios legais e razoáveis para que se possa fazer com que, mesmo o poder público atuando conforme as disposições legais vigentes, seja eventualmente, condenado a indenizar os ofendidos. A lógica aqui é: em determinados casos, mesmo atuando conforme a lei e nos limites dela, a atuação do poder público fere direitos e bens constitucionalmente assegurados de maneira desigual, fazendo com que parcela de cidadãos contribua em maior medida para a satisfação do interesse público. O que, por

---

<sup>122</sup> José de Oliveira Ascensão argumenta a favor da compensação dos danos sofridos em virtude de restrições em direitos com conteúdo patrimonial mas sem desfigurar “*a noção de expropriação, mas reconhecendo muito simplesmente que a garantia constitucional da propriedade impõe que esta não possa ser sacrificada sem indemnização, mesmo em casos em que formalmente a titularidade privada se mantém e não há, pois, tecnicamente expropriação*”. ASCENSÃO, José de Oliveira. “*Expropriação e direitos privados*”. In Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações, Lisboa, 1989, p. 36.

<sup>123</sup> Na tentativa de um embasamento constitucional justificador da indenização pelo sacrifício, muitos autores também enxergam no artigo 13, nº 1, da CRP, o *princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos* (esse que seria uma espécie do gênero do princípio da igualdade), bem como, nos próprios artigos 2º e 9º, ambos da CRP, que invocam o princípio do Estado Democrático de Direito. Desta feita, em razão de tais preceitos constitucionais, aquela pessoa ou determinado grupo de pessoas que ao ter algum direito ou patrimônio (constitucional ou legalmente protegidos) especialmente sacrificado por algum ato de autoridade pública que objetiva a satisfação e realização do interesse público legítimo terá o direito de ser ressarcida a fim de que a situação *ex ante* ao resultado danoso possa ser reconduzida. Nesse sentido, por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”. Coimbra. 4ª Ed. Vol. I, pp. 431 e 432. Relativamente ao fato do artigo 22º da CRP ser utilizado como fundamentação para pretensão indenizatória de danos ocasionados em decorrência de atos lícitos, de maneira geral, a doutrina não se posiciona a favor de tal admissibilidade. Para maiores detalhes ver: MEDEIROS, Rui. “*Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*”, Coimbra, 1992, pp. 92 e ss e ANDRADE, J. C. Vieira. “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”. 6ª Ed. Almedina. 2019. p. 347.

decorrência lógica, haverá uma conseqüente quebra da igualdade na repartição de encargos coletivos. Uns passam a arcar de maneira mais severa com interesses transindividuais objetivados por entidades públicas.

Pois bem. A doutrina e o próprio Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Poder Público, especificamente no capítulo sobre a *indenização pelo sacrifício*, já nos concedem alguns requisitos. Vejamos.

Acreditamos que a busca por eventual direito indenizatório, baseado na *indenização pelo sacrifício*, deve, obrigatoriamente, perpassar por quatro pressupostos: (I) a atuação de entidades públicas no exercício de atividade administrativa (instrumentalizada através de qualquer tipo normativo, ou seja, atos ou regulamentos administrativos) deve ser lícita e baseada em razões de interesses públicos legítimos; (ii); que a entidade pública autora do evento danoso seja considerada como “*pessoa coletiva pública*”; (iii) que haja a existência de um liame subjetivo (nexo de causalidade) entre a conduta do poder público e o os prejuízos suportados pelos lesados; por fim (iv) os danos sofridos pelos ofendidos devem ser *especiais e anormais* <sup>124</sup>.

#### **4.2.1) Decisões administrativas lícitas adotadas pelo poder público visando a satisfação do interesse coletivo que lesam os cidadãos:**

Com relação ao primeiro requisito, importa-nos destacar condutas que sejam especialmente tomadas através de atos e regulamentos administrativos<sup>125</sup>. Muito embora o artigo 16 da RRCEP seja omissivo em relação ao fato de regulamentos administrativos

---

<sup>124</sup> Ressalta-se que, justamente por estarmos diante de uma modalidade de responsabilidade civil objetiva, não há que se perquirir acerca de eventual dolo ou culpa. Para mais detalhes ver GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito*”. In Revista de Direito Público da Economia (Belo Horizonte), n.º 32, 2010. p. 07.

<sup>125</sup> Acreditamos que relações prévias e individuais existentes entre o poder público e o particular, reveladas, por exemplo, via contratos administrativos, possuem seus mecanismos próprios e específicos de resolução de conflitos (p. ex. cláusula assecuratória do dever de indenizar ou pontos que admitam o reequilíbrio econômico-financeiro contratual). Portanto, tais relações singularmente travadas entre as partes não nos interessa no presente estudo.

revelarem-se aptos à fundar pretensão indenizatória baseada em danos ocasionados por atuações lícitas, acreditamos, juntamente com a jurisprudência<sup>126</sup> e autores de grande relevo<sup>127</sup>, que não há o menor empecilho e lógica afastar tais instrumentos normativos desse respectivo regime jurídico ora analisado.

E mais, para os fins desse trabalho, não nos preocuparemos com distinção das conceituações formais de como as decisões são tomadas por entidades públicas. Ou seja, se elas se revelam sob a forma de ato, regulamento ou mesmo de ato administrativo geral. A nosso ver, sob a perspectiva da efetividade da defesa de direitos constitucionais dos particulares, tais discussões e conceituações formais não se revelam fundamentais. Portanto, a análise por nós será feita sob a perspectiva do gênero “*decisões administrativas lícitas adotadas pelo poder público, visando a satisfação do interesse coletivo que lesam os cidadãos*”, pouco importando a forma jurídica que elas se materializarão<sup>128</sup>.

Para tanto, para fins de enquadramento e caracterização da *indenização pelo sacrifício*, ao menos no que diz respeito ao primeiro pressuposto necessário, há que se estar perante uma decisão tomada por entidades públicas, no exercício de atividades administrativas, que seja considerada lícita e que tenha por objetivo a realização de interesse público socialmente relevante (p.ex. a edição de uma normatização regulamentando determinado setor econômico que altera condições de prestações de serviço ou exploração da atividade econômica visando a proteção ambiental), pois “*o proprietário só tem que*

---

<sup>126</sup> Cite-se, como exemplos, os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: Processo. n.º 01087/03, de 23 de setembro de 2003; Processo n.º 01031/03 de 7 de outubro de 2003; Processo n.º 0120/06, de 26 de abril de 2006.

<sup>127</sup> Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. “*O problema da responsabilidade ...*”. *op. cit.* p. 192. e GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas...*”. *op. cit.* pp. 13 a 17. Esse segundo autor, inclusive, alerta que o único efeito diferenciador entre o ato e o regulamento, é que, para fins probatórios, essa segunda espécie normativa ensejará mais dificuldades probantes para o lesado pois o mesmo deverá comprovar que, justamente em razão da sua maior abstração e generalidade, o regulamento o atinge individualmente. Sendo que, por outro lado, o ato administrativo, por ter efeitos mais concretos, a prova da lesão, bem como, do nexu causal, dá-se de maneira automática.

<sup>128</sup> Conforme ressaltado pelo Professor Bernardo Azevedo durante aula inaugural do XIX curso de pós-graduação sobre Regulação e Concorrência realizado pelo Cedipre - Universidade de Coimbra, a própria lei quadro das ARI's abre, por completo, a possibilidade dessas autoridades independentes definirem, por vias próprias, o modo, os pressupostos, as medidas e a próprias consequências de suas atuações. Desta feita, na prática, percebe-se verdadeiro processo de “*destipicização*” das atividades de tais entidades reflexo de uma “*ampla discricionariedade criativa*” concedida às mesmas. Nesse mesmo sentido conferir GONÇALVES, Pedro. “*Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*”. In *Direito Público e Regulação 7*. Coimbra Editora. Cedipre. 2008. pp. 38 a 45.



*suportar a conversão de valores patrimoniais e assistir à transformação do seu direito de propriedade num direito ao pagamento de uma justa indemnização quando esteja em causa uma agressão justificada pela necessidade de afetação dos bens a uma função socialmente mais elevada”* <sup>129</sup>.

#### **4.2.2) A entidade pública autora do evento danoso seja “pessoa coletiva pública”:**

Conforme determina o próprio artigo 16 do RRCEP, a decisão administrativa lícita reveladora da *indenização pelo sacrifício* deve ser perpetrada por “*pessoa coletiva pública*”. Portanto, para os fins do presente estudo, não nos resta dúvidas que as agências reguladoras do setor econômico são plenamente abarcadas por tal requisito.

#### **4.2.3) Nexo de causalidade:**

Esse terceiro requisito para configuração de *indenização pelo sacrifício* impõe uma lógica consequencial entre a decisão a administrativa lícita exarada pelo poder público e o dano anormal e especial sofrido pelo cidadão. Ou seja, o ônus acarretado ao particular é consequência da atuação específica do poder público. No caso específico da abordagem desse presente estudo, se não houvesse a “*tomada de decisão regulatória*” por parte da agência reguladora, não haveria o consequente dano ao privado regulado<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui. “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2010. p. 1261.

<sup>130</sup> Conforme o Acórdão de 11.10.2005, processo 539/04, do STA: “*um fato só deve considerar-se causa adequada daqueles danos que constituam uma consequência normal, típica dele*”.

#### **4.2.4) Os danos sofridos pelos ofendidos devem ser especiais e anormais** <sup>131</sup>;

##### **4.2.4.1) A especialidade do dano:**

Conforme já fora salientado anteriormente, a referida lei nº 67 de 2007 utiliza como uma das condicionantes à reparação civil por ato lícito o binômio *dano especial* e *dano anormal*. Com forte inspiração na doutrina portuguesa e alemã, o referido binômio constante no nº 2, do artigo 16, constitui “*uma síntese das duas grandes teorias jurisprudenciais e doutrinárias respeitantes à demarcação entre a expropriação e a vinculação social da propriedade do solo [a teoria do sacrifício especial (Sonderopfertheorie) e a teoria da gravidade (Schweretheorie)], congregando elementos formais e materiais na definição daquele conceito*”<sup>132</sup>.

Muito embora seja difícil definir, abstratamente, todas as circunstâncias que darão ensejo à reparação civil em decorrência da atuação lícita pelo poder público, o fato é que, para tanto, a lei exige como um patamar mínimo que o número de ofendidos possa ser ao menos determinável<sup>133</sup>. Nesse ponto, a lógica da *especialidade* decorre diretamente do supracitado *princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos*. “*Não basta que exista um encargo para fundar um direito de indenização; é preciso que o encargo seja repartido de forma desigual*”<sup>134</sup>. Assim, se a conduta imputada ao poder público incidir e afetar, indiscriminadamente, um número impossível de ser delimitado, evidentemente, não

---

<sup>131</sup> Nesse ponto é importante trazermos à baila o pensamento de Marcelo Rebelo e André Salgado que distinguem o “*sacrifício de direitos pessoais*” (*Aufopferung*) e “*sacrifício de direitos patrimoniais*”, esse último abarcando a expropriação em sentido clássico (*Enteignung*) e a agressão expropriativa (*enteignende Eingriffe*). Nessa linha, apenas o sacrifício de direitos pessoais deve ser enquadrado no instituto da *indenização pelo sacrifício*. Por isso, somente quando estiverem em causa bens não patrimoniais (p. ex. vida, saúde e liberdade) é que são exigíveis os requisitos da *especialidade e anormalidade* do dano para fins de ressarcimento. Tratando-se de bens com conteúdo patrimonial, justamente por defenderem uma interpretação ampla da *expropriação em seu sentido tradicional*, a comprovação da anormalidade e especialidade do evento danoso não se faz necessária pois o artigo 62 da Constituição não exige tais condicionantes. O que, em razão disso, geraria a inconstitucionalidade do artigo 16 do RRCEP. Para mais detalhes acerca desse posicionamento ver: SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. “*Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*”. Tomo III. Dom Quixote, 2008. pp. 57 a 62.

<sup>132</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedipre. Nº 1. maio de 2009. p. 66.

<sup>133</sup> GOMES CANOTILHO afirma que a incidência desse requisito não está na individualidade do ato, mas na especialidade do resultado. Para mais detalhes ver. “*O problema da responsabilidade do Estado...*”. *op. cit.* pp. 274 e 275.

<sup>134</sup> Cfr. PIERRE DELVOLVÉ, “*Le principe d’égalité devant les charges publiques*”, Paris, 1969. p. 259 *apud* GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas...*”. *op. cit.* p. 21.

há que se falar em repartição de danos. Nessa toada, se faz necessário que uma pessoa ou grupo delimitado de pessoas seja forçado a suportar o sacrifício sobre seus direitos econômico-patrimoniais de maneira mais agressiva comparativamente ao restante da sociedade. Desta feita, o restante da coletividade passa, também, a se beneficiar em razão de tal medida, muito embora não tenham sofrido, na mesma profundidade, ônus semelhantes<sup>135</sup>.

Conforme anteriormente salientamos, aqui talvez incida uma maior dificuldade probatória para o particular ofendido quando o ônus especial que recai sobre seu patrimônio decorre de um ato administrativo geral, ou mesmo de um regulamento. Apesar de isso, *a priori*, não significar eventual descaracterização da *indenização pelo sacrifício*, o lesado terá que demonstrar a existência concreta de circunstâncias e fatores que, muito embora também tenham afetado número determinado ou determinável de outros cidadãos, a sua própria situação concreta e específica sofreu um abalo desproporcional em relação aos demais, causada diretamente pelo regulamento em si.

É o que enfrentou determinada editora de livros em um caso concreto analisado pelo Tribunal Constitucional Alemão<sup>136</sup>. Nessa situação, o Estado alemão de Hessen editou uma lei obrigando todas as editoras a doarem um exemplar de cada novo lançamento de livros para a biblioteca estadual central. A princípio, o Tribunal Constitucional entendeu que não haveria nenhuma responsabilidade pela edição da medida pois o dever de entrega consubstanciaria o próprio conteúdo normal do direito, além de restar configurado o interesse público socialmente relevante, qual seja, o incentivo e o acesso à cultura. Contudo, para determinada editora que elaborava livros com alto custo de produção e em baixíssima escala, o Tribunal entendeu ser necessária uma correspondente indenização, pois a obrigação de ceder gratuitamente os impressos, que foram produzidos com grande gasto e em pequena edição, apresenta um agravamento desproporcional e anti-igualitário<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Em razão desse não ser o objetivo central do presente trabalho, não vamos aqui desenvolver acerca das teorias existentes sobre a *especialidade* do dano. Para uma abordagem mais detalhada sobre as teorias formais e materiais, bem como, todas as suas subespécies *vide* CANOTILHO, J. J. Gomes. “*O problema da responsabilidade...*”. *op. cit.* pp. 273 a 281.

<sup>136</sup> Julgado “*BVerfGE 58, 137*”, do ano de 1981.

<sup>137</sup> Para maiores detalhes: BRITO, Miguel Nogueira. “*A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*”. Coimbra. Almedina. 2007. pp. 1009 a 1016.

Desta feita, acreditamos que a análise do requisito deve ser feita casuisticamente. Levando-se em consideração a “*circunstância situacional*”<sup>138</sup> do ofendido, o que, de acordo com a sua situação fática momentânea, a restrição patrimonial pode revelar-se relativa ou absoluta<sup>139</sup>. É nesse sentido o posicionamento de Rui Medeiros quando ele afirma que “*quando as medidas incidem sobre categorias de bens de produção e atingem todos os proprietários que exerçam, em condições semelhantes, a mesma atividade económica, é possível afirmar que se está ainda perante um sacrifício patrimonial indemnizável*” pois o fator primordial não é somente identificar “*o número de destinatários atingidos pelo ato público, mas sim a gravidade da afetação da propriedade privada*”<sup>140</sup>.

#### 4.2.4.2) À anormalidade do dano:

Já à *anormalidade* do dano relaciona-se diretamente com o grau de afetação do direito constitucionalmente assegurado que venha a ser onerado pela medida lícita perpetrada por entidades públicas<sup>141</sup>. Logicamente não se trata de qualquer dano. Há que se perquirir o real grau de afetação do direito. Quanto mais irrisória for essa afetação, mais fácil será sustentar a inaplicabilidade da *indenização pelo sacrifício*. Nessa toada, entendemos que o método mais seguro de aferição é analisarmos o núcleo essencial do direito sacrificado. Quanto mais invadido for esse núcleo, mais justificativas terão para a pretensão ressarcitória. Já aqueles pequenos sacrifícios devem ser entendidos “*como encargos sociais compensados por vantagem de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal. Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento os serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indenização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estatal*”<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito”. In Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, n.º 32, 2010. p. 25.

<sup>139</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “Prejuízos provocados por medidas...”. *op. cit.* p. 23.

<sup>140</sup> MEDEIROS, Rui. in Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010*, p. 1269 e 1270.

<sup>141</sup> Conforme leciona Rui Medeiros os danos anormais são aqueles que: “*pela sua gravidade, pela sua importância e pelo seu peso, ultrapassem o carácter de um ónus natural decorrente da vida em sociedade no âmbito de um Estado intervencionista*”. MEDEIROS, Rui. in Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010* p. 1269.

<sup>142</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. p. 272.

Contudo, acreditamos que por mais que o legislador tenha se esforçado para delimitar o âmbito, em abstrato, da indenização pelo sacrifício, pensamos que são requisitos que necessitam de densificação prática, ou seja, a questão acerca de eventual dever de indenizar ou não por parte do poder público, deve partir das circunstâncias específicas do caso concreto, observando todas as peculiaridades existentes caso a caso. Na caracterização da anormalidade do dano sofrido também deve ser levado em consideração o tempo de duração do evento danoso (se ele já fora revogado ou se o ônus é perpétuo) e, ainda, se há maneiras alternativas de minimizar o prejuízo sofrido. Adiante nesse trabalho voltaremos com mais detalhes sobre esse tema.

Ainda com um fito de delimitar o alcance do instituto *indenização pelo sacrifício*, a parte final do artigo 16 do RRCEP, determina que, para os fins da aferição do *quantum* indenizatório, deverá ser observado o “*grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado*”. Pois bem. Como leciona a melhor da doutrina, tais requisitos mencionados, longe de trazerem uma limitação à indenização requerida pelo lesado, na verdade, servem de um guia ou orientação na hora de apurar o valor ressarcitório. De maneira alguma, a nosso ver, tais requisitos podem ser interpretados no sentido de serem uma limitação à pretensão do ofendido em ter sua condição patrimonial reconfigurada. Até porque, caso assim fosse, o próprio princípio fundamental da *igualdade perante os encargos públicos* seria violado. Como entende Alves Correia “*não se admite, no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, indenizações não correspondentes à reparação integral dos danos causados*”<sup>143</sup>. E, em razão disso, evidente que a pretensão ressarcitória abrange tanto os danos emergentes, quanto os lucros cessantes (desde que, evidentemente, esses sejam ao menos previsíveis), bem como, ônus com natureza patrimonial e extra patrimonial<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedipre. Nº 1. Maio de 2009. p. 70.

<sup>144</sup> É o que determina o nº 3, do artigo 16, da lei 67/2007.

### **4.3) A EXPROPRIAÇÃO DE SACRÍFÍCIO:**

Antes de adentrarmos nas especificidades e características da *expropriação de sacrifício*, necessário trazeremos à colação um outro instituto jurídico que, para os fins do presente trabalho, tem fundamental importância: a *expropriação* (a ser entendida em seu sentido clássico).

Com previsão constitucional no artigo 62, nº 2, da CRP, a *expropriação*, conceito que teve origem na jurisprudência e doutrina alemãs, dá-se em dois momentos consecutivos: o primeiro, com a subtração ou privação, total ou parcial, de uma das prerrogativas do direito de propriedade e, o segundo, quando há a transferência da titularidade para um sujeito que originalmente não era o proprietário. Ou seja, há, num primeiro momento, a extração do direito com a posterior transferência do mesmo para um sujeito distinto.

Desta feita, o que queremos deixar cristalino, no presente momento, é que para haver a configuração clássica da *expropriação*, a translação do domínio do bem deve, obrigatoriamente, ocorrer<sup>145</sup>. Nesse sentido, Marcello Caetano conceitua a *expropriação* como “*a relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis em um fim específico de utilidade pública, extingue os direitos subjetivos constituídos sobre eles e determina sua transferência definitiva para o patrimônio da pessoa a cujo cargo esteja prossecução desse fim, cabendo a esta pagar ao titular dos direitos extintos uma indenização compensatória*”<sup>146</sup>. Assim também entende Pedro Gonçalves aludindo que a compreensão tradicional da *expropriação* “*constitui um ato de desapropriação, do qual necessariamente decorre, por conseguinte, a perda da titularidade de um direito por um sujeito (Verlust der Rechtsinhaberschaft) e a translação desse mesmo direito para um outro sujeito*”<sup>147</sup>.

Por essa vertente clássica do sentido de *expropriação*, caso a atuação do poder público lese o direito de propriedade ou qualquer outro direito patrimonial privado

---

<sup>145</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedipre. Nº 1. Maio de 2009. p. 70.

<sup>146</sup> Cfr. CAETANO, Marcello. “*Manual de Direito Administrativo*”. Almedina. Coimbra. Tomo II. 10ª Ed. 2010. p. 1020.

<sup>147</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas...*”. *op. cit.* p. 06.

acarretando a inutilização substancial prática desse, mas sem a correspondente transferência da titularidade, a indenização do lesado deve seguir os pressupostos da responsabilidade civil, não devendo, portanto, ser equiparado ao sentido tradicional expropriatório.

Dito isso, o que advogam aqueles que são favoráveis à automação do instituto da *expropriação de sacrifício*? Segundo tal posicionamento, nesse instituto originário de uma interpretação alargada do sentido clássico da expropriação (também denominada de *expropriação material*), o titular do direito patrimonial vê seu bem atingido, de maneira desproporcional, com a afetação ou aniquilamento do núcleo essencial do seu direito constitucionalmente consagrado em decorrência uma atuação perpetrada pelo poder público visando a realização do interesse socialmente relevante. Entretanto, diferentemente do que ocorre com a expropriação em sentido clássico, não há a translação ou transferência do domínio para terceira pessoa<sup>148</sup>.

Contudo, sob a ótica do proprietário lesado, apesar bem afetado permanecer sob a sua titularidade, os efeitos práticos são idênticos ao da expropriação ordinária pois, mesmo ele permanecendo com o domínio do objeto, esse perdeu, total ou parcialmente, o valor econômico que antes possuía. Ou seja, nesse sentido expansivo conferido à expropriação, apesar de não haver a transferência dominial do bem objeto da afetação, analisando os efeitos práticos da atuação do poder público, o proprietário é afetado, de igual maneira, em ambos os casos<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Como bem assevera Santamaría Pastor: “*a configuração do instituto da expropriação ficou obsoleta à medida que o crescimento da atividade administrativa de ordenação começou a irradiar, com grande abundância, múltiplas modalidades de atividades e decisões ablatórias; atividades que não supunham a privação completa da propriedade imóvel, nem tinham como causa a execução de obras públicas, senão que supunham igualmente a imposição de limitações e outras diversas formas de subtração de faculdades próprias do direito dominial incluída aí a proibição total ou parcial do exercício do mesmo nas suas manifestações fundamentais*”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “*Principios de Derecho Administrativo General*”. Vol. II. Iustel. 3ª Ed. 2015. pp. 457 e 458.

<sup>149</sup> E não é só. Muito embora, nos dois sentidos expropriatórios aqui apresentados a propriedade privada seja gravemente afetada ou o conteúdo econômico desse direito seja completamente extirpado, na *expropriação tradicional*, em razão da sua consagração constitucional, há um obrigatório processo declaratório prévio para que se analise a utilidade pública do mesmo para fins de reconhecimento de eventual e conseqüente direito à indenização do proprietário lesado. Contudo, no âmbito da *expropriação de sacrifício*, não há, por parte do Poder Público, processos e procedimentos prévios à tomada de decisão que afeta diretamente o direito econômico-patrimonial, muito menos, há uma garantia de ressarcimento do dano suportado pelo particular. Desta feita, percebe-se que embora as conseqüências práticas sejam idênticas, no sentido ordinário dado à expropriação, há uma maior garantia para o particular afetado por condutas perpetradas pelo Estado ou demais entidades públicas, pois além de lhe ser assegurado o direito ao contraditório prévio, há expressa previsão de

Assim, se se imaginássemos uma relação triangular existente na *expropriação em seu sentido tradicional*, temos a presença da entidade expropriante, do expropriado e da terceira pessoa beneficiada que será a nova titular do objeto da expropriação. Já no instituto da *expropriação de sacrifício*, falta-lhe justamente essa terceira pessoa, vez que, conforme já afirmado, o ato ablativo do direito patrimonial não enseja a mudança na propriedade do bem. Portanto, pode-se imaginar, na realidade, uma relação bilateral: a entidade com poderes públicos tomando medidas que afetam diretamente o bem e o particular proprietário que teve seu patrimônio, parcial ou totalmente, esvaziado<sup>150</sup>.

Nesse diapasão, “*estamos diante de atos do poder público cujo escopo não é o da aquisição de um bem para a realização do interesse público, mas que produzem modificações especiais e graves na utilitas do direito de propriedade e que devem ser qualificados como “expropriativos” e, conseqüentemente, ser acompanhados de obrigação de indenização*”<sup>151</sup>. Portanto, “*normas que delimitem o conteúdo da propriedade em termos de colocarem ao proprietário entraves no interesse do bem comum, mas que sejam considerados como excessivos, desarrazoáveis ou gravosos, têm o efeito de transformar a vinculação social da propriedade numa expropriação ou, por outras palavras, de superar o limite da expropriação*”<sup>152</sup>.

Contudo, esse entendimento está longe de ser encarado como pacífico para alguns autores. Há diversas vozes contrárias a esse instituto. Para essa parcela da doutrina, para caracterização da *expropriação de sacrifício*, justamente por faltar a transferência de domínio, conforme fora salientado, haveria de ser utilizada uma interpretação expansiva ou

---

uma conseqüente indenização. Direitos esses que, todavia, não são assegurados ao proprietário em caso de *expropriação de sacrifício*. Em razão disso, até mesmo sob essa perspectiva, acreditamos que o princípio da igualdade, precisamente na vertente da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos (artigos 2º e 13º da CRP), seja diretamente violado em razão da diferenciação dos referidos institutos jurídicos.

<sup>150</sup> Para mais detalhes ver: MACHETE, Pedro. “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*”. Universidade Católica Editora. 2013. Especialmente pp. 447 a 461.

<sup>151</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In *Revista de Direito Público e Regulação*. Cedipre. Nº 1. maio de 2009. p. 71.

<sup>152</sup> Cfr. BRITO, M. Nogueira. “*A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*”. Coimbra. Almedina. 2007. p. 1003. Nessa perspectiva também são as lições de AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador*”. Coimbra Editora, Coimbra, 1998. p. 576.



alargada do conceito clássico de expropriação. Interpretação alargada essa que feriria o próprio conceito estampado no artigo 62 da CRP, o que, por via consequencial, levaria a inconstitucionalidade de medidas ressarcitórias fundamentadas na expropriação pelo sacrifício<sup>153</sup>. Assim, para esses juristas contrários à tese da *expropriação de sacrifício*, o significado de expropriação deve, necessariamente, conter a transferência do domínio, não podendo se limitar a mera restrição ou mesmo eliminação material do seu conteúdo. Desta feita, segundo esse entendimento, por mais que os efeitos práticos possam ser equivalentes, o fato de do proprietário permanecer com a titularidade do bem impediria a caracterização como expropriação, mesmo em um sentido alargado<sup>154</sup>.

Posto isso, como será que tem sido aplicada a referida tese no âmbito judicial e administrativo? A jurisprudência do Tribunal Constitucional português, em algumas oportunidades, já entendeu pela aplicabilidade e constitucionalidade desse conceito ampliativo de expropriação. Citemos como exemplos os acórdãos de nº 341/86; 131/88; 52/90; 184/92, 262/93 e o mais recente o de nº 612/2009.<sup>155 156</sup>. No âmbito desse referido

---

<sup>153</sup> Dentre os autores que são contrários à essa aplicação expansiva do conceito de propriedade podemos citar ASCENÇÃO, Oliveira in “*A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a propriedade privada*”, In XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, 2009. p. 415 e BRITO, M. Nogueira in *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*. Coimbra. Almedina. 2007. p. 993 a 1032. Esse último, rejeitando o conceito de expropriação material, utiliza a expressão “*determinação de conteúdo envolvendo um dever de compensação*” para demonstrar os mesmos requisitos e consequências do instituto por nós aqui defendido. Acreditamos também que Pedro Gonçalves não se mostra muito favorável à aplicação dessa interpretação expansiva da expropriação em “*Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito*” in Revista de Direito Público da Economia (Belo Horizonte), n.º 32, 2010.

<sup>154</sup> Uma outra questão que dificulta a caracterização e aplicação da *expropriação de sacrifício*, e que será mais bem detalhada no capítulo seguinte, é a relativa a qual o verdadeiro limite e conteúdo que uma restrição social pode incidir sobre a propriedade privada? Em outras palavras, a grande dificuldade, a nosso ver, está em detectar até que ponto uma atuação lícita do poder público pode ser encarada como uma restrição social válida (fazendo com que o proprietário seja obrigado a aturar essa limitação) e a partir de qual momento a conduta perpetrada por entidades públicas passa a afetar substancialmente o conteúdo mínimo da propriedade ensejando a indenização baseada na *expropriação de sacrifício*.

<sup>155</sup> Para mais detalhes e comentários acerca desses respectivos acórdãos vide CORREIA, Alves. “*A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código de Expropriações de 1999*”. In Separata da Revista e Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, 2000. pp. 12 a 20, bem como, CORREIA, Alves. “*As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*”. Coimbra. Almedina. 1982. p. 77 a 86.

<sup>156</sup> Nesse mesmo sentido, diversos ordenamentos jurídicos e jurisprudências de outros países empregam, com certa tranquilidade, o instituto da *expropriação pelo sacrifício*. É o caso francês. Nesse país, o Tribunal Constitucional tem entendido que certas limitações impostas pelo poder público que arranham o núcleo central do direito de propriedade acabam por gerar efeitos práticos semelhantes àqueles atos ablativos do patrimônio. Desta feita, aquelas condutas danosas que possuem um acentuado grau restritivo da propriedade acabam por desnaturar o próprio sentido prático do bem. Dando, por via consequencial, direito à reparação civil. O mesmo caminho persegue o ordenamento jurídico italiano. Lá, tanto no âmbito jurisprudencial, quanto doutrinário, desenvolveram o raciocínio da *expropriação “substancial”* ou “*larvada*”, indicando que atos administrativos

Tribunal, é assente a ideia que “*não sofre contestação que os princípios do Estado de direito democrático e da igualdade (na vertente da igualdade perante os encargos públicos) decorre uma exigência constitucional de indenizar, não apenas as supressões do direito de propriedade mas também certas limitações aos usos e faculdades nele incluídas*”<sup>157</sup>.

Na realidade, pesquisando acórdãos ainda mais remotos desse mesmo Tribunal é perceptível a preocupação com a necessidade de tutelar a propriedade privada em situações que, muito embora não haja a apropriação física do direito patrimonial, a consequência fática é a mesma da desapropriação. Assim, “*mesmo naqueles casos em que a Administração impõe aos particulares certos vínculos que, sem subtraírem o bem objeto do vínculo, lhe diminuem, contudo, a utilitas rei, se deverá configurar o direito a uma indenização, ao menos, quando verificados certos pressupostos*”<sup>158</sup>.

O Supremo Tribunal Administrativo no acórdão de 24/2/2006 igualmente aplicou o conceito de expropriação de sacrifício. Da mesma maneira foi o entendimento, no âmbito cível, do Tribunal da Relação de Coimbra no acórdão de 9/1/2005. Já o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao interpretar o artigo 1º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, durante o julgamento do caso “*Sporrong e Lönnroth*”, também foi pelo idêntico caminho<sup>159</sup>.

---

que ensejam o esvaziamento do conteúdo mínimo do direito de propriedade devem ser considerados expropriatórios. No plano do Direito Internacional Público semelhante raciocínio é aplicado. Nessa seara entende-se que são “*os atos que consistem em medidas de diversa natureza, adotadas pelos Estados, de fonte legislativa, regulamentar ou administrativa, que afetem (diminuem ou esvaziem) as faculdades de usar, fruir e de dispor do bem, sem, todavia, retirarem formalmente ao particular o direito de propriedade*”. Conforme lições de CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedipre. Nº 1. Maio de 2009. p. 70 e 71. Em Espanha, Garcia de Enterría e Ramón Fernández abordam atos normativos, em especial medidas legislativas, com efeitos materiais da expropriação e que não se limitam à transferência forçosa. Segundo os autores, citando precedentes do Tribunal Constitucional daquele país, atos normativos dos poderes públicos devem manter o conteúdo essencial do direito fundamental da propriedade e, caso a regulação ou limitação ataque o núcleo essencial dessa, deve, obrigatoriamente, ensejar a correspondente indenização. Para mais detalhes ver: ENTERRÍA, E. García de e FERNÁNDEZ, T. R. “*Curso de Derecho Administrativo*”, Vol. II, 6.ª Ed., CIVITAS, Madrid, 1999. pp. 210 a 218. Abordando igualmente o conceito de *lei expropriatória* na Alemanha, França, Espanha e Itália: AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador*”. Coimbra Editora, Coimbra, 1998. pp. 474 a 505. Por razões meramente didáticas, deixaremos para tecer comentários acerca do “*eminent domain power*” e as questões sobre “*regulatory takings*” existentes no direito norte-americano no próximo capítulo quando especificarmos o instituto da *expropriação de sacrifício*.

<sup>157</sup> Acórdão nº 525/2011.

<sup>158</sup> Acórdão nº 341/1986.

<sup>159</sup> Para maiores detalhes acerca do julgamento ver CORREIA, Fernando Alves. “*Manual de Direito do Urbanismo*”. Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 134 a 137.

No próprio ordenamento jurídico português vigente há alguns institutos (especialmente de direito do urbanismo) que, muito embora não sejam denominados de expropriação de sacrifício, possuem feitos e concretudes práticas muito semelhantes à esse conceito que estamos detalhando no momento. Observemos.

Na Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBPOTU), nomeadamente a lei n° 31 de 2014, precisamente no artigo 17°, há o que se denomina de “*sacrifício de direitos preexistentes e juridicamente consolidados*”. São casos em que a lei ou os planos territoriais preveem, de maneira expressa, atos ou medidas ensejadoras de sacrifícios impostos aos proprietários que possuem efeitos equivalentes ao de uma expropriação.

Da mesma maneira ocorre no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), consolidado pela decreto-lei n° 80 de 2015<sup>160</sup>. Em seu artigo 171°, está consagrado o dever de indenização nos casos de serem impostas restrições ao direito de propriedade que sacrificam relações com conteúdo econômico preexistentes e juridicamente consolidadas. No número 4° do mesmo artigo, fala-se, inclusive, que caso haja restrição singular às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo impostas aos respectivos proprietários, contanto que causem *dano ou encargo anormal*, poderá o ofendido requerer a consequente indenização.

Outra questão que muito se relaciona com a *expropriação de sacrifício* ora analisada, é a relativa às servidões administrativas decorrentes, ou não, de expropriações que estão esposadas no artigo 8° do Código de Expropriações. Conforme o n° 2° desse artigo, caso as servidões administrativas inviabilizem a utilização que vinha sendo usualmente dada ao bem, ou se anularem por completo o valor econômico do patrimônio, haverá consequente direito à indenização. E, para os fins do cálculo do valor desse ressarcimento, o número

---

<sup>160</sup> Diploma atual que revogou o antigo regime do Decreto-Lei n° 380/99. Sob a vigência desse anterior estatuto, precisamente no artigo 143, havia disposição expressa muito semelhante ao atual artigo 171 do Decreto-lei 80 de 2015, que ALVES CORREIA denomina de “*expropriações de plano*”. Para mais detalhes ver CORREIA, Alves “*Manual de Direito do Urbanismo*”. Vol. I. 4ª Ed. Almedina. 2012. pp. 764 a798.

subsequente determina que deverão ser consideradas as proscricções e condicionantes do próprio Código de Expropriações para tanto<sup>161</sup>.

Um ponto extremamente relevante e que diz respeito não somente à *expropriação de sacrifícios*, mas extensível a todos esses institutos anteriormente citados que acabam por esvaziar o conteúdo do direito de propriedade por razões de interesse público, é com relação ao parâmetro constitucional utilizado para fundamentar eventual direito de ressarcimento do proprietário ofendido. Parcela da doutrina enuncia o “*princípio da onerosidade da aquisição de direitos reais*” enquanto afloramento de um “direito geral à reparação de danos” autonomamente decorrente da regra do estado de direito democrático vertida no 2º e 9º, alínea b, da CRP/76<sup>162</sup>. *Data máxima vênia*, acreditamos não ser esse o melhor caminho para a proteção do direito constitucionalmente assegurado ao particular. Na busca de uma tutela constitucional mais efetiva, associamo-nos, nesse ponto, ao que parece ser voz dominante na doutrina portuguesa ao considerar o artigo 62, nº 2, da CRP, como cláusula geral nas matérias atinentes às “*obrigações de indenizar pelos danos causados licitamente na propriedade privada*”<sup>163</sup>. Além desse princípio da justa indenização por expropriação, fundamenta-se o pleito indenizatório nos princípios do Estado de direito democrático e, também, no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, estatuídos, respectivamente, nos artigos 2º e 13º da CRP/76.<sup>164 165</sup>

Na realidade, o que queremos demonstrar com todos esses exemplos acima referidos que tratam de alguma maneira de compensar lesões a direitos patrimoniais que, apesar de não terem interferido no domínio do bem em si, acabam por gerar consequências

---

<sup>161</sup> Para mais detalhes acerca das *servidões administrativas* ver CORREIA, Alves in “*Manual de Direito do Urbanismo*”. Vol. I, 4ª ed. Almedina. 2012. p. 331 a 343.

<sup>162</sup> Cfr. AZEVEDO, Bernardo in “*Servidão de Direito Público, Contributo para o seu estudo*”, Coimbra Editora, 2005. p. 45.

<sup>163</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui. “*Constituição Portuguesa Anotada*”. Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 1263.

<sup>164</sup> Nesse sentido: AMARAL, Maria Lúcia in “*Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador*”. Coimbra Editora, 1998. pp. 540 a 581 e CORREIA, Fernando Alves. “*Manual de Direito do Urbanismo*”. vol. I, 4ª ed. Coimbra, Almedina. 2012. p. 337.

<sup>165</sup> Esse também é o entendimento do Tribunal Constitucional português. Ao longo do acórdão 525/2011, resta claro que “*o princípio mais geral da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos é o princípio-base que está na raiz de todas as imposições constitucionais de ressarcimento de prejuízos sofridos pelos particulares por força de uma atividade no interesse público... Independentemente da concepção que se parta, ele fornece, para lá de todas as dúvidas, um parâmetro seguro para ajuizar a conformidade constitucional da solução*”.

práticas nefastas para o conteúdo econômico de parcelas específicas de cidadãos, tratam-se de escolhas feitas pelo legislador, refletidas através de disposições legais especiais, para retirar do âmbito do regime jurídico geral da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas visando uma proteção mais efetiva de direitos privados. Ou seja, frutos de escolhas do legislador, equiparou-se os efeitos práticos de algumas situações, em geral relativas ao planeamento urbanístico, à ocorrência da expropriação em sentido clássico<sup>166</sup>

<sup>167</sup>.

E é justamente esse o raciocínio que defendemos ao longo desse trabalho, especificamente ao longo dos dois próximos capítulos. Quando estiverem em causa situações especiais que demandem uma maior e efetiva proteção de direitos dos cidadãos, necessitam-se de atuações legislativas mais específicas, fugindo de regimes gerais (que no nosso caso refere-se ao regime jurídico geral da responsabilidade civil extracontratual das entidades pública), para que se leve em consideração as peculiaridades de relações jurídicas desenvolvidas que necessitam reforço de atenção. Acreditamos, na verdade, tratar de decorrência lógica do princípio da especialidade, pois situações singulares devem ser abordadas com a máxima peculiaridade possível, tudo isso para a tutela mais efetiva de direitos consagrados constitucionalmente.

Nessa toada, atentos à importância e às especificidades da *expropriação de sacrifício*, também cientes que o atual Código de Expropriação foi elaborado em 1999 (ou seja, há mais de vinte anos), e que mesmo com suas alterações supervenientes não conseguiu acompanhar, de maneira eficaz, a realidade fática e solucionar problemas que surgiram ao longo desse período, em 01 de abril de 2013, foi elaborado um projeto de revisão do Código de Expropriações.

---

<sup>166</sup> Nesse sentido, por todos: GOMES, Carla Amado. “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”. In Revista do Ministério Público 129: Jan – Març. 2012. pp. 9 a 47 e GARCIA, Maria da Glória. “A responsabilidade civil do Estado e das regiões autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”. In Revista do CEJ, n.º 13. 2010. pp. 320 e 321.

<sup>167</sup> Ao analisar a questão da responsabilidade civil pessoal dos titulares dos órgãos do Banco de Portugal, Fernanda Maçãs sustenta pela adoção de um regime especial que fuja das regras gerais existentes do RRCEP. Para mais detalhes ver MAÇÃS, Fernanda. “Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras”. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. 2012. Em especial pp. 444 a 448.

Os idealizadores desse projeto, com o fito de concretizar novos instrumentos que tutelem direitos fundamentais, especificamente, o direito de propriedade e, ainda, reforçar o direito de acesso a tribunais e à tutela jurisdicional efetiva no domínio da concretização da justa indenização, asseveraram novos institutos para a prossecução desses objetivos. Um desses instrumentos expressamente consagrados foi justamente a “*expropriação de sacrifício*”<sup>168</sup>.

Na exposição de motivos do projeto do novo código resta claro que o posicionamento perfilado pelos autores vai ao encontro do que boa parte da doutrina, bem como, da própria jurisprudência portuguesa vinha entendendo sobre o tema. O ponto fulcral para que houvesse esse corte diferenciador entre a *expropriação de sacrifício* e a *expropriação em sentido clássico* é justamente a falta de declaração formal de utilidade pública no primeiro instituto. Assim, conforme anteriormente salientado, também restou claro na exposição de motivos que, no sentido clássico de expropriação, há a supressão do direito seguindo, obrigatoriamente, pela transferência de domínio do mesmo para o poder público. E na *expropriação de sacrifício*, muito embora haja, de igual forma, a ablação do direito com conteúdo material, falta-lhe esse segundo momento da transferência do direito

---

<sup>168</sup> A intenção dos autores do projeto do novo Código de Expropriações é que nos artigos 1º, nº 3 e artigo 8º ficasse expressamente consagrado: “*Artigo 1º, nº 3: Entende-se por expropriação de sacrifício a prescrição contida em atos legislativos, regulamentos administrativos ou atos administrativos que, na ausência de uma declaração de utilidade pública: a) inviabilize a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente; b) inviabilize qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja a ser utilizado; c) anule o seu valor econômico. Artigo 8º: Expropriações de sacrifício: nº 1 – O interessado particular de direito real tem o direito de requerer a expropriação por utilidade pública do bem abrangido por uma expropriação de sacrifício nos termos do nº 3 do artigo 1º do presente Código. Nº 2 – Se a expropriação de sacrifício constar de atos legislativos, o direito de requerer a expropriação por utilidade pública é dirigido: a) no caso de lei ou decreto-lei, ao Primeiro Ministro; b) no caso do decreto-legislativo regional, ao presidente do respectivo Governo Regional. Nº 3 – Se a expropriação de sacrifício constar no regulamento administrativo ou ato administrativo, o direito a requerer a expropriação por utilidade pública é dirigido, conforme os casos, ao órgão da pessoa coletiva responsável pela aprovação do regulamento ou ao autor do ato. Nº 4 – O direito referido nos números anteriores será exercido, sob pena de caducidade, no prazo de um ano a contar da data de notificação ao respectivo proprietário da expropriação de sacrifício contida em ato legislativo, regulamento ou ato administrativo. Nº 5 – A decisão sobre o requerimento será proferida no prazo de 90 dias, aplicando-se na sua falta, o disposto no Código de Procedimento Administrativo em matéria de incumprimento do dever de decisão, cabendo ao interessado propor no tribunal administrativo de círculo ou tribunal administrativo e fiscal da área de situação do bem a competente ação administrativa especial para a condenação à prática do ato legalmente devido. Nº 6 – Em caso de deferimento da pretensão a mesma equivalerá à declaração de utilidade pública prevista no artigo 18º, seguindo-se, com as devidas adaptações, os demais termos previstos no presente Código para o pagamento da justa indenização. Nº 7 – Em caso de indeferimento da pretensão, aplica-se o disposto na parte final do nº 5. Nº 8º - Proferida a declaração de utilidade pública em cumprimento da sentença que tenha condenado a entidade legalmente competente à sua prática, segue-se o disposto na parte final do nº 6”.*

para terceira pessoa. Assim, nesse sentido expansivo da expropriação, o proprietário sofre um esvaziamento da sua propriedade mesmo permanecendo com a titularidade do direito em causa.

Outro ponto que os autores do projeto de alteração do Código de Expropriações consignaram expressamente foi a necessária distinção entre a *expropriação de sacrifício* e a *indenização pelo sacrifício*. Conforme consta no projeto de reforma e, mais uma vez, perfilando-se ao posicionamento que já era adotado pela jurisprudência e doutrina majoritária, a distinção em relação a esses dois institutos situa-se na questão da indenização. Enquanto na indenização pelo sacrifício, o dever de indenizar é uma mera consequência do ato danoso, *na expropriação de sacrifício a obrigação de indenizar é um requisito da própria validade do ato expropriatório*.

No mais, “*as duas (modalidades de expropriação) são iguais no que toca ao essencial, ou seja, ambas consistem em atos ou medidas que, na prossecução do interesse público, lesam intencionalmente a esfera jurídica dos particulares, provocando a ablação de direitos privados de conteúdo patrimonial*”<sup>169</sup>. Desta feita, a semelhança encontra-se por tratar de atos lícitos, mas que aniquilam o patrimônio de particulares, sendo, portanto, devidos os consequentes pedidos de expropriação por utilidade pública e a decorrente compensação financeira.

#### **4.4) As razões da autonomia jurídica da expropriação de sacrifício:**

Pensamos que, para os fins pretendidos no presente estudo, conforme será mais bem desenvolvido no próximo capítulo, com fundamento no princípio da especialidade, a regulação econômica excessiva realizada pelas ARI's e que incide de maneira desproporcional sobre bens e direitos econômicos-patrimoniais de determinados agentes econômicos privados regulados, deve ser caracterizada como verdadeira *expropriação de sacrifício*.

---

<sup>169</sup> Conforme a exposição de motivos do projeto do novo código de expropriações. p. 02.

É dizer, objetivando a efetiva garantia e tutela de direitos patrimoniais, econômicos, da livre iniciativa, da igualdade, do contraditório e da ampla defesa (dentre outros) dos lesados, sustentamos o enquadramento da regulação com efeitos expropriatórios dentro do instituto da *expropriação de sacrifício*, pois, dessa maneira, passa a ser obrigatória a participação no procedimento administrativo prévio que dará suporte à tomada de decisão regulatória, não só do titular do direito ofendido mas, também, de terceiros interessados com repercussões reflexas na relação jurídica originária. Tudo isso para que se possibilite a declaração prévia de utilidade pública do objeto lesado, bem como, haja a consequente compensação financeira pelos encargos suportados (caso esses restarem configurados no âmbito do procedimento administrativo prévio), vez que, conforme visto anteriormente, todos esses requisitos devem ser encarados como verdadeiros pressupostos de validade da *expropriação de sacrifício* exercida pelas ARI's. Vejamos.

Nesse diapasão, a *indenização pelo sacrifício* deve ser entendida como um “*instituto de recepção*” (*Auffangnorm*) ou um “*soldado de reserva*” dos casos em que o Estado ou demais pessoas coletivas de direito público, visando a satisfação do interesse público, agem de maneira lícita mas acabam por impor encargos especiais e anormais que inviabilizam o conteúdo substancial do direito afetado. Em outras palavras, acreditamos que o artigo 16 do RRCEP deve ser entendido como “*cláusula geral de salvaguarda*” para cobrir aquele “*resto*” de atuações lícitas causadoras de danos que, em um Estado de Direito, não podem deixar de dar lugar ao pagamento de indenização<sup>170</sup>. Consequentemente, tal instituto abarcaria situações nas quais não há expressa previsão legal determinando a indenização pelos encargos sofridos.

---

<sup>170</sup> Nessa toada o acórdão nº 525/2011 do Tribunal Constitucional Português. Nessa mesma linha, mas decidindo determinado caso concreto que envolvia o antigo artigo 9º, nº 1 e 2, do já revogado Decreto-Lei nº 48.051 de 1967 (decreto esse justamente que antecedeu o atual RRCEE), o Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão de 23.11.2010, processo 0444/10, julgou que a responsabilidade civil extracontratual por fatos lícitos “*só é aplicável quando apesar do sacrifício imposto a um particular, a lei não preveja os termos da sua reparação*”, fundamentando-se, para tanto, no já revogado artigo 1º do Decreto-Lei de 1967 que estatuiu que o diploma acerca da responsabilidade civil extracontratual do poder público somente seria aplicado caso não houvesse lei especial que regulasse o tema. Ressalte-se que, muito embora o referido Tribunal não tenha julgado nenhum caso semelhante sob vigência da atual Lei nº 67/2007 que regula o tema, esse mais recente diploma normativo possui o artigo 1º com conteúdo idêntico ao anterior, justamente estabelecendo o caráter genérico desse instituto.



Avançando exatamente sobre esse tema, acreditamos que, juntamente com o que parece ser a posição doutrinária dominante<sup>171</sup>, bem como, das próprias determinações do art. 1º do RRCEP, a *indenização pelo sacrifício* e demais modalidades de responsabilidades civis extracontratuais não devem ser aplicadas às “*situações que se encontram especialmente reguladas na lei*”. Assim, caso haja algum instituto regulado por leis específicas, mesmo em se tratando de conduta lícitas, gerais ou concretas, perpetradas por entidades públicas que acabem por gerar restrições, ablações ou diminuição no direito de particulares ofendidos por tais condutas, o regime jurídico da RRCEP (juntamente com a *indenização pelo sacrifício*) não deverá ser aplicado, pois essa salvaguarda quanto à eventuais regimes jurídicos especiais prevalecerá sobre estatutos mais genéricos<sup>172</sup>.

Ou seja, para nós, parece claro que tanto a *indenização pelo sacrifício*, quanto as outras espécies de responsabilidade civil aquiliana do poder público, funcionam como

---

<sup>171</sup> Nesse sentido da exclusão do regime da *indenização pelo sacrifício* quando houver diploma mais específico que aborde o tema da indenização/compensação de danos decorrentes de atos lícitos do poder público é o entendimento, dentre outros, de: CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance*”. In Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 140, nº 3966. Jan. – fev. 2011, pp.143 a 161; CADILHA, Carlos. A. Fernandes. “*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*”. Coimbra Editora. 2.ª ed., 2011, p. 368 e 369; GOMES, Carla Amado. “*A compensação administrativa pelo sacrifício...*” *op. cit.* p. 158; GARCIA, Maria da Glória. “*A responsabilidade civil do Estado e das regiões autônomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*”. Revista do CEJ, nº 13, 2010, pp. 305 a 321; ANDRADE, José Carlos Vieira. “*A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*”. In Revista de Legislação e de Jurisprudência”. Ano 140.º, N.º 3969, julho – Agosto de 2011, pp. 356 a 361. MACHETE, Pedro. “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...*” *op. cit.* pp. 459 a 461.

<sup>172</sup> Maria Lúcia do Amaral, ao justificar a necessária extração da *expropriação* do regime geral da responsabilidade civil dos poderes públicos, assevera que o ponto fulcral para tal distinção está no fato de nos fenômenos expropriatórios haver intencionalidade de impor ao particular ônus especiais e anormais: “*a summa divisio, no seu afã de compreender dogmaticamente todas as formas do dever jurídico-político de indenizar na bipartição fundamental -responsabilidade por fato ilícito/responsabilidade por fato lícito-, acaba sempre por obnubilar um elemento essencial que se traduz na intencionalidade do sacrifício que através dele é imposto ao particular. Ora, é difícil sustentar a absoluta irrelevância de tal intencionalidade para efeitos da caracterização da indenização que a deve acompanhar. Se, ao expropriar, a Administração conhece e deseja o resultado final do seu comportamento ablatório, conhece e deseja a especialidade e a anormalidade do “prejuízo” que ele acarretará para o particular, parece evidente que também deverá desejar e conhecer a necessária indenização compensatória a cujo cumprimento estará obrigada: é que só a tal compensação poderá anular a injustiça do seu agir. A ser assim, porém, tal indenização configurar-se-á como um prius e não como um posterius do comportamento público; integrará o seu próprio tipo, o seu tatbestand; e será, em última análise, condição de validade do próprio ato jurídico que de tal comportamento vier a resultar*”. AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado do Estado...*” *op. cit.* p. 43.

“soldado de reserva”, devendo ser aplicadas somente nas situações onde não haja um regime jurídico específico<sup>173</sup>.

É justamente nessa abertura dada pelo artigo 1º do RRCEP que entendemos a *expropriação de sacrifício* como uma modalidade autônoma do particular proprietário defender seu direito patrimonial em razão dele ter sido esvaziado ou erradicado por atos emanados pelas ARI's, mesmo que não haja a conseqüente transferência da titularidade do patrimônio afetado. Ou seja, sustentamos a *expropriação de sacrifício* como um mecanismo autônomo de defesa em favor do particular proprietário de insurgir-se face às decisões emanadas pelas agências reguladoras que, muito embora busquem a realização de interesses lícitos e públicos, acabam por afetar o núcleo essencial da propriedade privada, da livre iniciativa e de outros direitos econômicos.

Outra diferenciação entre tais institutos digna de nota é com relação à fundamentação utilizada para embasar ambos institutos. A *indenização pelo sacrifício*, em geral, é justificada através dos princípios do Estado de Direito e da igualdade perante os encargos públicos. Já a *expropriação de sacrifício* busca guarida não somente nesses dois princípios já citados, mas, igualmente, em outro princípio também com envergadura constitucional que é o “*princípio da justa indenização por expropriação*” (art. 62, nº 02, CRP). Acreditamos que tal fundamentação constitucional adicional é mais uma garantia para o proprietário do direito ofendido ou aniquilado por um ato com efeito expropriatório emanado pelo poder público. Ao separarmos os atos do poder público que erradiquem ou diminuam o núcleo do patrimônio do ofendido (*expropriação de sacrifício*), daqueles atos de modalidade de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas (*indenização pelo sacrifício*), pensamos que há um reforço na defesa do proprietário lesado em seu patrimônio pois, além de lhe ser assegurando indenização (caso todos os pressupostos estiverem presentes), garante-se, também, que o valor dessa indenização seja justo, vez que, tratando-se de atos com efeitos expropriatórios, a Carta Constitucional assegura não só o direito à indenização, mas, sobretudo, que essa seja capaz

---

<sup>173</sup> À exemplo de outras situações que são abarcadas pelo princípio da especialidade, podemos citar a expropriação por utilidade pública e a requisição (ambas com fundamento constitucional no artigo 62, nº 2, da CRP/76), bem como, conforme já anteriormente citado, as diversas modalidades de servidões administrativas que possuem fundamentos em fragmentadas legislações destacadas.

de restituir, da maneira mais justa possível, o ofendido pela conduta perpetrada por entidades públicas.

Outra diferenciação que a nosso ver a aplicação da *expropriação de sacrifício* também gera uma maior proteção para o titular do direito patrimonial prejudicado por medida pública restritiva de seu direito, dá-se em razão da natureza da indenização. Na *indenização pelo sacrifício*, a indenização é mera consequência do ato ablativo ou causador do dano especial e anormal. Já no que tange à *expropriação de sacrifício*, o dever de indenizar, na verdade, torna-se verdadeiro pressuposto ou requisito de validade, conforme se extrai do artigo 62, n° 2, da CRP. Quer isso dizer que, caso não haja o ressarcimento pelo dano ou afetação patrimonial, ou mesmo que o ressarcimento não seja justo conforme determina o próprio artigo 62 da CRP, o ato lesivo do direito patrimonial deve ser considerado inválido, não gerando, conseqüentemente, efeitos jurídicos<sup>174</sup>.

Por último, justamente pelo fato da *expropriação de sacrifício* possuir como um dos seus pressupostos de validade o correspondente dever de indenizar (e não mera consequência), acreditamos que esse instituto também possua, como outro requisito de validade, a prévia necessidade de procedimentalizar e oportunizar a participação dos lesados no procedimento regulatório antecedente à tomada de decisão regulatória. Explicamos. A *expropriação de sacrifício* como resultado de uma regulação econômica com efeitos expropriatórios à alguns atores econômicos privados perpetrada pela agência reguladora competente, concede verdadeiro direito subjetivo desses mesmos regulados privados (e os terceiros reflexamente prejudicados) participarem de um prévio procedimento administrativo, dentro do próprio processo de análise do impacto regulatório, visando a defesa de seus próprios interesses. Tudo isso, como requisito de validade da medida expropriatória.

Portanto, em termos conclusivos, qual seria a necessidade de conceder autonomia ao *instituto da expropriação de sacrifício* no âmbito da intervenção do domínio econômico realizada pelas entidades reguladoras independentes? Por que não fundamentar o pleito

---

<sup>174</sup> Igualmente nesse sentido de se considerar a “*justa indenização*” como condição de licitude da medida expropriativa mesmo no âmbito da *expropriação de sacrifício*”, por todos, AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador*”. Coimbra Editora. 1998. p. 574.

ressarcitório na *indenização pelo sacrifício* enquanto espécie de responsabilidade civil extracontratual do poder público?

Pedindo escusas a quem não entende dessa maneira, mas para nós parece claro que com a especialização da *expropriação de sacrifício* o agente econômico lesado terá um reforço na defesa de seus direitos. Foi visto que há situações em que, muito embora não haja a declaração formal de utilidade do bem e a prévia garantia de ressarcimento pelo dano, como ocorre com a expropriação em sentido clássico, os efeitos práticos são equivalentes à essa ablação patrimonial. Portanto, na *expropriação de sacrifício*, apesar do particular sofrer aniquilamentos de seus direitos decorrentes de decisões lícitas tomadas por agências reguladoras, diferentemente do que ocorre na expropriação tradicional, o ordenamento jurídico não impõe o dever de declarar previamente a utilidade pública do objeto onerado, nem a consequente indenização, muito menos, em alguns casos, se percebe a possibilidade do ofendido defender-se previamente dessas mesmas decisões emanadas pelas entidades reguladoras.

Desta maneira, justamente em razão dos efeitos práticos serem equivalentes, não há razão para se conceder maior proteção nos casos relativos à expropriação tradicional e não conceder o mesmo tipo de tutela quando da ocorrência da *expropriação de sacrifício*. Além disso, urge uma necessária procedimentalização antes da tomada de decisão pelas agências reguladoras assegurando prévio contraditório, possibilitando, inclusive, intervenções de terceiros interessados no processo regulatório. Há que se conceder a possibilidade de encontrar medidas alternativas menos gravosas ao setor econômico regulado, possibilitando, assim, a minimização dos prejuízos e permitindo a maximização dos benefícios da regulação econômica. E, eventualmente constatada a ocorrência da *expropriação de sacrifício*, que já se ultime a prévia declaração de utilidade pública e o consequente direito à compensação pelos ônus impostos por tais entidades, tudo como pressuposto de validade da própria regulação econômica exarada pelas autoridades reguladoras. Tais questões, por conterem ampla discricionariedade técnica, devem ser enfrentadas no âmbito administrativo, entre reguladores e regulados. Não há lógica para que a falha da regulação econômica, fruto de um excesso, seja impugnada apenas posteriormente nos Tribunais.

Assim, conforme será analisado de maneira mais detalhada adiante, a *expropriação de sacrifício* serve tanto como uma garantia aos cidadãos de repelirem eventuais agressões ao seu patrimônio, bem como, busca por decisões regulatórias com maior qualidade, evitando, ao máximo, as externalidades negativas ocasionadas pelas *falhas regulatórias*, ao possibilitar, inclusive, a busca por meios alternativos menos agressivos aos direitos econômico-patrimoniais dos agentes econômicos. Igualmente, em última análise, a *expropriação de sacrifício* pode ser encarada, inclusive, como uma forma de controle das decisões proferidas pelas entidades administrativas independentes que, conforme já fora por nós salientado, carecem de tradicionais formas de legitimidade democrática.

## **5) A expropriação de sacrifício como consequência da falha e do excesso da regulação econômica exarada pelas ARI's:**

### **5.1) Introdução:**

Conforme fora visto anteriormente, desde o final do século passado, as agências reguladoras vem ganhando cada vez mais campo de atuação, assumindo cada vez mais prerrogativas e poderes de intervenção, delimitação e indução de comportamento e direitos. Em diversos segmentos é perceptível a “mão” interventora dessas entidades administrativas independentes. Seja no campo das energias, das águas, da telefonia, do transporte... Enfim, são atuações em diversos setores, das mais variadas maneiras, que influem diretamente na economia e liberdade de iniciativa até a conformação do exercício de direitos constitucionalmente assegurados dos utentes<sup>175</sup>.

Esse “*quarto poder estatal*”, a despeito da atuação conforme ditames legais e na tentativa da prossecução de interesses lícitos e públicos, muitas vezes, acaba excedendo e atingindo, desproporcionalmente, direitos e garantias assegurados pelo ordenamento jurídico aos cidadãos<sup>176</sup>. Ou seja, a análise da *expropriação de sacrifício* é feita face à atuações das

---

<sup>175</sup> Imperioso ressaltar que tudo o que vem sendo defendido no presente trabalho não visa a maior incidência e abrangência de casos que darão ensejo à compensação financeira dos ofendidos. Um dos objetivos fulcrais desse trabalho é que se atente para determinadas situações fáticas que, mesmo não havendo a declaração formal de utilidade pública e o conseqüente processo formal expropriatório, agentes econômicos sofrem efeitos práticos semelhantes (para não dizer idênticos) ao da *expropriação “clássica”*, mas sem a possibilidade de se defenderem e interferirem na decisão que os afetarão, sem ver o poder público declarar a utilidade pública de seus patrimônios e, muitas vezes, tendo que ingressar em juízo para só então ser reconhecido eventual direito compensatório. Defende-se que antes da tomada de decisão regulatória que gere a *expropriação de sacrifício* seja necessária a instauração de um procedimento administrativo *ex ante*, com ampla possibilidade de participação de pessoas, instituições, associações, ainda que indiretamente afetadas pela decisão administrativa, dando-as possibilidade de influenciar no resultado final e minimizar os danos ocasionados pela regulação, inclusive, se for o caso de constatação da ocorrência da *expropriação de sacrifício*, já se ultime a possibilidade da conseqüente compensação financeira.

<sup>176</sup> É evidente que a intervenção econômica realizada pelas entidades reguladoras deve ser feita de maneira adequada, necessária e proporcional. A possibilidade de conformação do conteúdo dos direitos econômicos-patrimoniais pelas agências é limitada. No momento da tomada de decisão regulatória há que se respeitar os conteúdos mínimos dos direitos protegidos pelas cartas constitucionais. Pensar que, em razão do caráter técnico e especial de determinada questão, há salvo-conduto para atuações discricionárias e amplas por parte de tais reguladores vai de encontro ao espírito constitucional. Os reguladores não possuem a capacidade irrestrita de definir e delimitar direitos. Em situação semelhante, Vital Moreira em voto vencido no Acórdão nº 25 de 1985 do Tribunal Constitucional assim asseverou: “*Se ao legislador for possível moldar a liberdade de iniciativa*

agências reguladoras que, mesmo atuando de maneira lícita, acaba afetando, desarrazoadamente, direitos econômicos, patrimoniais e liberdades de iniciativa de parcela do setor produtivo regulado. Há que se conter situações em que tais entidades vão longe demais quando da produção de decisões administrativas e que acabam por aniquilar e afetar o patrimônio particular sendo que, muito embora não haja o processo prévio declaratório da utilidade pública, possuem os mesmos efeitos práticos de uma expropriação em sentido clássico. Ferindo, dessa maneira, igualmente, o direito ao contraditório de agentes econômicos lesados de maneira especial e anormal.

Imaginemos a seguinte situação: um certo empresário explorava, há longo tempo, determinada atividade empresarial. Os lucros já eram conhecidos, sua marca consolidada no mercado, enfim, havia certa previsibilidade de receitas e despesas para o proprietário caso a situação fática e jurídica permanecesse semelhante ao que sempre fora. Contudo, em determinado momento, a agência reguladora com competência para regular o setor econômico no qual a referida empresa atua, acaba por impor novas medidas (seja exigindo novos requisitos técnicos para a atividade, seja controlando o preço ou quantidade do serviço/produto ofertado) visando a satisfação do interesse coletivo (p. ex. defesa do patrimônio cultural, histórico, saúde coletiva, meio ambiente...). Apesar de aparentemente lícita, para a realidade da empresa, tais medidas mostram-se excessivas e muito restritivas, incidindo diretamente no objeto ou serviço ofertado por ela. Assim, as únicas alternativas existentes para o empresário serão ou aumentar o preço do produto (o que certamente o fará perder competitividade no mercado concorrencial) ou então encerrar em definitivo suas atividades empresariais.

Nesse exemplo narrado, muito embora não tenha havido a transferência de propriedade para terceiros pessoas, a referida empresa sofreu consequências práticas idênticas à expropriação. O conteúdo econômico patrimonial foi extirpado e gravemente

---

*econômica livremente, ele pode levá-la à sua total desvalorização, o que, a considerar-se a liberdade de iniciativa econômica privada um direito análogo aos direitos liberdades e garantias, teria de ser considerado inconstitucional*". Nesse mesmo sentido de limitar a ampla possibilidade de conformação do conteúdo do direito de iniciativa econômica por parte atores infraconstitucionais (no caso específico, do legislador ordinário) ver RAMOS, Vasco Moura. "O Direito Fundamental à Iniciativa Económica Privada (art. 61º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português", in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, 2001. Em especial, pp. 861 a 870.

afetado. Não há viabilidade para a continuação do exercício da atividade empresarial. Evidente que na situação acima narrada, o princípio da igualdade da repartição dos encargos públicos foi gravemente ferido. Muito embora toda a coletividade tenha se beneficiado com a decisão perpetrada pela agência, apenas determinada atividade empresarial acabou sendo gravemente sacrificada para a satisfação do interesse coletivo.

Assim, a *expropriação de sacrifício*, no presente trabalho, é sustentada sob uma tripla vertente: (I) como mecanismo de defesa do particular que teve seu patrimônio afetado de maneira desproporcional e (II) como um instrumento de controle e contenção do poder decisório das agências reguladoras, bem como, (III) a busca por decisão regulatória com maior qualidade e eficiência, levando em consideração os efeitos sistêmicos causados a todos os agentes econômicos atuantes no setor regulado.

Conforme já referimos anteriormente, o sentido de regulação que aqui nos interessa é aquela regulação pública, realizada por agências (que são entidades administrativas independentes, ou seja, com ampla autonomia em relação ao Governo e ao Legislativo), instrumentalizada através de atos ou regulamentos administrativos, objetivando “*disciplinar juridicamente o funcionamento da economia e do mercado (regulação econômica) e proteger determinados bens públicos, como o ambiente e a saúde, e direitos dos cidadãos, enquanto consumidores de serviços de interesse econômico geral (regulação social)*”<sup>177</sup>. Regular é sinônimo de prerrogativa concedida às ARI's para que as mesmas elaborem regras de condutas que incidirão, não só aos agentes econômicos que prestam serviços (de interesse geral ou não) e oferecem bens ao mercado, mas, também, sobre todas as principais variáveis econômicas, à exemplo de preços, entrada, especificações, quantidades e informações<sup>178</sup>.

Ocorre que, no momento da determinação de condutas e de condicionamentos de direitos dos particulares, há diferentes gradações de intervenções por parte de entidades

---

<sup>177</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa. “*Reflexão sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”. Coimbra. 2013. p. 12.

<sup>178</sup> Conforme lições de BINENBOJM, Gustavo. “*Regulações Expropriatórias*”, Ed. JC. 2010. Retirado da internet. (<http://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias/>). Último acesso em 05/05/2020.



públicas em direitos e garantias dos administrados <sup>179</sup>. Em um primeiro plano, estão as *limitações administrativas de direitos*, as quais se relacionam com as condições de exercício de um direito sem alterar em seus elementos (p. ex. a exigência de determinadas condicionantes para o exercício da atividade econômica ou mesmo a exigência técnica para o desempenho de alguma profissão regulamentada). Em um segundo plano, existem as *delimitações administrativas do conteúdo normal de direitos*, as quais não interferem no exercício dos direitos, mas conformam o seu conteúdo (p. ex. normas urbanísticas com limites máximos de construção). Por último, como último nível, há os *poderes ablatórios*, que são substancialmente aniquiladores de direitos dos cidadãos, que acabam por extirpar a finalidade econômica do bem (p. ex. as desapropriações e situações que se assemelham à confiscos)<sup>180</sup>.

Desta feita, embasadas no artigo 40 e seguintes das Lei nº 67 de 2013<sup>181</sup>, as entidades reguladoras, no momento de fixação de normas com eficácia externa com regras que determinam condições de acesso à atividade regulada ou quando estipulam preços e taxas para os operadores econômicos de determinado setor, ou ainda quando emitem ordens e instruções exigindo padrões mínimos de qualidade, técnica e segurança, bem como, no momento de fiscalização e eventual sanção de comportamentos indesejados praticados pelos

---

<sup>179</sup> Seguimos os ensinamentos de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. “*Curso de derecho administrativo*”, Vol. II, 6ª Ed., Madrid: Cívitas, 1999, p. 102 a 121. Os autores, dentro dessa proposta classificatória, ainda apresentam outras espécies de condutas administrativas que restringem a esfera jurídica dos privados como, por exemplo, os “*sacrificios de situações de meros interesses*” e “*prestaciones forzosas*”.

<sup>180</sup> Em sentido semelhante, Pedro Machete assevera que existem três tipos de intervenções dos poderes públicos que limitam os direitos patrimoniais: *i) aquelas meras determinações normais do conteúdo do direito de propriedade; ii) limitações, proibições ou restrições do direito de propriedade que não suprimem a titularidade do bem, nem anulam o seu valor econômico mas que, em se tratando de restrições de utilidade pública, podem gerar um dever de compensação (ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungem); iii) e por fim, as expropriações, requisições e as expropriações de sacrificio que esvaziam o núcleo essencial do direito de propriedade, devendo, portanto, haver a correspondente indenização*. Para mais ver MACHETE, Pedro. “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...*” *op. cit.* 2013. pp. 457 a 459.

<sup>181</sup> Conforme referimos no capítulo inicial, essa é a lei quadro das ARI's. Analisando os estatutos específicos de cada entidade administrativa independente responsável pela regulação de setores específicos, podemos constatar amplos e diversificados poderes concedidos à tais entidades, inclusive com possibilidade de edição de regulamentos com efeitos externos. É o caso, por exemplo, dos arts. 8º e 9º do estatuto da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) responsável pela regulação do setor de comunicação (inclusive eletrônica e postal). A mesma amplitude é perceptível no âmbito da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) com atribuição de regulação dos setores da eletricidade, do gás natural e do gás de petróleo liquefeito, bem como, da atividade de gestão de operações da rede de mobilidade elétrica (artigos 11º e 23º do seu Estatuto).

particulares, acabam aniquilando, total ou parcialmente, o conteúdo econômico do direito patrimonial, onerando, de maneira desproporcional, operadores econômicos.

E não é só. Como se não bastasse a erradicação ou esvaziamento de um direito constitucionalmente assegurado, como já foi referenciado, tal agressão não é precedida de qualquer procedimento formal que declare a utilidade pública do bem, à semelhança do que ocorre na expropriação em sentido clássico. Consequentemente, não há qualquer garantia do direito de defesa prévia que assegure o contraditório e ampla defesa. Como consequência, resta apenas ao agente econômico ingressar com posterior processo autônomo nos tribunais para que lhe seja assegurado eventual ressarcimento pela expropriação sofrida.

Assim, é perceptível que estamos diante de decisões tomadas por entidades administrativas com ampla discricionariedade técnica que acabam por implementar e decidir políticas econômicas e públicas. Talvez nesse sentido de ampliação do poder decisório e aumento de prerrogativas concedidas às agências reguladoras que, em verdade, fogem do tradicional centro de instituições e poderes com representatividade democrática (nomeadamente a Assembleia da República e o Governo), estejamos diante do “novo *modus operandi* do ‘*Administrative State*’ (conjunto de instrumentos racionais de implementação de políticas), em que a *governance* pressupõe a definição de prioridades (‘*priority setting*’), a alocação de recursos (‘*resource allocation*’), a investigação (‘*research*’), o planeamento (‘*planning*’), a fixação de objetivos (‘*targeting*’), a orientação de comportamentos (‘*guidance*’) e a realização estratégica (‘*strategic enforcement*’)”<sup>182 183</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. SILVA, Suzana Tavares. “*O princípio da razoabilidade*”. In Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo. p. 222. ([https://www.academia.edu/34183989/O\\_princ%C3%ADpio\\_da\\_razoabilidade](https://www.academia.edu/34183989/O_princ%C3%ADpio_da_razoabilidade)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 09/09/2020.

<sup>183</sup> Oportuno salientar que, no presente momento, o que nos ocupamos em analisar não se relaciona com eventual legitimidade para controlar os atos editados. Ou seja, não se trata da abordagem acerca da eventual abrangência da competência do poder judiciário para adentrar ao mérito administrativo refletido através ato regulamentar emanado pela agência ou se ele deve maior deferência às escolhas feitas por entidades independentes diante de critérios discricionários adotados. A questão que aqui nos preocupa é tentar definir parâmetros mais seguros e práticos que demonstrem que a agência reguladora foi longe demais ao definir estratégias, regras técnicas e delimitações de direitos patrimoniais. Situações tais que, por consequência, acabam gerando a *expropriação de sacrifício* aos agentes econômicos atuantes no mercado. Assim, a perspectiva que nos interessa é sobre os limites da regulação em si, e não sobre a suposta competência para declarar se houve ou não expropriação econômica.

Por tudo isso, a regulação com caráter expropriatório decorre de uma intervenção excessiva das entidades reguladoras independentes na economia, violando a Constituição e direitos por ela assegurados. Ou seja, a *expropriação de sacrifício* é fruto de um exagero das agências reguladoras que gera danos desproporcionais e individuais à determinados agentes econômicos, ferindo, assim, o princípio da igualdade (em sua vertente da igualdade da repartição de encargos públicos para satisfação de interesses coletivos), bem como, do próprio princípio do Estado democrático de direito, além de todos aqueles direitos anteriormente citados no capítulo II do presente estudo. Nesse sentido aqui por nós empregado, a agência reguladora acaba convocando apenas parcela de cidadãos para contribuírem com seus respectivos patrimônios visando o interesse de todo o restante da coletividade. Desta feita, conforme asseverado por nós nos capítulos precedentes, quando da satisfação das necessidades coletivas, o poder público não deve incidir de maneira mais acentuada determinados encargos apenas à parcela da população. Caso tais situações indesejadas restarem comprovadas na prática, o princípio constitucional da igualdade, precisamente na sua vertente da isonomia da repartição dos sacrifícios sociais, impõe que a mesma coletividade beneficiada às custas das desvantagens sofridas por apenas alguns compense tais onerações *especiais*.<sup>184</sup>.

Em razão disso, acreditamos que um dos momentos em que a *expropriação de sacrifício* se revela mais agressiva é justamente na alteração superveniente de normas e padrões técnicos exigíveis dos setores produtivos. Muito embora seja difícil sustentar eventual direito adquirido ao regime jurídico anterior, vez que, como se percebe, há busca lícita de interesses coletivos relevantes e constitucionalmente assegurados, a alteração de parâmetros regulatórios pode ter efeitos mortais para a iniciativa privada e para a própria economia pública. São efeitos malignos decorrentes da regulação. Não há como ignorar. Por isso acreditamos que não há como se negar correspondente direito a compensação pelo ônus gerado em tais situações.

Se se pudéssemos sintetizar as fases do processo regulatório enquanto medida que dá sustentação e precede a tomada de decisão pela entidade reguladora teríamos: (i) a eleição

---

<sup>184</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J Gomes e MOREIRA, Vital. “Constituição da República Portuguesa Anotada”. Coimbra. 4ª Ed. Vol. I. 2007. p. 345.

de *um objetivo ou finalidade* a ser atingido (seja social, comportamental ou econômico); (ii) a determinação de uma *variável* que sofrerá a incidência da regulação para prossecução da finalidade escolhida (p. ex. requisitos técnicos para ingresso ou permanência no mercado, preço, quantidade de produto ofertado, qualidade mínima exigida...) e (iii) a *produção de uma medida regulatória*, após sopesamentos de interesses e direitos conflitantes, que passarão a obrigar e vincular agentes econômicos<sup>185</sup>.

É justamente nas etapas derradeiras que acreditamos alocar-se a *expropriação de sacrifício*. Nos parece que a regulação com efeitos expropriatórios não observa todas as consequências práticas e os direitos sacrificados. Evidentemente que a atividade administrativa não é neutra. Ela reflete decisões que possuirão efeitos positivos e negativos na vida dos particulares, com variações a depender das especificidades do caso concreto. Por tudo isso, pensamos que a regulação que interdita, inviabiliza e aniquila atividades e direitos, deve conter mecanismos de contenção e compensação para minimizar as perdas.

Um dos principais fundamentos para a existência da regulação emanada pelo poder público é justamente conter e corrigir as falhas advindas do próprio mercado, auxiliando na propagação de informações, no incentivo ao mercado mais competitivo possível e na minimização de eventuais externalidades negativas<sup>186</sup>. Entretanto, quando há custos e ônus excessivos para os regulados privados, ocasionados diretamente pela decisão adotada pela entidade reguladora, a própria qualidade da atividade regulatória resta comprometida. A atuação pública que deveria conter distorções do mercado acaba por acentuar ainda mais as disparidades negativas, gerando ônus desproporcionais apenas a determinado(s) ou

---

<sup>185</sup> Cfr. FREITAS, Rafael Vêras. *Expropriações Regulatórias*. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016. p. 124.

<sup>186</sup> Essas são algumas das justificativas apresentadas pelos defensores da “*public interest theories of regulation*”. Mas os críticos dessa intervenção pública, defensores de “*private interest theories of regulation*”, apontam justamente para o fato de que a própria eleição do que é *interesse público*, muitas vezes, é definida por grupos de interesses privados que buscam apenas a maximização da própria satisfação pessoal. Associam, ainda, a crítica de que os reguladores públicos “*não têm informações suficientes com relação a custo, demanda, qualidade e outras dimensões do comportamento da empresa. Eles podem, portanto, apenas imperfeitamente, se é que podem, promover o interesse público quando controlam empresas ou atividades sociais*”. Para mais detalhes ver: HERTOOG, Johan den. “*Review of economics theories of regulation*”. In Discussion Paper Series 10-18. Utrecht School of Economics. Dezembro de 2010. ([https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo\\_use\\_dp\\_2010\\_10-18.pdf](https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 01/09/2020.

determináveis cidadãos e, conseqüentemente, erradicando a própria concorrência do mercado que o próprio *Estado Regulador* deveria preservar.<sup>187</sup>.

É nesse sentido que acreditamos que a *expropriação de sacrifício* pode ser encarada como uma falha do processo regulatório ou *government failure*<sup>188</sup>. São inúmeras as classificações doutrinárias acerca das espécies de falhas advindas da regulação pública. Na verdade, pensamos que todas as situações que ensejam a regulação podem apresentar uma conseqüente e diferente falha. A falha pode revelar-se através do *processo de elaboração* das normas ou até mesmo decorrer da sua própria *implementação*<sup>189</sup>. Pode decorrer ainda da captura, seja por operadores públicos ou privados, das autoridades competentes para tomada de decisão. Igualmente através de alterações abruptas dos quadros regulamentares e do próprio regulador. Mesmo nas situações em que o poder político do Estado decide delegar, erroneamente, suas competências para as agências reguladoras sob o falso discurso que ali está uma decisão técnica, há falha da regulação. Ou ainda quando se percebe erros de

---

<sup>187</sup> Nesse sentido vão as recomendações da OCDE sobre política e governança regulatória (*regulatory policy*). Segundo o relatório da entidade, uma das principais missões dos Estados é “*assumir o compromisso no mais alto nível político com uma política explícita de qualidade regulatória para o governo como um todo. A política deve ter objetivos claros e estruturas para a implementação que assegurem que, se a regulação for usada, os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos, os efeitos distributivos sejam considerados e os benefícios líquidos maximizados*”. Devem, ainda, “*manter um sistema de gestão regulatória, incluindo tanto a avaliação ex ante do impacto, quanto a avaliação ex post como partes essenciais para uma tomada de decisão fundamentada*” in RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA – OCDE- 2012. (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>). p. 6. Artigo retirado da internet. Último acesso em 21/05/2020.

<sup>188</sup> Para mais detalhes acerca desse conceito, inclusive comparativamente à concepção de “*market failure*” ver: STIGLITZ, Joseph E. “*Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*”. In Columbia Academic Commons. Fevereiro de 2010. (<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7V5C>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 08/09/2020; GOODMAN, John. “*Market Failure vs. Government Failure*”. In Goodman Institute. (<http://www.goodmaninstitute.org/how-we-think/market-failure-vs-government-failure/>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 07/09/2020; KEECH, William R. e MUNGER, Michael C. “*The anatomy of government failure*”. In Springer Science Business Media. New York 2015. Maio de 2015. (<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11127-015-0262-y.pdf>). Retirado da internet. Último acesso em 10/07/2020; MIHALACHE, Rareş Petru e BODISLAV, Dumitru Alexandru “*Government failure vs. Market failure. The implications of incomplete information*”. In Theoretical and Applied Economics, Volume XXVI, nº 2, 2019. pp. 91 a 104; DATTA-CHAUDHURI, Mrinal. “*Market Failure and Government Failure*”. In Journal of Economic Perspectives. Vol. 4. Nº 3, 1990. pp. 25 a 39.

<sup>189</sup> Cfr. SUNSTEIN, Cass. “*After rights Revolution: reconceiving the Regulatory State*”. Massachusetts: Harvard University Press, 1993. pp. 75 a 101. *apud* DE FREITAS, Rafael Vêras. *Expropriações Regulatórias*. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016. pp. 127 a 143.

diagnóstico e análises superficiais; quando há excesso de controle e exigências que sufocam a liberdade de iniciativa; quando produz custos redundantes e crescentes<sup>190</sup>.

Sistematizando tudo isso temos que “o processo de regulação nem sempre tem produzido bons resultados. Muitas vezes, estatutos são mal concebidos, ora porque agravam o problema que se destinam a resolver, ora porque, durante a sua execução, apresentam consequências que não haviam sido previstas”<sup>191</sup>. Assim, “a falha do governo ocorre quando uma medida de política econômica ou a inatividade do governo piora a alocação de recursos do mercado, reduzindo o bem-estar econômico”<sup>192</sup>.

Portanto, como se percebe, a falha do processo regulatório se dá justamente com a baixa qualidade e com os efeitos negativos decorrentes da regulação realizada. Ou melhor, mesmo nos casos em que se consegue atingir a finalidade pública pretendida, a regulação produz externalidades negativas que são indesejadas para direitos patrimoniais dos regulados. A *expropriação de sacrifício* é, portanto, uma falha da regulação econômica pois ela gera um custo muito maior para determinado agente privado do que o possível benefício. Fator esse que, certamente, refletirá na própria capacidade concorrencial do lesado. Assim, a própria concorrência que deveria ser estimulada pela ARI's resta extirpada. A partir do momento que os custos da regulação passam a superar os benefícios apenas para determinado agente econômico, a autoridade reguladora faz com que esse mesmo expropriado perca a capacidade de competir no mercado. Desta feita, uma das consequências da *expropriação de sacrifício* é a distorção da concorrência do próprio mercado. E pior. Uma distorção realizada por uma agente externo, público, que tem (ou ao menos deveria ter) a missão de fomentar e proteger a competição entre os privados.

---

<sup>190</sup> Nesse sentido, alertando para a “fadiga regulatória”, vez que “os resultados regulatórios muitas vezes ficam aquém das expectativas, ao mesmo tempo em que os requisitos regulatórios se tornam cada vez mais onerosos” ver: STEWART, Richard B. “Administrative law in the twenty-first century”. In New York University Law Review. Vol. 78. Nº 2, maio de 2003. (<https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-78-2-Stewart.pdf>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 10/09/2020.

<sup>191</sup> Cfr. SUNSTEIN, Cass. “After rights Revolution: reconceiving the Regulatory State. Massachusetts: Harvard University Press, 1993. pp. 87. Apud DE FREITAS, Rafael Véras. *Expropriações Regulatórias*. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016. pp. 127.

<sup>192</sup> Cfr. DI VITA, Giuseppe. “Government Failure”. In Encyclopedia of Law and Economics. Springer Science + Business Media New York 2015. ([https://www.researchgate.net/publication/304195530\\_Government\\_Failure](https://www.researchgate.net/publication/304195530_Government_Failure)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 07/09/2020.

Por tudo isso que se vem afirmando, entendemos perfeitamente caracterizada a *expropriação de sacrifício* como mais uma espécie do gênero “*falhas da regulação*”. É uma falha justamente porque quando da tomada de decisão por parte da agência, não se atenta para os efeitos e impactos globais consequentes da atuação administrativa. Ou quando os efeitos negativos são percebidos, decide-se regular mesmo assim, acreditando que dentro de uma lógica de custo-benefício, os fins justificarão os meios adotados. Mesmo que esses “meios” sejam direitos econômicos-patrimoniais constitucionalmente assegurado aos regulados privados. Onera-se o agente econômico, aniquila-se o direito de propriedade, mas sem haver a declaração de utilidade pública desse direito, sem haver prévio processo administrativo que concede ao ofendido o direito de defesa e, muito menos, atribui-se a esse a devida compensação em razão dos anormais e especiais suportados.

Na verdade, a *expropriação de sacrifício* também pode ser entendida como medida que visa a assegurar a menor ingerência possível por parte dos poderes públicos nos direitos patrimoniais e econômicos dos privados. Quer se proibir o excesso (*Übermassverbot*). Ou seja, a proibição do excesso importa que “*quando se procura um tribunal para decidir sobre a adequação de medidas expropriatórias para salvaguardar o património paisagístico e cultural, o cidadão demandante não pretende que o juiz se substitua à administração como responsável pela defesa do património, mas apenas que aprecie a proporcionalidade da intervenção ablatória da administração, tendo em conta o escopo invocado para a prática do acto expropriativo.*”<sup>193</sup>

Nessa toada de contenção de excesso, um bom limite encontrado ao o poder de tributar dos poderes públicos é justamente o núcleo intangível do direito patrimonial dos cidadãos. Sob tal perspectiva a “*tributação e regulação são vistas como duas faces de uma mesma moeda. As duas são aptas a conformar, limitar, e a fomentar a atividade econômica. Ambas são aptas a induzir comportamentos dos agentes econômicos. E ambas são aptas a destruir*”<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”. 7ª Ed. Almedina. 2010. p. 269.

<sup>194</sup> Cfr. BINENBOJM, Gustavo. “*Regulações...*” *op. cit.*

Nesse sentido de determinação de normas de conduta, ora estimulando, ora desencorajando comportamentos dos particulares, a tributação é encarada como sinônimo de regulação. E no caso do direito fiscal é seguro sustentar que a prerrogativa concedida ao Estado para a criação e cobrança de tributos encontra limite justamente na vedação ao confisco de direitos econômicos e patrimoniais dos cidadãos. E na seara tributária, a prerrogativa arrecadatória do poder público também encontra limites no correspondente dever de assegurar a manutenção das atividades econômicas dos contribuintes. Ou seja, dentro do aspecto fiscal, o excesso perpetrado pelo Estado é identificado quando há o confisco de bens, da capacidade produtiva ou de conteúdos econômicos. Restrições e encargos excessivos, revelados através do poder de tributar do Poder Público que aniquilam a atividade econômica e a livre iniciativa são confiscatórios. Assim, percebe-se que o confisco está para tributação assim como a *expropriação de sacrifício* está para a regulação. Nessa toada também entende Richard Epstein ao sintetizar que tanto a tributação quanto a regulação expropriatória “*podem ser utilizadas como meio de confisco, porquanto as duas são equivalentes a uma (parcial) tomada (taking) da propriedade privada*”<sup>195 196</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. EPSTEIN, Richard. “*Taxation, regulation and confiscation*”. In Osgoode Hall Law Journal. Vol. 20. Nº 03. Setembro de 1982. p. 434. (<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=ohlj>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 20/06/2020.

<sup>196</sup> Nos Estados Unidos, “*regulatory takings*” ou simplesmente “*taking*”, é a expressão utilizada quando determinada norma impõe restrições ao uso, gozo ou ao direito de propriedade, esvaziando, total ou parcialmente, as potencialidades que determinado bem tem a oferecer aos proprietários. Ou seja, estamos diante de regulamentação que se transforma em uma expropriação ao ponto de diminuir sensivelmente o valor de mercado do bem, tornando-o praticamente inutilizável para seu proprietário, mesmo sem haver a translação dominial. Grosso modo, os cidadãos norte-americanos só podem ter seus bens e propriedades expropriados (mesmo no sentido alargado de expropriação) pelo Estado quando houver devido processo legal prévio que assegure o contraditório e a ampla defesa, bem como, o pagamento de uma indenização justa que acabe por compensar os prejuízos sofridos pelos titulares do objeto da expropriação. Assim, os “*takings of property*” somente são admitidos se perpetrados em nome do interesse público e compensados por intermédio de justa indenização.

Analisando os precedentes da jurisprudência norte-americana, em especial, as decisões da Suprema Corte, observamos especial atenção dada à essa matéria e uma ampla interpretação das 5ª e 14ª Emendas à Constituição desse país, abarcando diversos casos com efeito de *taking* e não meras *regulations* decorrentes do “*eminent domain power*”. Vejamos.

O caso pioneiro que pela primeira vez, de maneira expressa, utilizou-se a expressão “*expropriação regulatória*” (*regulatory takings*), foi durante o julgamento de *Pennsylvania Coal co. v. Mahon co.* A referida empresa *Pennsylvania Coal co.*, que tinha como objeto social a exploração de carvão, celebrou contrato no ano de 1878 com Sr. H. J. Mahon, no qual esse alienou o direito de superfície de sua propriedade, localizada na cidade de Scranton, no estado da Pensilvânia. Contudo, no ano de 1921, esse referido estado norte-americano aprovou a intitulada Lei Kohler que proibia a exploração subterrânea de carvão. No decurso do contrato, a empresa ao continuar naturalmente a exploração no subsolo de carvão mineral, foi surpreendida com uma interpelação judicial feita pela herdeira da família Mahon objetivando a imediata paralisação da exploração com fundamento na citada Lei Kohler. Nos fundamentos de sua defesa, a *Pennsylvania Coal CO.* alegou que a vedação à exploração subterrânea de carvão violava o seu direito de propriedade e que tal restrição impunha



---

sobre a seu direito patrimonial efeitos práticos idênticos ao de uma expropriação, ferindo, conseqüentemente, 5ª Emenda da Constituição daquele país.

O Supremo Tribunal da Pensilvânia julgou procedente as alegações invocadas pela autora. Contudo, em sede recursal, a Suprema Corte norte-americana entendeu melhor reformar a decisão prolatada por aquele Tribunal *a quo*, por entender que a referida Lei Kohler excedia os limites legais do poder de polícia concedido ao Estado, o que acabou por gerar significativa redução do valor da propriedade da mineradora. Nos termos da tese vencedora do *Justice Holmes* restou assim consagrado: “Devemos todos aceitar algumas limitações no conteúdo dos direitos patrimoniais para que a sociedade possa funcionar de maneira civilizada e o governo deve ter permissão para fazer regulamentações que exijam tais limitações. Se, no entanto, as perdas de tais regulamentações se tornarem extremas – ensejando quase a destruição total do valor da propriedade para determinado proprietário - então a sociedade deve compensar o proprietário e arcar com as perdas ocasionadas”.

Em 1978, outro caso paradigmático e inovador. Trata-se do julgado *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 US 104. Esse precedente, além de ter trazido a ideia de “*partial taking*”, acabou criando uma regra trifásica para saber quando haveria, ou não, uma norma com caráter expropriatório. Vejamos.

No referido caso concreto, a empresa *Penn Central Transportation* celebrou contrato de arrendamento com a prefeitura de Nova York com vistas à exploração do terminal ferroviário central dessa cidade (Grand Central Terminal). A intenção da referida pessoa coletiva privada era construir um novo edifício comercial no local com cerca de 50 andares. Contudo, após a apresentação do projeto de reforma da arquitetura do edifício, para a surpresa da companhia, a prefeitura da cidade acabou por vetar o projeto sob a alegação que ele estava em desacordo com a Lei de Preservação de Marcos Históricos de Nova York.

Inconformada com tal rejeição, a empresa judicializou a questão sob a alegação que tal negativa acabara tendo efeitos expropriatórios, vez que, reduziria muito a expectativa de lucro que ela projetara ter com nova edificação. Após a demanda chegar até a Suprema Corte daquele país, essa decidiu que a referida lei de Nova York não interferiu na atividade fim do contrato de arrendamento, qual seja, na exploração da atividade ferroviária. E mais, ficou consignado que, muito embora tenha ocorrido tal restrição urbanística, essa não inviabilizou por completo a possibilidade de exploração comercial e conseqüente aferição de lucro pois existiam outros pontos e espaços que poderiam ser economicamente explorados que não confrontariam a legislação municipal.

Assim, conforme anteriormente dito, esse “*taking parcial*”, segundo entendimento da Suprema Corte norte-americana, não tem capacidade de gerar a expropriação regulatória justamente por haver alternativas fácticas para que o particular possa continuar a explorar a atividade econômica sobre o local. E mais, nesse mesmo julgamento, a Corte ainda estabeleceu um critério indicativo de quando há, ao menos aprioristicamente, normas com efeito expropriatório. Desta feita, segundo a mesma há que observar: (i) *se há uma intervenção física com caráter permanente na propriedade dos particulares*; (ii) *se houve alteração nas expectativas razoáveis do particular*; por fim (iii) *se houve edição de determinada norma ou ato do Poder Público que acabou por esvaziar por completo a possibilidade de exploração econômica do bem ou que lhe retirou as principais características*.

Em razão da limitação existente no presente estudo não poderemos analisar os diversos e interessantes casos já debatidos por aquela Corte Constitucional. Assim, de maneira conclusiva, para a Suprema Corte norte-americana o aniquilamento ou mesmo o esvaziamento parcial do valor econômico da propriedade pode ocorrer não somente através de atos normativos de efeitos gerais e abstratos, mas, também, em razão de atos administrativos com efeitos concretos, nomeadamente, aqueles que decorram do consentimento do poder de polícia administrativa. E mais, as regulações que importarem em invasão física ou que resultarem no completo esvaziamento do valor econômico do bem, serão, da mesma maneira, consideradas como expropriatórias. Assim poderá ocorrer o efeito expropriatório não só nos casos de supressão de uma das faculdades do direito de propriedade, mas quando um suposto ato do Poder Público acabar reduzindo a possibilidade, real e concreta, de incremento de ganhos econômicos sobre o bem. Foi observado, também, que a questão do lapso temporal, ou seja, por quanto tempo a norma expropriatória vigeu, pouco importa para restar configurado dano ao direito de propriedade particular. E, por derradeiro, há que destacar que, segundo a mesma Corte, essa problemática acerca da “*regulatory takings*” deve ser analisada individualmente, caso a caso, evitando que se estabeleça uma fórmula apriorística aplicáveis à todas situações uniformemente, assim, as especificidades do caso concreto devem ser analisadas detidamente. Para maiores detalhes ver: PARSLOW, Andrew. “*A defense of the regulatory takings doctrine: a historical analysis of this conflict between property rights and public good and aprediction for its future*”. In William & Mary Environmental Law and Policy Review. Vol. 44. Issue 1. 2019. pp. 799 a 816; HARRINGTON, Matthew P. “*Regulatory takings and the original understanding of the*

Sob essa perspectiva do caráter confiscatório do direito patrimonial, ou melhor, supondo uma medida adotada pela agência reguladora que, mesmo buscando a satisfação de interesses públicos, acabe por gerar ônus e encargos econômicos devastadores para os agentes econômicos de determinado setor da produção que acabarão por impedir a continuidade da própria atividade empresarial em si, acreditamos que as consequências práticas para o proprietário serão as mesmas da expropriação ou do confisco. Assim, cremos que uma boa saída seria a busca por meios alternativos para que o titular do direito patrimonial, que teve o conteúdo econômico esvaziado, pudesse socializar a perda em razão de uma decisão implementada pela agência na busca da realização de interesses difusos. Ou seja, há que se perquirir se esses aumentos de encargos e ônus impostos pelo poder público podem ser compensados, de alguma maneira, pelo agente econômico lesado. Caso a resposta seja negativa, mostrando que não há como socializar essa perda sofrida ou então que não há outro meio menos agressivo para exercer a regulação econômica, o que, por via consequencial, inviabilizará a continuidade do exercício da atividade empresarial, a *expropriação de sacrifício* restará configurada e a única saída para o proprietário será o recebimento de uma indenização equivalente à sua perda.

Contudo, muito embora não seja fácil reconhecer, na prática, quando estamos diante de situações que revelam um exercício proporcional do poder regulatório das entidades reguladoras que ensejam meras vinculações sociais a direitos econômicos e patrimoniais (que não geram qualquer efeito indenizatório e que devem ser suportados pelos proprietários), há outras situações claras que a regulação acaba por gerar ônus singulares e graves a apenas à determinada parcela de cidadãos. Nesse contexto, o poder público não pode “*a pretexto de regular ou condicionar o exercício da propriedade, elidir ou bloquear o uso, o gozo ou a disposição do bem sobre o qual incida o domínio. A supressão ou o bloqueio destes atributos inerentes à propriedade (...) não caracterizam definição do âmbito*

---

*takings clause*”. In William and Mary Law Review. Vol. 45. 2003 – 2004. pp. 2053 a 2082. MCLAUGHLIN, James Audley. “Majoritarian theft in the regulatory state: what’s a takings clause for?”. In William and Mary Environmental Law and Policy Review. Vol. 19. Issue 2. 1995. pp. 166 a 221; HAVRAW, T. D. “Eminent Domain and the Police Power”. In Notre Dame Law Review. Vol. 5. Edição 7. 1930. (<https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4359&context=ndlr>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 23/06/2020; <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/260/393>, último acesso em 10/02/2020; AMARAL, Maria Lúcia. *Responsabilidade do Estado...*” *op. cit.* pp. 505 a 517; FREITAS, Rafael Vêras. *Expropriações Regulatórias*. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016. pp. 35 a 50

*do direito, não são limitações à propriedade, mas arremetidas contra o direito de propriedade*”<sup>197</sup>.

Mas quais os requisitos ou pressupostos básicos necessários para que configure a *expropriação de sacrifício*?<sup>198</sup> Muito embora para se chegar no conceito autônomo dessa espécie de expropriação tenha que se tomar por base uma interpretação ampliada ou expansiva do sentido clássico do referido instituto, discordamos, nesse ponto, de determinados autores que, fundamentando inteiramente no artigo 62, nº 2, da CRP/76, entendem que os requisitos para eventual indenização/compensação também devem ser aqueles idênticos ao da *expropriação em sentido clássico*, inclusive, o ressarcimento deveria ser enquadrado no conceito da “*justa indenização*”, correspondendo essa ao valor real de mercado do bem afetado, abrangendo todo e qualquer ato que imponha sacrifício à bem patrimonial <sup>199</sup>.

A nosso ver, esse não parece ser o melhor entendimento. Há que se levar em consideração que estamos diante, *a priori*, de condutas lícitas praticadas por entidades públicas buscando a satisfação de interesses socialmente relevantes e constitucionalmente desejados, mas que acabam por acarretar danos anormais apenas a determinados ou determináveis grupos econômicos. Portanto, dizer que todo e qualquer dano a direitos econômico-patrimoniais é apto a ensejar a compensação financeira baseada na *expropriação por sacrifício* nos parece certo exagero. Exagero que pode, inclusive, gerar a inviabilidade e continuidade da atividade desempenhada pela agência reguladora. Por mais que algumas entidades reguladoras possuam autonomia financeira e que não dependam diretamente de recursos advindos do Estado, vez que, através de cobranças de taxas, tarifas e coimas conseguem a autossuficiência orçamentária, ao fim e ao cabo, trata-se de recursos igualmente públicos. Desta feita, se não introduzirmos “*elementos-travão*”<sup>200</sup> ou

---

<sup>197</sup> Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Tombamento e dever de indenizar”, Revista de Direito Público no 81, p. 66.

<sup>198</sup> No projeto de alteração do atual Código das Expropriações, logo no artigo 1º, nº 3, os autores trataram de identificar situações causadas por decisões administrativas que aniquilam o valor econômico do patrimônio de determinados cidadãos ou, ainda, quando inviabilizam a utilização normal que sempre fora dada ao bem (mesmo nos casos em que o objeto onerado não esteja, momentaneamente, sendo utilizado). Contudo, a nosso ver, não deixaram claro os requisitos necessários para a caracterização do instituto.

<sup>199</sup> Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. “*Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral, Tomo III*”. Dom Quixote, 2008 pp. 57 a 65.

<sup>200</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade...* op. cit. p. 271.

condicionantes a fim de especificar quais danos realmente necessitam ser compensados, estaríamos pondo em risco a própria saúde financeira do poder público. Os recursos públicos são limitados. Em momentos de grave crise financeira como o atual, é impensável tornar as agências reguladoras como seguradoras universais de todo e qualquer dano sofrido pelo cidadão, ainda mais como nos casos aqui destacados que são atuações lícitas<sup>201</sup>.

Portanto, a nosso ver, todos aqueles requisitos e pressupostos que nos referimos acerca da *indenização de sacrifício*, enquanto espécie de responsabilidade civil extracontratual do Estado, acreditamos que devam ser, de igual forma, transplantados para a *expropriação de sacrifício*. Assim, há de restar configurada (i) decisão administrativa lícita fundada em interesse público; (ii) decisão essa perpetrada por entidade administrativa reguladora; (iii) a presença de danos especiais e anormais que onerem bens com conteúdo econômico-patrimonial dos particulares; e (iv) nexos causal existente entre a conduta lícita e os danos especiais e anormais suportados<sup>202</sup>.

Relativamente aos danos *especiais* e *anormais* que devem restar devidamente comprovados para a caracterização da *expropriação de sacrifício*, a par de tudo que já foi anteriormente salientado quando tecemos explanações acerca da *indenização de sacrifício*, urge trazer delimitações mais concretas acerca desse tema.

Na busca da ideal medida sobre o limite da função social da propriedade e a partir de quando se inicia a regulação com efeitos expropriatórios, sustentamos que a análise deve ser feita sobre a intensidade do sacrifício imposto por entidades estatais. Quanto maior a magnitude do esvaziamento das faculdades inerentes à propriedade privada (dispor, fruir e reaver), mais expropriatória será a medida. Nessa toada “*qualquer condicionamento do direito de propriedade tem como limite a viabilidade prática e econômica do emprego da coisa*”<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Esse também é o entendimento de AMARAL, Maria Lúcia. *Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indenizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998. pp. 581 e ss. e GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito*” in Revista de Direito Público da Economia (Belo Horizonte), n.º 32, 2010. p. 9.

<sup>202</sup> Para maiores detalhes, ver o capítulo 3 desse trabalho.

<sup>203</sup> Cfr. SUNDFELD, Carlos Ari. “*Condicionamento e sacrifício de direitos – Distinções*”, in Revista Trimestral de Direito Público, vol. 4, p. 82.

Nessa busca pela ideal medida acerca de situações em que a entidade administrativa reguladora vai longe demais a despeito de satisfação do interesse coletivo, o Professor da Universidade de Chicago, Richard Epstein, elaborou um teste para verificar se, dentro do caso prático, há ou não, medidas administrativas com efeitos expropriatórios. Assim, na busca da comprovação sobre o excesso regulatório, o intérprete deve observar as seguintes etapas sucessivas: “(i) se houve um esvaziamento do direito de propriedade (*taking of private property*); (ii) se existe uma razão para a produção da expropriação; (iii) se o aniquilamento do direito é feito visando a satisfação do interesse público legítimo; (iv) se há mecanismos e alternativas para compensar a expropriação (*taking*) sofrida (mesmo que sejam compensações implícitas, à exemplo de determinadas atividades privadas que receberiam algum tipo de benefício alternativo por parte do Estado para continuarem com seu exercício)”<sup>204</sup>. Sendo que, para esse entendimento, caso as respostas para as duas últimas etapas sejam negativas, a expropriação restará configurada, com consequente direito a compensação financeira pela perda sofrida.

Outro mecanismo proposto para aferição se se estarmos diante de uma regulação legítima ou se essa transborda os limites aceitáveis, passando a ser verdadeira *expropriação de sacrifício*, é o teste da proporcionalidade<sup>205 206 207</sup>. Esse exame da proporcionalidade já

---

<sup>204</sup> Cfr. EPSTEIN, Richard. “*Takings. Private property and the Power of eminent domain*”. Cambridge: Harvard, 1985. *Apud* BINENBOJM, Gustavo in “*Regulações Expropriatórias*”, Ed. JC, 2010.

<sup>205</sup> Conforme sustenta Rui Medeiros: “*O legislador não pode, concretamente, em nome da subordinação do poder econômico ao poder político democrático ou do interesse geral, impor limitações desproporcionadas ao direito fundamental da iniciativa econômica privada ou à liberdade de gestão empresarial*”. Para mais detalhes ver MEDEIROS, RUI. in *Constituição Portuguesa Anotada – Jorge Miranda e Rui Medeiros*. Vol. II, Universidade Católica. 2018. pp. 105 e 106. Abordando, igualmente, o dever de proporcionalidade durante a intervenção pública na economia, visando a preservação da concorrência, do direito patrimonial e da liberdade de iniciativa conferir VASQUES, Sérgio e PORTUGAL, António Moura. *As restrições Fiscais à Introdução no Consumo dos Tabacos*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 2, Número 4, Inverno. pp. 121 a 145.

<sup>206</sup> No âmbito comunitário europeu, medidas restritivas ao livre comércio somente se justificam, conforme entendimento do TJUE, se além de necessárias, restar comprovado que não há alternativas menos lesivas e que atinjam da mesma maneira o interesse público perquirido. Nesse sentido ver Acórdãos: Comissão vs Grécia, de 19 de outubro de 2000, proc. C-216/98; *Campus Oil*, de 10 de julho de 1984, proc.72/83; Comissão vs. França, de 23 de fevereiro de 1988, proc. 216/84 e Comissão vs França, de 27 de Fevereiro de 2002, proc. C-302/00.

<sup>207</sup> Para mais detalhes acerca da necessidade de coibir os excessos em distintas peculiaridades, aconselha-se a leitura de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 266 e ss.; NOVAIS, J. Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pp. 161 e ss. MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Almedina. 2.<sup>a</sup> Ed. 2018. pp. 323 a 335. e ANDRADE, J. C. Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 277 e ss. Esse último autor substitui o teste da “*necessidade*”

muito difundido como instrumento para solução de conflitos entre direitos e interesses constitucionais conflitantes, divide-se na análise de três etapas sucessivas. A primeira fase é referente ao teste da *adequação ou idoneidade* (*Geeignetheit* - refletida na verificação se o ato normativo editado pela agência reguladora é apto a alcançar o fim constitucionalmente objetivado). A segunda etapa liga-se à ideia de *necessidade ou exigibilidade* (*Erforderlichkeit*) da medida tomada pela entidade reguladora (ou seja, há que se indagar se há outras medidas alternativas à aquela escolhida pela agência que, atingindo da mesma maneira o objetivo desejado e, com igual eficiência, sejam menos danosas ao direito patrimonial ofendido em caso). Por fim, chegando até o presente estágio e percebido que a norma editada pela ARI passa pelas fases antecessoras, há, ainda, o terceiro filtro que se trata justamente da *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* - nesse instante deve ser feita a análise do custo benefício da atuação do poder público, ou seja, se a medida adotada visando a finalidade pretendida é menos dispendiosa do que o os direitos lesados). Desta feita, se a regulação da agência esbarrar em qualquer dessas etapas, é sinal de que ela tem efeitos expropriatórios e, como consequência, gera o direito à compensação financeiro ao ofendido<sup>208</sup>.

Segundo esse posicionamento, havendo outros mecanismos menos agressivos do que aquele que acaba resultando no sacrifício de determinados direitos, mostra que a medida desproporcional adotada pela entidade administrativa com competência regulatória é nula pois, justamente pelo seu custo superar eventuais benefícios, acaba se tornando desnecessária. Assim, há desproporcionalidade na regulação quando os custos individuais

---

pelo da “razoabilidade” pois acredita que medidas restritivas de direitos devem restar dentro de limites razoáveis.

<sup>208</sup> Nesse sentido também é a diretiva nº 958 de 2018 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Enfatizando o dever de proporcionalidade (e que as avaliações acerca da proporcionalidade sejam forma objetiva e imparcial) antes aprovação de medidas regulamentares pelos Estados membros estatui que: “O princípio da proporcionalidade é um dos princípios gerais do direito da União. Resulta da jurisprudência que as medidas nacionais suscetíveis de afetar, ou de tornar menos atrativo, o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo TFUE deverão preencher quatro condições, nomeadamente deverão aplicar-se de modo não discriminatório, ser justificadas por objetivos de interesse público, ser adequadas para garantir a consecução do objetivo que perseguem e limitar-se ao necessário para atingir esse objetivo”. Para mais detalhes, conferir o artigo 7º da referida diretiva.

suportados por apenas parcela dos cidadãos superam os benefícios coletivos das medidas adotadas<sup>209 210</sup>.

Dando especial relevo à *proporcionalidade em sentido estrito*, o Tribunal Constitucional português no acórdão de nº 632/2008 deixou cristalino que: “*a ideia de proporção ou proibição do excesso – que, em Estado de direito, vincula as acções de todos os poderes públicos – refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins: as acções estaduais não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem*”. Nesse sentido, objetiva-se: “*medir a relação concretamente existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar*”.

Na tentativa de traçarmos requisitos concretos para a configuração ou não da *expropriação de sacrifício*, conforme já explicitado anteriormente, acreditamos que um bom caminho é lançarmos olhar se há a possibilidade de ser repassado para o preço cobrado dos

---

<sup>209</sup> Richard Epstein assevera que: “*a extensão do princípio do impacto desproporcional à tributação e à regulamentação não seria suficiente, por si só, para eliminar todas as formas infelizes de regulamentação e tributação. Mas a regra, mesmo que subinclusiva, oferece fortes incentivos para controlar o comportamento do Estado. Dentro de limites práticos, a proibição de impacto desproporcional é projetada para garantir que ninguém será capaz de obter benefícios que excedam os custos, sem estender esses mesmos benefícios a todos os outros indivíduos que também estão sujeitos à regulamentação. A regra, portanto, ajuda a evitar a criação de uma situação em que os proponentes de um imposto ou regulamento gozam de benefícios acima dos custos, enquanto outros são obrigados a arcar com os custos que excedem os benefícios*”. EPSTEIN, Richard. “*Taxation, regulation and confiscation*”. *op. cit.* 438.

<sup>210</sup> No mesmo caminho Suzana Tavares da Silva assinala que: “*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, executivos ou ainda dos poderes reguladores, acrescentamos nós, convictos da actual “autonomia” deste quarto poder, quando se trate, efectivamente, de um poder exercido por autoridades administrativas independentes, no uso de poderes autónomos de governação económica sectorial (poderes de indrizzo), que envolvam o exercício de poderes normativos, executivos, sancionatórios e jurisdicionais – particularmente quando contendem e, sobretudo, quando restringem ou limitam direitos fundamentais*”. Segundo a referida autora, tal princípio é também aplicado naquelas “*situações em que o legislador aparece como regulador económico ou social, acabando, na prossecução dessa função, por limitar direitos fundamentais, coactar liberdades económicas ou frustrar expectativas legítimas a ganhos económicos, embora essa não seja a sua intencionalidade primária (ex. 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)*”. Para mais ver SILVA, Suzana Tavares. “*O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*”. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXVIII, Tomo I, Coimbra, 2012. pp. 639 e ss. Nesse artigo, a autora atenta aos diferentes constitucionalismos e às distintas “*culturas de interpretação*”, alerta para os diferentes resultados que a aplicação desse “*padrão universal de valoração de poderes e medidas*” pode levar.

destinatários finais a perda sofrida pelo titular do direito econômico. Há que se dar alguma alternativa para o agente econômico recuperar os investimentos financeiros anteriormente realizados. Acreditamos que a busca da realização de finalidades públicas não pode gerar o extermínio da atividade empresarial pois “*não basta que o interesse público seja relevante e preferente, e que o interesse a prosseguir seja legítimo, é necessário que ele passe um teste de racionalidade e de razoabilidade, o mesmo é dizer, pelo crivo das novas exigências em matéria de racionalidade da ação pública*”<sup>211</sup>. É certo que a propriedade privada tem que cumprir sua função social, mas por lado outro, nutrir e manter o exercício da atividade econômica é, também, meio de alcançar a realização da função coletiva dela.

Para tanto, acreditamos que se houver a possibilidade de divisão dos encargos econômicos desproporcionais que incidiram sobre o custo final da atividade econômica, à exemplo, do aumento do preço do serviço ou produto para os destinatários finais, sem que esse aumento do preço retire a competitividade do agente econômico lesado perante o mercado em que ele atua, ou seja, assegurando que o proprietário permaneça com condições de competir com seus concorrentes mesmo repassando o aumento dos custos para o valor final do seu produto, não restará configurada a *expropriação de sacrifício*. De maneira mais objetiva, a ideia que permeia esse raciocínio é saber se após atuação lesiva da entidade reguladora, restarão outros mecanismos e condições para o agente econômico dar continuidade à sua atividade empresarial, socializando, assim, os prejuízos sofridos. Em se comprovando a impossibilidade de diluição dos encargos adicionais supervenientes ou mesmo de existência de mecanismos e instrumentos compensatórios da perda, outro caminho não haverá senão aquele que reconheça a *expropriação de sacrifício* com a superveniente compensação financeira a ser custeada pela entidade reguladora. Assim sendo, “*ocorrerá a expropriação indenizável – e não mera conformação social do patrimônio – sempre que, por efeito de certo ato jurídico-político, o valor do aproveitamento privado dos bens for totalmente sacrificado à ideia do seu aproveitamento público, isto é, sempre que a medida estatal ablatória do patrimônio atingir uma intensidade tal que impeça o particular de continuar a afetar os seus bens à realização de projetos econômicos só por si escolhidos e só por si definidos*”<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Cfr. SILVA, Suzana Tavares. “*O tetralema do controlo judicial...*” *op. cit.* p. 674.

<sup>212</sup> Cfr. AMARAL, Maria Lúcia. *Responsabilidade do Estado do Estado...* *op. cit.* p. 603.



Outra situação fática que auxilia na avaliação e dosagem da anormalidade do dano para fins de depuração da *expropriação de sacrifício* é a questão temporal. Conforme já nos referimos, um dos momentos em que esse efeito maléfico da regulação mais se revela presente é justamente quando ocorre a alteração superveniente dos marcos e quadros regulatórios. Assim, quanto mais inesperada for a alteração das normas que incidem sobre determinado setor econômico, certamente, maior será o impacto negativo que os agentes econômicos terão de suportar. É que o setor produtivo necessita de um mínimo de previsibilidade em relação as normas públicas que conformarão o desempenho de suas atividades. Sob tal viés, a *expropriação de sacrifício* está intimamente relacionada com o dever de proteção da confiança e da expectativa legítima que as empresas reguladas passam a ter nas decisões tomadas pelas EAI's.<sup>213 214 215</sup>

Alterações abruptas, radicais e imediatas, sem que se possibilite tempo hábil suficiente para que o setor regulado possa se adaptar às novas determinações técnicas, geram danos ainda maiores no setor produtivo. Para tanto, urge que, no momento da avaliação da configuração da *expropriação de sacrifício*, seja verificado se a EAI responsável pela edição das normas reguladoras elaborou uma necessária “calendarização” a fim de possibilitar que

---

<sup>213</sup> Sobre o tema, por todos, conferir THOMAS, Robert. *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 41 e ss. Em especial na página 55 na qual o referido autor ressalta que: “para reivindicar uma expectativa legítima com sucesso, qualquer interferência deve ter ocorrido sem aviso, com efeito imediato e sem quaisquer medidas transitórias que um comerciante prudente poderia ter usado para evitar perdas” (tradução nossa). Ainda sobre a diferença entre expectativa legítima e princípio da proteção da confiança, bem como, os argumentos favoráveis à aplicação desses institutos conferir BARAK-EREZ, Daphne. *The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*, in *European Public Law*, Volume 11, Issue 4, 2005. Especialmente pgs. 586 e ss.

<sup>214</sup> Nesse sentido também vai o acórdão do Tribunal Constitucional nº 287 de 1990: “para julgar da existência de excesso na “onerosidade”, isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas”.

<sup>215</sup> Relativamente ao dever de proporção e previsibilidade da atuação econômica administrativa do poder público conferir STOBBER, Rolf. “*Direito Administrativo Económico Geral*”. Tradução António Francisco de Sousa. Editora Lisboa. 2008. pp. 69 a 76. Nessa passagem, o referido autor analisa o caso concreto enfrentado pelo Tribunal Constitucional alemão que decidiu sobre a inconstitucionalidade de uma lei que obrigava donos de restaurantes a contratar seguranças durante o período noturno para assegurar que seus clientes não causassem ruído excessivo.

os operadores econômicos possam ser programar e adaptar, com maior antecedência possível, dirimindo, conseqüentemente, prejuízos encarados<sup>216</sup>.

Mas o intuito do presente trabalho não se satisfaz apenas com a afirmação que há que se atentar para determinadas regulações exaradas pelas ARI's possuem efeitos expropriatórios. É mais que isso. Na verdade, buscamos sustentar que, antes da tomada de decisão visando a regulação econômica de determinado setor, a autoridade reguladora, percebendo que a implementação ou alteração de normas técnicas poderá gerar para o setor regulado a *expropriação de sacrifício*, que a mesma dê a oportunidade para os eventuais lesados se defenderem e, eventualmente, até discutirem o valor da indenização devida, dentro do procedimento a ser instaurado no bojo do processo de análise do impacto regulatório. Ou seja, deve-se conceder o direito prévio aos expropriados debaterem as medidas malélicas *ex ante*. Não há menor lógica e sentido de justiça que tais discussões sejam travadas nos tribunais e apenas após a decisão regulatória. Quanto mais se postergar a discussão acerca de eventuais medidas alternativas para amenizar o impacto financeiro negativo ocasionado pela *expropriação de sacrifício*, maior será o prejuízo enfrentado pelo agente econômico lesado<sup>217</sup>.

Essa necessária *procedimentalização prévia à tomada de decisão regulatória*, inclusive com a possibilidade de intervenção de terceiros reflexamente afetados, é o que se passa a analisar no próximo capítulo.

---

<sup>216</sup> Assim há que indagar se o regulador, quando “*tomou a decisão de mudar o regime jurídico, foram suficientemente ponderadas as legítimas expectativas dos seus destinatários quanto ao rumo previsível da disciplina – regulatória -? Podiam ou deviam os particulares contar com os efeitos patrimoniais negativos decorrentes da mudança? Mais precisamente: não deveria a mesma mudança incluir um regime especial de transição destinado a atenuar as perdas patrimoniais impostas? E não deverá tal regime ser composto por uma cláusula de compensação pecuniária, semelhante no fim de contas à junktim-Klausel das leis expropriatórias?*”. Nesse sentido ver MAURER, Hartmut. “*Enteignungsbegriff und Eigentumsgarantie*”. In FS für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München, 1990. p. 308 *apud* AMARAL, Maria Lúcia. *Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indenizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

<sup>217</sup> Isso sem levarmos em consideração que, justamente pelo fato de estarmos diante de questões altamente técnicas e específicas (razões essas, inclusive, que justificaram a criação das ARI's), pensamos que os magistrados, por mais conhecimento que possam ter acerca dos requisitos técnicos que envolvam a questão, não possuem a mesma *expertise* dos técnicos que compõem os quadros das entidades reguladoras. Desta feita, se se permitimos que as discussões acerca da *expropriação de sacrifício* possam chegar até os tribunais, ainda mais custoso e moroso se tornará o processo pois, certamente, deverão intervir peritos, técnicos e árbitros com intuito de auxiliar o magistrado na solução do caso concreto.

## **5.2) As consequências da expropriação de sacrifício e a correspondente indenização:**

Imaginemos que tenha sido reconhecida a *expropriação de sacrifício* a determinado regulado privado, com a conseqüente comprovação de *danos anormais e especiais* por ele sofrido. A questão que agora nos cerca é saber quais as opções jurídicas que restam para o setor expropriado. Prospectando uma situação na qual, após a entidade reguladora de um respectivo setor econômico ter exigido novas condicionantes técnicas tão intensas e desproporcionais que inviabilizaram ou dificultaram, sobremaneira, a continuidade da atividade empresarial de certo agente regulado, quais os instrumentos jurídicos que esse lesado possui? Melhor dizendo, identificados os sujeitos que, de maneira anormal e especial, são onerados pela decisão regulatória, baseando, dentre outros, no princípio da igualdade da repartição dos encargos públicos, quais pedidos eles podem requerer? É possível sustentar eventual direito a impugnação da decisão regulatória em si ou em razão dessa ser considerada lícita ao particular lesado cabe apenas o pleito compensatório/indenizatório? E se assim for, qual o real valor a ser considerado na quantificação da correspondente compensação? Todas essas questões trataremos de responder nesse momento.

Acreditamos que não podemos nos olvidar que estamos diante de atos, *a priori*, lícitos. A premissa há de ser, portanto, o conseqüente enquadramento dentro de medidas de perequação de danos causados por comportamentos conforme as prescrições legais. Assim, pensamos que o melhor caminho não seja pela deferência de tutelas e pleitos que sejam direcionados à declaração de nulidade da decisão da agência reguladora. A nosso ver, atingida a finalidade perquirida pela entidade administrativa como, por exemplo, a preservação do meio ambiente, a salvaguarda de patrimônios históricos culturais, da saúde ou mesmo o direito dos consumidores, há que se preservar a validade e eficácia da medida exarada, seja essa instrumentalizada através de ato ou regulamento administrativo. Não conseguimos enxergar razões e fundamentações para desfazer a decisão. A agência reguladora tem o verdadeiro poder-dever de preservar interesses socialmente relevantes e legítimos, assim, agindo dentre parâmetros legais e constitucionais, tal entidade administrativa tem um certo poder discricionário para tomar decisões sem que se possa falar em qualquer nulidade da conduta por ela perpetrada.

E por mais contraditório que possa ser o fato de se reconhecer que determinada decisão regulatória violou, dentre outros, o princípio da proporcionalidade, e negar a consequente possibilidade de impugnação da própria validade da mesma, imperioso relembrarmos que, justamente pela *expropriação de sacrifício* possuir como um de seus requisitos a *especialidade do dano*, o excesso administrativo eventualmente reconhecido será apenas para determinado ou determinados agentes econômicos. Melhor explicitando, o fato de apenas um número reduzido do setor regulado ter sido materialmente expropriado, não significa que todo o marco regulatório exarado pela EAI seja, conseqüentemente, desproporcional. O excesso e a desproporção ocorrem em razão da realidade fática e econômica enfrentada por específicos atores regulados. Nesse sentido, o fato de apenas parcela de o mercado ter sentido os efeitos maléficis da regulação econômica não significa que a totalidade da decisão administrativa esteja viciada.

Portanto, utilizando da consagrada dicotomia entre a *proteção primária e secundária* de direitos subjetivos privados<sup>218</sup>, acreditamos que no âmbito da *expropriação de sacrifício* deve ser aplicada a ideia da subsidiariedade correlata à tutela secundária, buscando tão somente a compensação pelo ônus suportados pelos regulados. Desta maneira, para o particular ofendido resta o pedido fundado em um dever público de compensação pelas perdas sofridas. A nosso ver, justamente por não restar configurada a ilegalidade/nulidade necessária para deferimento da tutela primária, não há como sustentar a erradicação da decisão regulatória eleita.

E mais, pensamos que aqueles titulares de bens com conteúdo econômico que sofrem a *expropriação de sacrifício* é quem devem produzir prova acerca da *anormalidade e especialidade* do dano sofrido. Portanto, o ônus probatório recai sobre o administrado supostamente lesado. Mais uma vez ressaltamos que o objetivo do instituto da *expropriação de sacrifício* não é alargar pura e simplesmente as hipóteses compensatórias decorrentes de atuações públicas, nem mesmo inverter o ônus probatório do dano.

---

<sup>218</sup> Cf. BRITO, M. Nogueira in *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*. Coimbra. Almedina. 2007. pp. 1021 e ss.

Na verdade, as razões que justificam a autonomia desse instituto servem justamente para que se atente ao fato de que certas regulações, a despeito de não declararem a utilidade pública de determinado bem e não haver a transferência dominial desse, trazem consequências práticas idênticas à *expropriação em sentido clássico* e, portanto, deve ser concedida a oportunidade de defesa prévia ao ofendido para discutir acerca de eventuais contornos dos ônus suportados e suas consequências práticas. Mas, tudo isso, dentro de um procedimento administrativo prévio. Evidentemente que não será toda e qualquer lesão patrimonial sofrida pelo regulado que dará ensejo à compensação. Há que restar configurado o esvaziamento do direito econômico-patrimonial que impeça ou dificulte a continuidade da atividade empresarial, com a consequente impossibilidade de diluição dos custos acrescidos, mas sempre dentro dos requisitos da *anormalidade e especialidade* do dano.

Entretanto, se restar configurado dentro do procedimento instaurado no bojo do processo da análise do impacto regulatório (cujo desenvolvimento será feito no próximo capítulo), por exemplo, que a decisão regulatória foi baseada em parâmetros e dados irreais; que a competente agência reguladora impediu a presença, no procedimento *ex ante*, de eventuais interessados ferindo o contraditório necessário; que reste configurada a captura do regulador por interesses privados ou interesses que não sejam efetivamente públicos; ou qualquer outra situação que demonstre a ilegalidade no procedimento adotado e, em razão disso, que acabe refletindo na própria legalidade da decisão exarada, acreditamos que nesses casos é possível requerer a tutela primária com o consequente pedido de invalidade da decisão regulatória<sup>219</sup>.

Mas, há que se ressaltar que tais hipóteses reveladoras de suposta ilegalidade procedimental ou material da decisão, verdadeiramente, não se encaixam nos requisitos configuradores da *expropriação de sacrifício* pois, conforme visto, a premissa para tal instituto é a atuação legal da entidade reguladora. Portanto, pensamos que, salvo

---

<sup>219</sup> E não só. Conforme visto anteriormente, pelo fato de a *expropriação de sacrifício* ter como um de seus pressupostos de validade o dever de compensar financeiramente o lesado regulado, caso essa compensação não ocorra, pensamos ser, igualmente, possível o reconhecimento da declaração de invalidade, ou conforme melhor sustenta Maria Lúcia do Amaral, a declaração de inconstitucionalidade da decisão regulatória, por violação ao artigo 62º, nº 2, da CRP pois “*em Portugal, toda e qualquer lei (entenda, decisão administrativa) que imponha tais sacrifícios e que não contenha uma cláusula conjunta de indenização é lei contrária à Constituição*”. Para mais detalhes, AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador*”. Coimbra Editora, Coimbra, 1998. p. 518.

excepcionais situações, a regra para o regulado privado que sofreu ônus *anormais e especiais* semelhantes ao de uma expropriação, em razão da regulação exarada pela ARI, resolve-se dentro da tutela secundária com a conseqüente compensação da perda patrimonial e econômica sofrida, não havendo que se falar em impugnação da decisão em si.

Assim sendo, para os fins do cálculo da indenização, quais os critérios podem ser utilizados? Essa indenização deve ser integral ou a reparação pode ser proporcional? Quais bens da empresa devem ser levados em consideração para fins de atribuição do *quantum* indenizatório? Vejamos.

Em razão dessas questões aventadas percebe-se o tamanho da complexidade que envolve a questão. O certo é: reconhecida a existência da *expropriação de sacrifício* deve-se converter essa perda patrimonial em um conseqüente valor monetário.

Analisando sob o viés do setor econômico privado, os mesmos princípios que fundamentaram o reconhecimento da *expropriação de sacrifício*, quais sejam, o Estado Democrático de Direito (art. 2º) e o da igualdade de socializar os encargos provenientes de atuação dos poderes públicos visando o interesse coletivo (dentre outros), podem ser muito bem empregados para justificar e requerer que a reparação do direito patrimonial onerado seja integralmente concedida. O próprio sentido de justiça permeia essa ideia. Já que as razões de interesse público justificaram interferências lesivas no direito de propriedade, então nada mais justo que se restaure o *status quo* dividindo as perdas entre todos os integrantes da sociedade. Portanto, sob esse viés do regulado privado atingido pela intervenção econômica excessiva por parte das ERI's, haverá sempre a intenção de indenização integral de todos os bens e direitos que compunham seu patrimônio baseando-se, para tanto, no artigo 62, nº 2, da CRP, que garante a *justa indenização* baseando-se no “valor de mercado” do patrimônio lesado.

Ocorre que, se nos atentarmos para outras circunstâncias que envolvem a situação, perceberemos que a questão não parece ser tão simplória assim. Dificuldades práticas e financeiras, dificultam, e muito, um entendimento tão amplo sobre o tema.

O primeiro entrave por nós visualizado para sustentar esse entendimento a favor da reparação integral da lesão sofrida é justamente a dificuldade de se caracterizar, precisamente, quais bens das empresas devem ser enquadrados dentro do gênero “*patrimônio*” que será a base de cálculo da reparação compensatória. Por mais que se pugne por uma interpretação baseada no artigo 62, nº 2, da CRP para os fins de apuração do *quantum* indenizatório, há que se ter em mente que tal norma da Constituição foi pensada para uma realidade que envolve, na grande maioria dos casos, bens patrimoniais imóveis. Ou seja, a indenização concedida no âmbito da expropriação clássica é mais fácil de ser atribuída o respectivo valor (por mais que na prática não existam situações tão simples assim). Basta-se pegar o valor de mercado do bem que muitas vezes já estará satisfeito o requisito da “*justa indenização*” estatuído naquele preceito constitucional.

Mas no que tange a *expropriação de sacrifício*, justamente por ser reflexo da atuação no domínio econômico, diversos outros fatores podem estar envolvidos, sendo que muitos deles de difícil ou impossível quantificação. Relembremos a situação acima exemplificada da referida empresa que não poderá mais dar sequência a sua atividade empresarial como consequência direta da *expropriação de sacrifício* sofrida. Há determinados elementos que compõem o estabelecimento profissional que são difíceis de serem depurados. Diferentemente da definição patrimonial existente na expropriação clássica, não estamos aqui diante de um conceito estático. A interpretação do patrimônio econômico empresarial dever ser feita à luz de um conceito dinâmico. Dessa maneira existem bem móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos, e, ainda, os direitos da propriedade industrial e todos os seus sinais distintivos<sup>220</sup>. Nessa toada, será que todas as mercadorias e utensílios adquiridos devem ser integralmente indenizados? Sem falar nos bens incorpóreos, à exemplo do nome empresarial, dos acessórios ao nome empresarial, será que todos esses exigem reparação integral para fins de liquidação do dano?

Acreditamos que seja pouco provável, não só pela dificuldade de se chegar a um valor real de todos os bens referidos, mas por também acreditarmos que há certos danos que

---

<sup>220</sup> Para mais detalhes ABREU, Jorge Manuel Coutinho. “*Curso de Direito Comercial*”. Vol. I. 12ª Ed. Almedina. 2019. pp. 357 e ss.

devem ser encarados como próprios do risco empresarial da atividade econômica desenvolvida. A atividade econômica está intrinsecamente associada à noção de risco. Em determinados momentos da economia a situação financeira pode estar favorável, mas nada assegura que essa mesma situação perdurará, nem mesmo por quanto tempo. Portanto, acreditamos que um bom guia para delimitação do *quantum* indenizatório perpassa, também, pela ideia de risco da atividade econômica.

Além desses motivos já citados, pensamos haver um outro de ordem prática que talvez seja mais que suficiente para negar a indenização integral dos danos decorrentes da *expropriação de sacrifício*: a viabilidade do erário público.

Conforme dito, lucros e perdas fazem parte da atividade econômica. Não há interpretação constitucional plausível que infira que o poder público deva ser segurador universal de todas as perdas. A arrecadação pública não comporta arcar com todas as perdas sociais. Já são inúmeros os compromissos econômicos que entidades públicas devem cumprir. Sendo bastante racional, todos os direitos e benefícios, invariavelmente, geram custos. Imaginemos que um proprietário economicamente muito bem sucedido tenha reconhecidamente sofrido *expropriação de sacrifício* de alto valor na sua atividade econômica. Imagine o custo que não seria para a entidade reguladora independente caso essa fosse compelida a arcar com todos os ônus impostos à certo regulado privado? Isso sem se falar em casos que o reconhecimento de *expropriação de sacrifício* não resta limitada à apenas uma empresa regulada do respectivo setor.

Com tudo isso, mostra-se que se a *expropriação de sacrifício*, por mais que suas razões justificantes sejam justas e legítimas, não for utilizada dentro de padrões proporcionais levando-se em consideração todas as circunstâncias fáticas e econômicas existentes nas situações concretas, correrá sérios riscos de, a pretexto de salvaguardar direitos de determinados cidadãos lesados, arruinar a própria saúde econômica dos poderes públicos, bem como, inviabilizar a continuidade da atividade da entidade reguladora e, em razão disso, arruinar o próprio interesse público que justificou a adoção de medidas reveladoras da *expropriação de sacrifício*.



Nessa perspectiva, acreditamos que, para fins atribuição de critérios para o cálculo do montante indenizatório da *expropriação de sacrifício*, os parâmetros constitucionais a serem invocados devem ser os artigos 62º, nº 2 e 83º da CRP. Desta feita, o citado artigo 62, nº 2, da CRP funcionaria como uma “*cláusula geral*” de fixação de critérios para fins de delimitação de indenização<sup>221</sup>, sendo o artigo 83º, que abarca justamente situações atinentes às exigências constitucionais dos *meios e formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção*, autorizaria eventuais questões específicas que possam surgir em razão das particularidades encontradas no caso concreto.

Portanto, pensamos que há “*alguma discricionariedade na definição de critérios de indenização, podendo inclusivamente estabelecer critérios diferentes, de acordo com o tipo e o montante dos bens desapropriados, mas não pode deixar de haver uma indenização razoável ou aceitável, que não pode ser irrisória ou manifestamente exígua nem desproporcionada em relação ao valor dos bens desapropriados*”<sup>222</sup>. Ou seja, a quantidade econômica a ser compensada deve transitar entre um patamar mínimo de justiça e a vedação da reparação integral de todo e qualquer ônus sofrido. Mas o fato é que não se pode deixar de conferir uma indenização aceitável e razoável condizentes com as peculiaridades existentes caso a caso.

Outro ponto relevante relacionado à indenização diz respeito ao momento do pagamento. Conforme já exaustivamente explanado, a indenização deve ser um elemento integrante da própria conduta lesante, ou seja, o reconhecimento do direito à indenização passa a ser pressuposto de validade da regulação econômica exercida pelas ARI's. Portanto, acreditamos, nesse ponto, que a indenização deva guardar certa correlação temporal mínima necessária. Postergar desarrazoadamente o pagamento não perfaz o requisito da “*justa indenização*”<sup>223</sup>. Justamente nesse sentido já decidiu o Tribunal Constitucional ao afirmar que a quantia deve ser “*entregue ao expropriado pelo menos contemporaneamente ou imediatamente após a produção dos efeitos privativo e apropriativo que, em regra, andam*

---

<sup>221</sup> Nesse sentido, por todos CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra. Vol. I. 4ª Ed. p. 996.

<sup>222</sup> *Idem*.

<sup>223</sup> Esse também é o entendimento de boa parte da doutrina. Por todos: AMORIM, João Pacheco. “*Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção*”. In *Boletim de Ciências Econômicas*, Volume LVII, Tomo I. Coimbra. 2014. p. 263 e 264.

*associados ao ato expropriativo, sendo, por isso, inconstitucionais as normas que estabeleçam, sem o acordo do expropriado, o pagamento da quantia pecuniária em várias prestações, durante um período mais ou menos longo, ainda que as prestações vençam juros”.*<sup>224</sup>

---

<sup>224</sup> Acórdão nº 263/98, de 5 de março.

**6) O dever de verificação da expropriação de sacrifício no bojo da análise de impacto regulatório e a intervenção de terceiros reflexamente onerados pela regulação econômica:**

**6.1) Introdução:**

Conforme já fora analisado nos capítulos anteriores, o mote central do estudo por nós aqui desenvolvido é justamente a regulação estatal entendida como a intervenção dos poderes públicos na economia. Mas não é toda e qualquer intervenção estatal no setor econômico. Esse sentido amplo intervencionista abarca diversas vertentes<sup>225</sup>, inclusive, aquela em que o próprio poder público acumula as responsabilidades de emitir as regras do jogo e atuar como agente econômico prestando diretamente a atividade econômica (p.ex. criação e atuação das empresas públicas).

Ao longo do caminho aqui por nós traçado, não nos interessou qualquer atuação do poder público como definidor de regras a serem observadas por agentes privados econômicos. Nossa atenção prendeu-se aos casos em que as EAI, enquanto fruto de decisão político-legislativa, passaram a ganhar maior notoriedade, competências e poderes para tomarem decisões que refletirão, direta e indiretamente, sobre os consumidores, mas, sobretudo, nos operadores econômicos regulados privados.

Desta maneira, as agências reguladoras ao editarem, implementarem e fiscalizarem normas que definem conceitos e estabelecem regras, padrões de qualidade, quantidade, preço ou tantas outras variáveis econômicas, acabam, muitas vezes, de maneira imediata, gerando efeitos deletérios à direitos econômicos-patrimoniais, bem como, à liberdade econômica e de iniciativa de agentes privados. Ou seja, a despeito das agências estarem imbuídas da realização de interesses socialmente relevantes, como a garantia e efetividade de direitos fundamentais, a correção da falhas do mercado, a proteção de direitos dos consumidores, entre outros, há situações que as mesmas acabam por onerar de maneira, especial e anormal, apenas certos grupos de cidadãos prestadores de atividades econômicas que, por isso mesmo,

---

<sup>225</sup> MOREIRA, Vital. *Autorregulação profissional e Administração Pública*. Coimbra. Almedina. 1997. 35.

acabam contribuindo, de maneira mais intensa, com a realização do interesse público. Ferindo, assim, dentre outros, o princípio da igualdade da repartição dos encargos públicos.

Esses efeitos deletérios da decisão lícita tomada pelas agências reguladoras foram enquadrados como *expropriação de sacrifício*. Conforme já salientado, são situações com efeitos práticos idênticos à expropriação em sentido tradicional. Assim, o particular proprietário do direito econômico-patrimonial vê as faculdades econômicas do seu bem serem, parcial ou totalmente, aniquiladas em razão de atuação de entidades públicas. Entretanto, diferentemente da expropriação em sentido tradicional em que a própria CRP define como pressuposto de validade da medida a prévia declaração de utilidade pública e o consequente pagamento da compensação pela perda patrimonial sofrida, a *expropriação de sacrifício* cometida pelas EAI não é precedida de tais determinações constitucionais. Desta feita, apesar de sentir os mesmos efeitos práticos de uma verdadeira expropriação, o setor regulado diretamente afetado pela regulação maléfica, se já não bastasse esse ônus desproporcional sofrido, ainda se vê obrigado a ingressar com consequente demanda judicial para ter eventual direito compensatório concedido pelos Tribunais. A lógica da justiça é invertida. Obriga, assim, o ofendido a ser um futuro autor de ação condenatória<sup>226</sup>.

Esse atual procedimento legal para o pleito compensatório, para nós, não nos parece ser o mais justo, eficiente e efetivo. Acreditamos que todas essas questões devam ser anteriormente debatidas e enfrentadas dentro de um prévio procedimento administrativo a ser instaurado pela própria agência reguladora responsável pela tomada de decisão. Permitindo, inclusive, a busca por soluções alternativas para minimizar os prejuízos ocasionados pela decisão regulatória a ser implementada. E mais, ainda dentro desse *iter* administrativo prévio, se assim restar comprovado, poderá haver a anterior declaração formal de utilidade pública do bem desproporcionalmente onerado (conforme as determinações do artigo 62º, nº 2, da CRP); poderá ser reconhecido o direito compensatório em razão do dano sofrido e, ainda dentro desse mesmo procedimento administrativo, poderá ser reconhecida a intervenção de terceiros, mesmo que apenas reflexamente atingidos,

---

<sup>226</sup> Acreditamos que esse inconveniente não reflete apenas nos interesses dos proprietários que sofrem a *expropriação de sacrifício*. Sob a perspectiva do próprio poder público, a posterior demanda nos tribunais traz diversos prejuízos e ineficiências, vez que, além de possibilitar que diversas lides surjam e carreguem sobremaneira as atividades dos Tribunais, o processo expropriatório revela-se muito custoso, pois há despesas com custas processuais, com peritos e tantos outros encargos decorrentes.

visando atingir a melhor qualidade possível com a regulação econômica a ser implementada pela agência, assegurando, assim, um caráter mais democrático às decisões tomadas por tais entidades, bem como, efetivando contraditório de todos aqueles que sofrerão com a intervenção do poder público na economia<sup>227</sup>.

Nesse sentido, pensamos que o momento ideal indicado para tratar de todas essas questões relativas aos efeitos negativos da regulação é dentro da análise de impacto regulatório isso porque, conforme já referimos, entendemos que a própria a *expropriação de sacrifício* é fruto de uma falha do processo regulatório. Vejamos<sup>228</sup>.

## **6.2) A análise do impacto regulatório (AIR)**<sup>229</sup>:

Muito embora a AIR não seja tema essencial do nosso corrente estudo, necessário trazermos à colação seus principais contornos e objetivos, justamente por acreditarmos que todas as questões concernentes à *expropriação de sacrifício* podem e devem ser resolvidas no bojo desse procedimento.

Com a implementação e consolidação do Estado Regulador, com o tempo, percebeu-se que os sentidos e objetivos da regulação pública foram sendo alterados. No princípio, houve muitos debates com intensas fundamentações ideológicas e políticas. O enfoque principal girava entorno da dicotomia existente entre aqueles que eram a favor de

---

<sup>227</sup> Estamos plenamente de acordo com o pensamento que “*competirá ao legislador ordinário concretizar os níveis de participação que a Constituição deixou sem determinar. Ainda que a forma e o conteúdo de participação possam depender dos poderes organizados existentes, sempre se tem de prever um mínimo de participação. Padecem assim de inconstitucionalidade aquelas normas que, aos estruturar os organismos públicos ou estabelecer regimes diretamente ligados às atividades econômicas, sociais, culturais e ambientais, não introduzem elementos de democracia participativa, afastem alguma categoria social relevante ou limitem a sua intervenção a questões marginais*”. Para mais detalhes ver VAZ, Manuel Afonso e FONTAINE, Manuel in *Constituição Portuguesa Anotada – Jorge Miranda e Rui Medeiros*. Vol. II, Universidade Católica. 2018. p. 21.

<sup>228</sup> Esse também é o entendimento de FREITAS, Rafael Vêras. “*Expropriações Regulatórias*”. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016. pp. 166 a 176.

<sup>229</sup> Para mais detalhes ver: RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA – OCDE- 2012. Especialmente pp. 10 e 11. Retirado da Internet. (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>). Último acesso em 21/05/2020.

uma maior abstenção do Poder Público das tarefas que antes lhe eram confiadas e, de outro lado, aqueles que defendiam uma presença mais intensa do Estado como executor de atividades e serviços. Portanto, acima de qualquer outra questão, o embate ficava preso à necessidade e intensidade da regulação. Argumentos favoráveis a uma regulação leve ou mais forte, assim como, as discussões acerca da competência subjetiva para a tomada final de decisão, variavam conforme os anseios e concepções ideológicas. Igualmente, a depender da natureza e do caráter da atividade desempenhada, ou seja, se estivéssemos diante de atividades “*mais públicas*” ou “*mais privadas*”, também iria refletir na amplitude regulatória, ou seja, mais ou menos, intensa<sup>230</sup>.

Por sorte, com o passar do tempo, os debates acerca da regulação passam, também, a ser encarados sob um outro aspecto: *o da qualidade da regulação*<sup>231</sup>. Buscam-se métodos, estudos, dados científicos, participação social para que se possa planejar melhor qual melhor tipo e qual será densidade que a regulação sobre específica área econômica irá possuir<sup>232</sup>. Tudo isso para que se possa definir melhor os objetivos e assegurar resultados eficientes. Nos dizeres da OCDE “*legislar melhor é agora reconhecido como uma parte importante da governança pública eficaz e está incorporado na agenda política. A necessidade de legislar melhor é agora cada vez mais reconhecida e apoiada, não apenas dentro de grande parte da Administração, mas também fora (empresas, sindicatos, cidadãos). As reformas nessa área parecem não mais depender da política do momento. Foi criado um ímpeto para a*

---

<sup>230</sup> Especificamente com relação à criação das EAI, os estudos pioneiros prendiam-se basicamente ao déficit democrático, aos limites do poder normativo, bem como, a tentativa de definição da natureza jurídica delas. Acreditamos que apesar desses serem temas de alta relevância, já foram suficientemente abordados, portanto, tão importante quanto essas questões, é a necessidade de buscarmos padrões e métodos que exijam que a regulação exercida por tais entidades seja de qualidade, eficiente e que reverbere uma atividade gerencial baseada em resultados. Ressaltando justamente esses objetivos, além de destacar que o “*novo direito administrativo*” exige procedimentos mais complexos, inclusive com maior participação informada dos interessados para a formação da decisão: SILVA, Suzana Tavares. “*La regulación económica*”. *op. cit.* p. 328 a 331.

<sup>231</sup> Nesse sentido conferir, por todos, ver: WEATHERILL, Stephen. “*The challenge of better regulation*”. Better regulation. Oxford: Hart Publishing, 2007. pp. 1 a 17.

<sup>232</sup> Tais ideais fazem parte do conceito de *smart regulation*. Segundo Suzana Tavares: “*a smart regulation é um modelo de regulação inteligente através do qual se procura dar resposta aos desafios econômicos e sociais, neutralizando não apenas as falhas do mercado (ineficiências), mas prevenindo igualmente as falhas da regulação... as propostas da smart regulation assentam fundamentalmente sobre princípios de governança regulatória, ou seja, na substituição dos poderes de autoridades por soluções dialógicas*”. SILVA, Suzana Tavares. “*Direito da Energia*”. Coimbra Editora. 2011. p. 180.

*reforma e existe um clima de confiança, bem como uma expectativa por parte das empresas e da sociedade de que o governo está levando as reformas a sério”.*<sup>233</sup>

E não é somente isso. Dentro da AIR passou-se a projetar até mesmo se em determinadas atividades econômicas será necessária a regulação exarada diretamente pelos poderes públicos, ou se será útil e possível a adoção de meios alternativos à hetero regulação promovida por autoridades públicas, como por exemplo, a concessão de subsídios ou a autorregulação pelos próprios privados<sup>234</sup>.

Por tudo isso, de maneira mais objetiva possível, a AIR deve ser entendida tanto como uma ferramenta, quanto um processo *ex ante* cujo objetivo é atentar-se sobre os efeitos atuais e futuros que a regulação irá ocasionar<sup>235</sup>. A AIR deve se preocupar com a adoção de práticas proporcionais à importância da regulação, devendo conter a análise do custo benefício que a regulação irá proporcionar, considerando impactos sociais, econômicos, ambientais<sup>236</sup>. A AIR é um instrumento para auxiliar os tomadores de decisão possuindo, em geral, os seguintes elementos: “*título da proposta, o objetivo e efeito pretendido da política regulatória, uma avaliação do problema da política, consideração de opções alternativas,*

---

<sup>233</sup> Para mais detalhes, conferir as recomendações e análises feitas pela OCDE da regulação exercida em Portugal: “*BETTER REGULATION IN EUROPE: PORTUGAL – OECD – 2010*” – Retirado da internet. (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44830153.pdf>). Último acesso em 26/05/2020.

<sup>234</sup> Para uma leitura crítica e utilitarista da AIR ver: MENDONÇA, José Vicente Santos. “*Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras*”. Artigo retirado da internet. (<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>). Último acesso em 01.09.2020.

<sup>235</sup> No âmbito da União Europeia a análise de impacto é reconhecida como uma ferramenta, entre outras, para uma melhor regulação. Para mais detalhes acerca da “*caixa de ferramentas*” apresentada pela Comissão para exercer uma melhor regulação ver: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf). 2017. Artigo retirado da internet. Último acesso em 09/08.2020. Especialmente pp. 41 a 120.

<sup>236</sup> Conforme o entendimento da OCDE, a Análise de Impacto (AI), sinônimo da AIR, tem por objetivo “*melhorar a base empírica da regulação através de uma avaliação ex ante (prospectiva) do impacto da nova regulação é uma das mais importantes ferramentas regulatórias disponíveis para os governos. Seu objetivo é melhorar a elaboração de regulações auxiliando as autoridades a identificar e considerar as opções regulatórias mais eficientes e efetivas, incluindo as alternativas não regulatórias, antes de ser tomada uma decisão. Um método de fazer isso é através da análise empírica dos custos e benefícios da regulação e dos meios alternativos para se alcançar os objetivos da política, identificando a abordagem que provavelmente produzirá o maior benefício líquido para a sociedade*” in RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA – OCDE- 2012. p. 25. Retirado da Internet. (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>). Último acesso em 21/05/2020.

*avaliação de toda a distribuição de seus impactos, resultados de consulta pública, estratégias de conformidade e processos de monitoramento e avaliação*<sup>237</sup>.

Baseada, dentre outros, nos princípios da eficiência, do pragmatismo, da análise econômica do direito, do pluralismo jurídico, da visão sistêmica do direito e da legitimidade democrática, a AIR não possui uma metodologia uniforme ou mesmo que esteja imune à eventuais falhas na definição de qual a melhor decisão a ser tomada no caso concreto. Cite-se, como exemplo, a possibilidade de adoção de diferentes critérios, como a avaliação dos impactos da regulação através da análise do custo-benefício (ACB) ou análise do custo-efetividade (ACE)<sup>238</sup>. Sendo que “*a análise de custo-efetividade é uma técnica que relaciona os custos de um programa a seus principais resultados ou benefícios. A análise de custo-benefício leva esse processo um passo adiante, tentando comparar os custos com o valor em dólares de todos (ou a maioria) dos muitos benefícios de um programa. Essas análises aparentemente diretas podem ser aplicadas a qualquer momento antes, depois ou durante a implementação de um programa e podem ajudar muito os tomadores de decisão na avaliação da eficiência de um programa*”<sup>239</sup>.

Contudo, o que precisa restar claro, no presente momento, é que o objetivo primordial da AIR é tentar antever ao máximo, através de dados empíricos, todas as possíveis consequências, positivas e negativas, que a decisão sobre determinado setor econômico irá acarretar. A intenção é atingir e antever o maior benefício líquido para a sociedade. Evitando, assim, a velha máxima de regular primeiro para depois apurar as consequências<sup>240</sup>.

No entanto, um dos pontos centrais dessa análise *ex ante* à tomada de decisão é justamente a necessidade de observar os impactos negativos que a medida regulatória irá

---

<sup>237</sup> Cfr. “*Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*”. OCDE. Artigo retirado da internet (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>). Último acesso em 02/09/2020.

<sup>238</sup> Para mais detalhes conferir: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Método. 5ª Ed. 2017. pp. 540 a 544.

<sup>239</sup> Cfr. CELLINI, Stephanie Riegg e KEE, James Edwin. “*Cost-effectiveness and cost-benefit analysis*”. Artigo retirado da internet. ([https://www.academia.edu/13784513/w\\_CHAPTER\\_TWENTY\\_ONE\\_COST\\_EFFECTIVENESS\\_AND\\_COST\\_BENEFIT\\_ANALYSIS](https://www.academia.edu/13784513/w_CHAPTER_TWENTY_ONE_COST_EFFECTIVENESS_AND_COST_BENEFIT_ANALYSIS)). Último acesso 28/08/2020.

<sup>240</sup> Para mais detalhes ver: ELLIG, Jerry. “*Why and How independent Agencies Should Conduct Regulatory Impact Analysis*”. In *Cornell Journal of Law and Public Policy*. Vol. 28. Issue 1. 2018.



desencadear para todos aqueles que fazem parte da relação. Sejam as empresas, os reguladores ou mesmo os consumidores. Tais custos regulatórios envolvem tanto os *diretos* (despesas administrativas, financeira e de capital) quanto *indiretos* (chamados de custos de oportunidade). Ressalte-se que, mesmo nos casos em que tais custos sejam difíceis ou mesmo impossíveis de prever, como por exemplo, medidas distributivas e equitativas, a AIR deve trazer as descrições qualitativas e detalhadas desses impactos. Todo esse dever imposto pela AIR deve, ao fim e ao cabo, procurar maximizar os ganhos e diminuir as perdas. As autoridades assumem um verdadeiro compromisso de encontrar mecanismos alternativos que limitem, diminuam ou compensem os efeitos adversos de suas decisões.

Justamente em razão da necessidade da AIR antever os resultados da regulação, acreditamos que os efeitos da *expropriação de sacrifício* devem ser debatidos e analisados no bojo dessa análise de impacto antecedente, inclusive, pensamos que não somente a correspondente indenização pelo eventual ônus sofrido deva ser vista como pressuposto de validade da medida regulatória, mas, também, a necessidade da prévia implementação do procedimento administrativo para fins de depuração da *expropriação de sacrifício* também deve ser encarada como requisito de validade da regulação econômica exarada pela ARI. Assim, caso esses dois requisitos de validade não sejam observados pela autoridade reguladora, o vício intencional no próprio procedimento que desencadeou a regulação restará comprovado. O que, por via consequencial, poderá fundamentar o eventual pedido de nulidade da regulação econômica estabelecida.

É sabido que atividades administrativas devem estar baseadas em resultados eficientes, em contenções de despesas e, sobretudo, na defesa material de direitos constitucionais dos regulados e dos cidadãos. Portanto, não faz o menor sentido reconhecer eventual efeitos expropriatórios à agentes econômicos regulados provenientes da falha da regulação, mas não conferir, dentro do processo da AIR, a consequente compensação pelo dano gerado. Exigir de um agente econômico que, sabidamente, sofreu os efeitos perversos da regulação feita por entidades públicas tenha que ir, posteriormente, à Tribunal para somente então ter seu prejuízo compensado, não é justo, não é eficiente e muito menos revela um bom desempenho da função administrativa.

Nessa toada, conforme temos sustentado, todas essas questões devem ser dirimidas e concluídas no processo administrativo antecessor à tomada de decisão regulatória. A declaração de configuração de *expropriação de sacrifício* sobre determinado bem econômico-patrimonial de certos regulados, bem como, a correspondente declaração de utilidade pública sobre tais bens e o consequente pagamento da compensação devida, devem, obrigatoriamente, estar presentes dentro da AIR. Se assim não for, pensamos que os próprios objetivos e finalidades do processo prévio à tomada de decisão regulatória estarão viciados.

E mais, conforme será visto nas próximas linhas, a intervenção de terceiros que reflexamente sofrem *expropriações de sacrifícios*, também deve ser encarada como pressuposto de validade da decisão regulatória. Há que se possibilitar a participação de todos os onerados dentro do procedimento da *expropriação de sacrifício* realizado no bojo da AIR, possibilitando, além da defesa de seus interesses econômicos-patrimoniais, apresentar opiniões e dados técnicos visando o incremento da qualidade da regulação. Como já fora salientado, um dos principais objetivos da AIR é possibilitar a presença de todos os interessados no resultado da regulação pública para que se possa construir uma decisão mais qualificada, mais embasada em opiniões e estudos antagônicos, fazendo com que se possa atingir uma regulação mais democrática e mais atenta à realidade de todos aqueles que compõem o corpo social<sup>241 242</sup>.

---

<sup>241</sup> Essa também é mais uma recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança da OCDE ao asseverar que: “os Governos devem cooperar com as partes interessadas na revisão das regulações existentes e no desenvolvimento de novas regulações por meio de envolvimento ativo de todas as partes interessadas durante o processo regulatório e constituição de processos de consulta para maximizar a qualidade e a efetividade das informações recebidas”. Devendo, para tanto, “respeitar os princípios de um governo aberto, incluindo transparência e participação no processo regulatório para garantir que a regulação sirva ao interesse público e para que seja informado das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulação”. In RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA – OCDE- 2012. p. 8. Retirado da Internet.(<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>). Último acesso em 21/05/2020.

<sup>242</sup> Para uma abordagem mais detalhada acerca das etapas da ARI, bem como, da necessária intervenção dos interessados no resultado da regulação visando uma atuação de maior qualidade ver MORENO, Natália de Almeida. “Análise de Impacto Regulatório: que percurso adotar?”. In Revista dos Tribunais, vol. 951. São Paulo. Janeiro de 2015. pp. 19-55.

### **6.3) A intervenção de terceiros no procedimento regulatório reflexamente onerados pela decisão regulatória:**

Ao longo da evolução sofrida pelo direito administrativo é perceptível as alterações sofridas nas premissas ideológicas e principiológicas desse ramo do Direito. Em relação à Administração pública oitocentista, baseada em atos administrativos unilaterais, na valoração de atos imperativos consubstanciados na supremacia do interesse público, só havia espaço para a aplicação pura e simples do princípio da legalidade. A vinculação do administrador público aos ditames legais era o que interessava, pouca ou quase nenhuma importância era dada para o caminho percorrido pelo agente público para exarar a decisão final. A relação era claramente vertical. A administração impunha de ofício a aplicação da lei ao administrado<sup>243</sup>.

Contudo, especialmente após a segunda grande guerra, com a conseqüente introdução do indivíduo no epicentro dos ordenamentos jurídicos e a consagração de direitos fundamentais nas Constituições de países democráticos, as alterações axiológicas e interpretativas da atividade administrativa foram ocorrendo. Um dos principais pontos que sofreu alteração foi justamente o princípio da legalidade enquanto mera vinculação à lei em sentido estrito. Por lado outro, com o tempo e com a necessária interpretação de regras e princípios à luz dos preceitos constitucionais, dos imperativos do Estado de Direito e do Estado democrático, aos cidadãos foi cada vez mais permitido espaço de atuação na atuação administrativa<sup>244</sup>.

Nessa toada, o ato administrativo enquanto mera reprodução literal dos dispositivos legais perdeu centralidade. Ganhou relevância o processo administrativo pois a atenção foi prendendo-se ao caminho percorrido pelo administrador público para a produção da decisão final. Assim, a necessária participação do administrado na atividade pública ganhou

---

<sup>243</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “*Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro*”. In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 1, n° 3, out/dez. 2003. Retirado da internet (<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>). Último acesso 26/05/2020.

<sup>244</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “*Principios de Derecho Administrativo General*”. Vol. II. Iustel. 3ª Ed. 2015. pp. 25 a 30.

notoriedade<sup>245</sup>. Relaciona-se a isso os ideais de uma administração pública mais dialógica, cooperada e coordenada com os cidadãos, permeada pela interação e pelo contraditório<sup>246</sup>. Desta feita, *“a participação no procedimento é, portanto, de acordo com essa orientação, vista a partir da perspectiva da organização administrativa, enquanto mecanismo institucionalizado de colaboração dos particulares e das autoridades públicas para a produção de decisões administrativas. Daí que a intervenção do particular no procedimento seja analisada não como meio de defesa das suas posições subjetivas perante a administração, mas como um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado desta cooperação. Aquilo que se valoriza não é tanto a oportunidade do particular se defender preventivamente da Administração, mas a importância dos novos fatos e interesses que ele pode vir a trazer ao procedimento, concebendo-se o particular como um participante ativo da realização da função administrativa. Mais do que um instrumento de proteção acrescida do particular perante as autoridades administrativas, o procedimento é o perfil dinâmico das organizações.”*<sup>247</sup>.

Talvez aqui possamos retirar, para os fins pretendidos pelo presente estudo, as principais consequências dessa virada conceitual acerca da dialeticidade e maior permeabilidade dos interesses dos administrados dentro da procedimentalização administrativa: (i) a possibilidade concedida aos cidadãos de irem controlando, ao longo do procedimento, a tomada de decisão dos poderes públicos antes mesmo delas se concretizarem e a passarem a ter efeitos práticos; (ii) a decisão exarada não se baseará apenas em dados e elementos definidos anteriormente nas premissas legais, o diálogo aberto ao longo de todo o percurso obrigará a Administração Pública a adotar escolhas sob um olhar prospectivo, fundamentando-as, buscando alternativas e sobretudo avaliando os impactos

---

<sup>245</sup> Vital Moreira, citando o professor G. Haverkate, elucidou o processo de transformação pelo qual a Administração pública vem passando ao longo das últimas décadas: *“Em vez da hierarquia, da tutela estadual e da separação entre a administração e as forças sociais parecem valer agora as noções contrárias: cooperação, pluralização do “sistema administrativo global”, participação das forças sociais. Em vez de “unidade da administração”, “diversificação da administração” ou “pluralização da administração”. E mais. “O clássico modelo unitário da administração – hierarquia, tutela estadual, separação entre o aparelho administrativo e as forças sociais – revela-se inadequado para apreender, sequer de forma aproximada, a realidade da administração contemporânea (...). A administração é hoje, em largos setores, constituída de forma realmente “pluralista” ... os interesses organizados forçam a sua entrada na Administração, sendo o próprio legislador obrigado a inseri-los nela...”*. Para mais conferir: Moreira, Vital. *“A administração autónoma e associações públicas”*. Coimbra Editora. 1997. pp. 23 e 24.

<sup>246</sup> Cfr. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *“Em busca do acto administrativo perdido”*. Coimbra. Almedina, 1996. pp. 301 e ss.

<sup>247</sup> Cfr. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *“Em busca do acto...” op. cit.* pp. 306.

das mesmas; (iii) permitirá um maior controle sobre os poderes públicos e, sob determinado aspecto, reduzirá a discricionariedade administrativa<sup>248</sup>.

Justamente em razão de último ponto levantado, discordamos daqueles que pensam que a criação, juntamente com a concessão de amplos poderes às ARI, careceria de legitimidade democrática e que haveria um potencial risco em razão da discricionariedade técnica a elas conferida. Em termos práticos, tais entidades reguladoras funcionam como verdadeiros “*edifícios transparentes, com uma atividade pluri-vinculada, pluri-responsável e altamente controladas*”<sup>249</sup>. Seja através dos princípios da participação, da colaboração e até mesmo da informatização, a aproximação da atividade administrativa nunca esteve tão próxima dos cidadãos. O diálogo entre as partes é intenso, construiu-se um verdadeiro dever do poder público em conceder canais comunicativos com os setores da sociedade, o que, ao fim e ao cabo, obrigam essas mesmas entidades públicas a refutar, individualmente, todos os dados e argumentações caso não coadune com as razões dos administrados<sup>250</sup>.

Nessa toada, acreditamos que tudo o que vem sendo explicitado, deve ser integralmente aplicado aos preceitos e consequências práticas da *expropriação de sacrifício* nos contornos por nós aqui referenciado. Por mais que as decisões das agências reguladoras possam ser instrumentalizadas através de atos ou regulamentos administrativos, o gênero ao qual nos apegamos, qual seja, “*tomada de decisão regulatória*”, assemelha-se ao que outrora

---

<sup>248</sup> Cfr. DE FREITAS, Rafael Vêras. “*Expropriações regulatórias...*” *op. cit.* pp. 154 a 159.

<sup>249</sup> Cfr. SILVA, Suzana Tavares. “*Um novo direito administrativo?*”. Coimbra. 2010. pp. 92 e 93.

<sup>250</sup> Na verdade, acreditamos que essa permeabilidade conferida aos particulares de participarem do processo de tomada de decisão administrativa, especialmente aquelas de natureza econômica, antes de ser uma mera possibilidade, deve ser encarada como verdadeiro direito subjetivo do administrado. É que conforme fora visto no segundo capítulo do presente trabalho, entendemos que tal direito é extraído diretamente do princípio da participação e planejamento democrático do desenvolvimento econômico elencado no art. N° 80º, *alíneas “e” e “g”* da CRP. Segundo Afonso Vaz, o princípio democrático, na sua vertente democracia participativa, impõe a participação dos governados na organização e procedimento da Administração Econômica (VAZ, Manuel Afonso. “*Direito Econômico*”. 3ª Ed., Coimbra, 1994, pp. 132 a 134). Ainda nesse aspecto, João Pacheco Amorim elucida que “*democracia participativa complementa a democracia representativa, suprimindo a tendência dos sistemas parlamentares para o excessivo distanciamento entre governantes e governados. A participação dos administrados na organização e procedimento da administração procura assim corrigir esta deficiência das democracias modernas, assumindo uma especial importância na específica vertente da legitimação decisória da intervenção dos poderes públicos na economia*”. AMORIM, João Pacheco. *A Constituição Econômica Portuguesa – Enquadramento Dogmático e Princípios Fundamentais*. p. 20. (Artigo retirado da Internet – [www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf](http://www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf). Último acesso em 29/06/2020).

foi denominado de “*relações jurídicas multipolares*”<sup>251</sup>, que acabam por materializar um programa relativamente abrangente, que se configuram na avaliação de riscos apelativos de conhecimentos técnicos-científicos, que indicam a pluralização e a interpretação de interesses públicos e privados e que, em razão disso, devem retirar sua legitimidade da intervenção dos interessados do ato procedimental praticado pela Administração<sup>252</sup>.

Por tudo isso que fora exposto, acreditamos haver verdadeiro direito público subjetivo de participação dos lesados no processo administrativo prévio que será desencadeado pela entidade reguladora que exarará decisão regulatória com efeitos de *expropriação de sacrifício*<sup>253</sup>. Direito esse a ser conferido não somente àqueles diretamente afetados pela decisão, mas, igualmente, aqueles reflexamente afetados<sup>254</sup>.

Na realidade, a CRP em seu artigo 267º, nº 1, já antecipa e reforça a necessidade de aproximar as atividades e decisões administrativas dos cidadãos. Seja através da participação direta dos interessados, seja por intermediação de associações públicas, entidades civis e mesmo associação de moradores. Nesse sentido, igualmente é perceptível o reforço do princípio da democracia participativa no âmbito da União Europeia, especialmente entres os

---

<sup>251</sup> Nesse sentido, conferir MARQUES, Francisco Paes. “*As relações jurídicas administrativas multipolares*”. Coimbra. Almedina. 2011 e FREITAS, Rafael Vêras. “*Expropriações Regulatórias*”. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016. pp. 154 a 159.

<sup>252</sup> Conforme lições de CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*”. Revista de Urbanismo e do Meio Ambiente. Coimbra, nº 1, 1994. pp. 55 a 66.

<sup>253</sup> Trata-se, a nosso ver, da aplicação prática princípio da participação do cidadão na disciplina da economia. Essa necessária concertação é destacada por Luís Cabral de Moncada ao asseverar que “*o acesso dos interesses representados ao âmbito da decisão econômica estatal é assim uma característica estrutural da ordem econômica constitucional. É um meio de aprofundar a democracia participativa, que o art. 2º da CRP considera a critério do Estado de Direito Democrático. A participação do cidadão não se resume à vida política, alargando-se à vida econômica e social e sendo os seus agentes convocados a intervir na qualidade de trabalhadores e empresários... a referida participação não tem alcance meramente consultivo. Vai mais longe. Pressupõe um acesso institucionalizado, no seio de órgãos próprios de natureza permanente, ao procedimento conducente à decisão final e visa dar oportunidade aos seus destinatários de se pronunciarem antes dela e inclusivamente de a influenciarem. Por seu intermédio, os grupos de interesses participam na regulação da economia*”. In MONCADA, Luís Cabra. “*Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação – uma perspectiva luso-brasileira*”. Almedina. 2012. p. 71.

<sup>254</sup> Indo um pouco mais além Vasco Manuel afirma que: “*esses particulares, afectados pela actuação administrativa, a quem são reconhecidos direitos subjectivos, não são “terceiros” em face de uma de uma relação jurídica estabelecida entre outros privados e a Administração, mas são “partes”, ou “sujeitos”, de uma “relação multilateral”, que se considera existir, e que abrange as autoridades administrativas, os privados que são destinatários da actuação administrativa, assim como aqueles que são por ela afectados*”. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. “*Em busca do acto administrativo perdido*”. Coimbra. Almedina, 1996. p 234.

artigos 9º e 12º do Tratado de Lisboa. Ali é expressamente referenciada a necessidade de as decisões serem mais abertas e próximas dos cidadãos, devendo, inclusive, ocorrer intervenções das associações representativas da sociedade civil<sup>255</sup>.

Pois bem. No ordenamento jurídico português, nomeadamente o Código de Procedimento Administrativo (CPA), logo em seu artigo segundo, há expressa determinação que os preceitos normativos desse código sejam aplicados a qualquer entidade e, independentemente da respectiva natureza, bastando, para tanto, que elas sejam dotadas de poderes públicos ou reguladas por normas de direito administrativo. Na sequência, no nº 4 do mesmo artigo, há determinação no sentido de que, para os fins dispostos no CPA, há que se considerar como parte integrante da Administração Pública todas as entidades administrativas independentes. O que, por via consequencial, trazendo a abordagem para a temática desenvolvida ao longo do presente estudo, imperioso sustentar que as regras, princípios e demais disposições presentes ao longo do CPA, devem ser, igualmente, aplicadas aos procedimentos regulatórios desenvolvidos pelas agências reguladoras que subsidiam a tomada de decisão. E, no que tange aos sujeitos que compõem a relação jurídica procedimental, bem como, aos legitimados para iniciarem ou se constituírem como interessados no procedimento, o referido diploma normativo, nos artigos 65º e 68º, assevera que possuem legitimidade nos procedimentos administrativos tanto aqueles sujeitos titulares de direitos, deveres, ônus que serão afetados pela decisão final exarada, quanto cidadãos e pessoas coletivas, públicas e privadas, que representam interesses difuso da sociedade <sup>256</sup>.

Desta feita, trazendo tal abordagem para o âmbito do procedimento regulatório que antecede à “tomada de decisão” por parte da agência reguladora, quais seriam os sujeitos que possuem legitimidade para participar da relação procedimental? É dizer, no percurso do procedimento regulatório, quem está autorizado a ingressar no feito? E mais, quais os limites de poderes e atribuições que cada um desses sujeitos possui?

---

<sup>255</sup> Nesse sentido de democracia participativa também são as recomendações do Comitê Econômico e Social Europeu – CESE. Conferir: (<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/pd-in-5-points-pt.pdf>). Retirado da Internet. Último acesso em 28/05/2020.

<sup>256</sup> Para mais detalhes sobre o tema, conferir LEITÃO, Alexandra. “A proteção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública”. Almedina. 2002. pp. 25 a 132; MARQUES, Francisco Paes. “Os interessados no novo Código do Procedimento Administrativo”. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, I, 3ª Ed., Lisboa, 2016. pp. 589 a 620.

Conforme fora salientado anteriormente, a regulação pode ser entendida sob a forma triangular possuindo em cada vértice a entidade reguladora, o setor regulado e os consumidores/utentes. Sendo que cada vértice mantém relação individualizada com o outro.

Contudo, não podemos olvidar que muitas das decisões regulatórias exaradas, para não dizermos todas, irão gerar impactos muito além dessas pessoas citadas. É dizer, na busca pela satisfação do interesse público coletivo, as agências reguladoras tomarão decisões visando a proteção do ambiente, da saúde pública, da defesa do patrimônio cultural, histórico (dentre outros), que irradiarão efeitos para além da regulação triangular original. Basta imaginarmos, por exemplo, a possibilidade de entidades, órgãos e associações que lidam dia a dia com a temática a ser regulada. É inegável que tais sujeitos deverão participar da análise do impacto regulatório, até mesmo para fazer cumprir a missão fundamental desse procedimento que é qualificar a decisão regulatória que será ultimada. Desta feita, basta imaginarmos sujeitos que defendam interesses difusos e coletivos dos próprios consumidores, da saúde, da água, do ar, da cultura. Evidente que, com a participação dessas pessoas técnicas especializadas no objeto do processo regulatório, a decisão administrativa final, além de ser permeada pela cooperação e pelo contraditório, terá uma qualidade maior.

Entretanto, não é sobre esse enfoque que queremos abordar a questão. Analisando exclusivamente a posição do setor econômico regulado que, de maneira especial e anormal, sofre *expropriação de sacrifício* em razão da regulação exercida pelas EAI, muito embora já tenhamos abordado a situação jurídica daqueles titulares de direito econômico-patrimoniais diretamente lesados, acreditamos que esses efeitos perversos decorrentes da atuação de tais entidades no domínio econômico irradiam para além desses proprietários imediatamente afetados. Ou seja, oportuno observamos a posição jurídica de terceiros reflexamente atingidos pela *expropriação de sacrifício* pois há que se atentar que igualmente em razão do dever de proporcionalidade, da igualdade na repartição dos encargos públicos e do princípio do justo e devido procedimento legal, eles também detêm interesses materiais legítimos na regulação econômica<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> Como muito bem observa Paulo Otero: “ao lado daqueles que são os destinatários diretos de uma decisão administrativa, podem surgir interesses materiais ou substantivos titulados por “terceiros”: esses “terceiros”,



Nesse sentido, comparativamente à posição jurídica dos lesados imediatos, a discussão ganha outros contornos, especialmente a depender da personalidade jurídica do terceiro reflexamente atingido. Vejamos.

Imaginemos a seguinte situação. Determinada empresa denominada ABC atuante do ramo de telecomunicação fornecia serviços de internet e telefonia há alguns anos. Visando o crescimento e a expansão da margem de lucro auferida, decidiu comercializar ações próprias em bolsas de valores. Em certo momento, a entidade reguladora do respectivo setor decide alterar o marco regulatório que incidia exatamente sobre as atividades econômicas exploradas pela supracitada empresa. A entidade, visando a satisfação dos anseios dos consumidores, estipula novos limites mínimos de dados a serem disponibilizados pelas companhias do setor de telecomunicação. Contudo, para a realidade técnica e financeira da empresa ABC, os novos padrões mínimos estipulados são tão agressivos e desproporcionais que inviabilizarão a própria continuidade da atividade empresarial pois, havendo a possibilidade de repassar os novos custos para o preço final do serviço cobrado de seus consumidores, certamente, outras empresas concorrentes existentes com maior capacidade técnica e financeira irão atrair os atuais clientes da ABC. Portanto, a única saída para ABC será encerrar suas atividades em razão da alteração superveniente dos parâmetros regulatórios.

Mostra-se, com esse exemplo, que não somente a empresa ABC será diretamente afetada pelas novas exigências regulatórias, mas, indiretamente, todos os acionistas também sentirão reflexos dos ônus supervenientes.

Imaginemos, agora, a seguinte situação. O pequeno Município XYZ possuía algumas fábricas instaladas em seu território. Tais estabelecimentos empresariais produziam certos equipamentos que depois eram vendidos para outras empresas responsáveis pela fabricação de automóveis. Pode-se dizer que a economia municipal girava basicamente em

---

*sendo sujeitos externos à relação bilateral ou típica, possuem também interesses materiais que, por não estarem ainda em conexão imediata com a Administração, pode dizer-se que são interesses ocultos (isto no sentido de interesses que ainda não foram levados ao procedimento)”. OTERO, PAULO. “Procedimento Administrativo e tutela de interesses de terceiros”. AAFDL Ed. 2018. p. 9.*

razão das tais fábricas. Fato esse que, reflexamente, aumentava sobremaneira a arrecadação tributária do Município XYZ. Ocorre que, em determinado momento, visando uma proteção maior ao meio ambiente, a agência reguladora decide implementar nova política regulatória impedindo a produção e comercialização de certas matérias, alterando padrões sobre outros equipamentos produzidos pelas referidas fábricas e exigindo novas obrigações delas. Contudo, tais modificações impactarão diretamente na produção e nos lucros das atividades desenvolvidas por esse setor empresarial, levando algumas dessas fábricas a reduzirem a produção ou mesmo fecharem as portas. Sendo que, qualquer dessas alternativas, indiretamente, refletirá na arrecadação do Município XYZ.

Pois bem. Os casos narrados revelam situações que são consideradas legais, refletindo decisões regulatórias emanadas por entidades competentes e que almejam resultados públicos. Mas, analisando especificamente as posições dos agentes regulados, observaremos que as decisões regulatórias foram longes demais. Para as realidades fáticas e econômicas desses agentes empresariais, a regulação mostrou-se perversa, agressiva e desproporcional. Mas a situação jurídica dos regulados diretamente afetados por medidas provenientes das EAI's já foi analisada. Interessa-nos agora detalhar os efeitos reflexos sofridos tanto pelos acionistas da empresa ABC quanto pelo Município XYZ.

Mais uma vez, acreditamos que a ideia que deve desencadear todos o raciocínio parte da necessidade de atentarmos-nos que estamos diante de decisões lícitas, portanto todo o regime jurídico e demais consequências devem partir dessa premissa. Isto posto, acreditamos que tanto o Município quanto os acionistas da empresa ABC são parte legítimas no procedimento *ex ante* para apurar eventual ocorrência da *expropriação de sacrifício*. Outra não poderia ser a decisão pois, conforme já tivemos a oportunidade de explanar, o objetivo primordial desse procedimento que antecede à tomada de decisão regulatória é justamente possibilitar o debate com informações, ponto de vistas e dados antagônicos, tudo para que se possa exarar uma interferência do poder público no domínio econômico mais democrática, qualificada e eficiente. Sendo essa necessária participação procedimental, inclusive, verdadeiro pressuposto de validade da decisão regulatória exarada pelas ARI's.

Já em relação à possibilidade dos acionistas da empresa ABC requerem eventual nulidade da medida regulatória, ou mesmo a compensação financeira em razão das perdas econômicas ocasionadas pelo encerramento das atividades empresariais, acreditamos não haver liame subjetivo suficientemente forte para tais pretensões. Relativamente ao pleito acerca de eventual desfazimento da decisão regulatória, se nem mesmo para aqueles que sofreram ônus direto foi concebida tal possibilidade, não faria sentido atribuir tal possibilidade aos lesados indiretos<sup>258</sup>. Especificamente em relação à possibilidade da indenização monetária, acreditamos que pelo fato de serem, na grande maioria, apenas encargos financeiros e o nexo de causalidade não se mostrar forte e direto o suficiente, também não é cabível o deferimento da tutela secundária sob pena de transformarmos as entidades reguladoras em verdadeiras seguradoras universais de toda e qualquer perda que se efetivar. E mais, autorizando a indenização mesmo nesses casos nos quais a causalidade adequada não revelar forte o suficiente, acabaríamos inviabilizando e engessando a própria atividade regulatória em si. Havemos de recordar que as agências reguladoras apesar de terem certa autonomia financeira em relação ao Governo e possuir capacidade de arrecadar seus próprios recursos, elas não possuem tanta disponibilidade orçamentária assim, basta ver, na prática, que muitas sofrem com diversos tipos de déficits, inclusive de pessoal.

Portanto, diferentemente dos lesados diretos que, além do dano patrimonial, são afetados na própria relação subjetiva que esses possuíam com a atividade econômica esvaziada (vez que, possuíam certa “afeição” pela atividade profissional desenvolvida), os *players* reflexamente atingidos pela *expropriação de sacrifício* devem liquidar seus próprios prejuízos, encarando-os como riscos próprios e inerentes dos investimentos financeiros.

Por outro lado, imaginando a posição jurídica do terceiro lesado seja ocupada por outra pessoa jurídica de direito público, como no exemplo que nos socorremos estava o Município XYZ, acreditamos que, dependendo das circunstâncias específicas do caso concreto, pode ser que haja razões suficientes para a compensação financeira. Melhor explicitando, a depender da natureza jurídica do terceiro indiretamente atingido pela falha da regulação econômica exarada pelas ARI's, associada à eventuais peculiaridades

---

<sup>258</sup> Nesse sentido também são as lições de LEITÃO, Luís Menezes. “*A Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*”. In Instituto de Ciências Jurídico-Político. pp. 10 e 11. Muito embora, no decorrer do artigo, o referido autor tenha analisado as condutas ilícitas perpetradas por entidades reguladoras.

existentes na prática, muito embora não visualizemos razões determinantes para a tutela primária, ou seja, para a impugnação da validade da decisão regulatória, o fato de determinados sujeitos estarem constitucionalmente encarregados de executar tarefas coletivas e garantir direitos básicos da população em geral, pode ser que haja justificativas suficientes para a reparação indenizatória.

A razão de ser de tal diferenciação baseada na natureza jurídica do terceiro lesado se dá pois, ao fim e ao cabo, o Município XYZ também atua na prossecução do interesse público. Muito embora seja o mesmo interesse público que autorize a regulação perpetrada pela entidade reguladora, há que se levar em consideração as consequências maléficas que a diminuição na arrecadação econômica pode acarretar para as pessoas coletivas públicas. Além do orçamento público municipal ser extremamente apertado e engessado, tais pessoas públicas, obrigatoriamente, terão que continuar a executar suas atribuições legais e constitucionais. E, certamente, a medida regulatória perpetrada pela autoridade reguladora causará grandes dificuldades na continuidade da garantia e satisfação do *mínus* público.

Portanto, mesmo em razão da dificuldade de concretização de todos os contornos existentes, justamente pelo alto grau de abstração que envolve o tema, pensamos que, dependendo da natureza jurídica da pessoa, ainda que indiretamente onerada, acreditamos que haverá razões para o deferimento do pleito indenizatório. Especialmente se levarmos como critério interpretativo o fato de eventuais terceiros onerados estarem expressamente consagrados na Constituição como encarregados do dever de tutela e satisfação de outros direitos constitucionalmente consagrados dos cidadãos.

## **7) CONCLUSÃO:**

Em síntese, mais uma vez queremos deixar cristalino que a *expropriação de sacrifício* não se propõe a alargar as hipóteses fáticas que darão ensejo à compensação ou mesmo engessar a atividade regulatória das agências reguladoras. Muito menos que se chegue ao absurdo de afirmar que para haver a interferência do poder público no domínio econômico há obrigatoriamente que se pagar para regular (*pay to regulate*).

Os objetivos centrais da *expropriação de sacrifício* dentro do estudo da regulação econômica são permitir um controle maior sobre as decisões advindas de entidades independentes; buscar maior qualidade da regulação enquanto instrumento jurídico que intervém nas atividades econômicas e, também, atentarmos ao fato que há situações que, mesmo atuando dentro da legalidade e satisfazendo interesses socialmente relevantes, tais entidades reguladoras produzem efeitos deletérios práticos nos direitos econômicos patrimoniais dos atores regulados (e também, indiretamente, em terceiros interessados) semelhantes à expropriação.

Mas, muitas vezes, na prática, mesmo se constatando que a *expropriação de sacrifício* reflete verdadeira falha da regulação, não se concede a indenização pelo ônus gerado no bojo do próprio processo regulatório, nem mesmo se oportuniza *ex ante* a defesa dos lesados. Portanto, somente resta aos regulados desproporcionalmente onerados eventuais pleitos ulteriores nos Tribunais. Assim, além da ineficiência, da morosidade e dos altos custos processuais e periciais que tal postergação gera, em razão de estarmos perante questões muito técnicas e específicas, os Tribunais não possuem a *expertise* necessária para avaliar as decisões administrativas anteriormente escolhidas.

Além de ser um campo muito discricionário e especializado, fatores que dificultam a análise pelos magistrados, muitas vezes, para os agentes regulados, aguardar o desfecho do processo jurídico acerca da expropriação, pode ser tarde demais para a saúde financeira do negócio por eles gerenciado.

Entretanto, por mais que tenhamos procurado encontrar mecanismos concretos para aferição de regulações excessivas e que refletem uma consequente falha da atuação das ARI's, acreditamos que todas essas questões precisam ser analisadas à luz do caso concreto, com especial atenção às peculiaridades enfrentadas pelo setor econômico regulado. É dizer, entre os meros vínculos resultantes do exercício normal do poder de conformação do conteúdo da propriedade privada e da livre iniciativa e aquelas regulações econômicas que claramente impõem vínculos substancialmente expropriativos e que ensejam o encerramento de atividades econômicas, estão milhares de situações em uma zona cinzenta que necessitam da análise de todas as condições da situação posta em causa para aferição da ocorrência, ou não, da *expropriação de sacrifício*.

Por tudo isso, baseado nos princípios da efetividade, do contraditório, da igualdade substancial na repartição dos encargos públicos, da justa indenização da expropriação e do Estado de Direito, acreditamos que foram apresentados suficientes argumentos que justificam a autonomia jurídica da *expropriação de sacrifício*. Pensamos que através desse mecanismo haverá um verdadeiro reforço na defesa substancial dos direitos econômico-patrimoniais do setor regulado, vez que, sob a falsa escusa de estarem definindo a função social da propriedade para fins de prossecução de objetivos socialmente relevantes, as ARI's acabam por sacrificar o setor produtivo gerador de riqueza, de emprego e que auxilia o país no pleno desenvolvimento econômico. Os atores públicos nem sempre são isentos e nem sempre conseguem atingir os melhores resultados. A cooperação e o diálogo devem estar sempre presentes. Só assim será possível minimizar as perdas e potencializar os benefícios.

## 8) Referências:

### Livros:

ALMEIDA, Mário Aroso. “*A regulação como função administrativa do Estado: a complexidade de um conceito*”. In *Garantias de direitos e regulação: perspectiva de direitos administrativo*. Ed. AAFDL. 2020.

AMARAL, Diogo Freitas. “*Curso de Direito Administrativo*”. Vol. I, Almedina. 3ª Ed. 2006.

AMARAL, Diogo Freitas. “*Curso de Direito Administrativo*”. Tomo II. 2ª ed. Almedina, 2011.

AMARAL, Maria Lúcia. “*Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador*”. Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

ANDRADE, J. C. Vieira. “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”. 6.ª Ed. Almedina. 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. “*Expropriação e direitos privados*”. In *Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações*, Lisboa, 1989.

AZEVEDO, Bernardo. “*Servidão de Direito Público, Contributo para o seu estudo*”. Coimbra Editora, 2005.

BRITO, Miguel Nogueira. “*A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*”. Coimbra. Almedina. 2007.

CADILHA, Carlos A. Fernandes. *“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado”*. Coimbra Editora, 2.<sup>a</sup> ed., 2011.

CAETANO, Marcello. *“Manual de Direito Administrativo”*. Almedina. Coimbra. Tomo II. 10.<sup>a</sup> Ed. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *“Constituição da República Portuguesa Anotada”*. Coimbra. 4.<sup>a</sup> Ed. Vol. I. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*. 7.<sup>a</sup> Ed. Almedina. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“O problema da responsabilidade do Estado por Actos Lícitos”*. Coimbra, Almedina. 1974.

CALVÃO, João Nuno. *“Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral”*. Almedina. 2008,

CARDONA, Maria Celeste. *“Contributo para o Conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As autoridades Reguladoras”*. Almedina. 2017.

CARDOSO, José Lucas. *“Autoridades Administrativas Independentes e Constituição”*. Coimbra Editora. 2002.

CORREIA, Alves. *“As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública”*. Coimbra. Almedina. 1982.

CORREIA, Fernando Alves. *“Manual de Direito do Urbanismo”*. Vol. I, 4.<sup>a</sup> ed. Almedina. 2012.



CORREIA, Fernando Alves. *“Manual de Direito do Urbanismo”*. Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. *“Curso de Derecho Administrativo”*. Vol. II, 6.ª Ed., CIVITAS, Madrid, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. *“A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública”*. Lisboa. 1996.

FREITAS, Rafael Vêras. *“Expropriações Regulatórias”*. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2016.

GONÇALVES, Pedro Costa. *“Reflexão sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante”*. Coimbra Editora. 2013.

GONÇALVES, Pedro. *“Regulação, Eletricidade e Telecomunicações”*. In *Direito Público e Regulação 7*. Coimbra Editora. Cedipre. 2008.

LEITÃO, Alexandra. *“A proteção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública”*. Almedina. 2002.

MACHETE, Pedro. *“Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”*. Universidade Católica Editora. 2013.

MARQUES, Francisco Paes. *“As relações jurídicas administrativas multipolares”*. Coimbra. Almedina. 2011.

MARQUES, Francisco Paes. *“Os interessados no novo Código do Procedimento Administrativo”*. In *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, I, 3ª Ed. Lisboa. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo – Funções administrativas do Estado*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014.

MARTINEZ, Fernando Rey. *“La propiedad privada en la Constitución española”*. Madrid. 1994.

MAURER, Hartmut. *“Direito administrativo geral”*. Trad. da 14ª Ed. Tradução para o português feita por Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEDEIROS, Rui in *“Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos”*, Coimbra, 1992.

MIRANDA, Jorge. *“Curso de Direito Constitucional”*. Tomo I, Universidade Católica. 2016.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *“Constituição Portuguesa Anotada”*. Vol. I. Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *“Constituição Portuguesa Anotada”*. Vol. II. Universidade Católica. 2018.

MIRANDA, Jorge. *“Direitos Fundamentais”*. Almedina. 2ª Ed. 2018.

MONCADA, Luís Cabral. *“Direito Económico”*. 5ª Ed. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

MONCADA, Luís Cabra. *“Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação – uma perspectiva luso-brasileira”*. Almedina. 2012.

MOREIRA, Vital. *“A administração autónoma e associações públicas”*. Coimbra Editora. 1997.

MOREIRA, Vital. *“Autorregulação profissional e Administração Pública”*. Coimbra. Almedina. 1997.

MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. *“Autoridades Reguladores Independentes”*. Coimbra Editora. Coimbra. 2003.

MOREIRA, Vital. *“Economia e Constituição”*. Coimbra. 1979.

NOVAIS, J. Reis. *“Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa”*. Coimbra Editora, 2004

OGUS, Anthony I. *“Regulation Legal Form and Economic Theory”*. In Clarendon Law Series. Oxford. 1994.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Método. 5ª Ed. 2017.

OTERO, Paulo. *“Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à jurisdição”*. Almedina. Coimbra. 2003.

OTERO, PAULO. *“Procedimento Administrativo e tutela de interesses de terceiros”*. AAFDL Ed. 2018.

PINTO, Carlos A. Mota. *“Direito Público da Economia”*. Universidade de Coimbra, 1980-1981.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *“Principios de Derecho Administrativo General”*. Vol. I. Iustel. 3ª Ed. 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *“Principios de Derecho Administrativo General”*. Vol. II. Iustel. 3ª Ed. 2015.

SANTOS, Vítor. *“El papel del regulador. Independencia y cooperación con las instituciones”*. Comisión Nacional de Energía – Energía y Regulación em Iberoamérica. Madrid. 2008.

SILVA, Suzana Tavares. *“Direito da Energia”*. Coimbra Editora. 2011

SILVA, Suzana Tavares. *“La regulación económica como matéria del nuevo derecho administrativo”*. La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Universidad de Cordoba. Iustel. 2012.

SILVA, Suzana Tavares da. *“Um novo direito administrativo?”*. Coimbra. 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *“Em busca do acto administrativo perdido”*. Coimbra. Almedina, 1996.

SILVA, Vasco Pereira. *“Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjetivista do Recurso Directo de Anulação”*. Ed. Almedina, Coimbra, 1989.

SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado. *“Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral”*. Tomo III. Dom Quixote, 2008.

STOBER, Rolf. *“Direito Administrativo Económico Geral”*. Tradução António Francisco de Sousa. Editora Lisboa. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *“Direito Administrativo Ordenador”*. São Paulo. Malheiros, 2003.

THOMAS, Robert. *“Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Hart Publishing”. Oxford, 2000.

VAZ, Manuel Afonso. *“Direito Económico”*. 3ª Ed., Coimbra, 1994.

VAZ, Manuel Afonso e FONTAINE, Manuel. In “*Constituição Portuguesa Anotada – Jorge Miranda e Rui Medeiros*”. Vol. II, Universidade Católica. 2018.

**Revistas:**

ÁLVAREZ, Gerardo García. “*Los Poderes Normativos de Las Administraciones Independientes en el ámbito económico*”. In *Revista de Administración Pública*, nº 171, Madrid, 2006,

AMORIM, João Pacheco de. “*Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção*”. In *Boletim de Ciências Econômicas*, Volume LVII, Tomo I. Coimbra. 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira. “*A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*”. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*”. Ano 140.º, N.º 3969, Julho – Agosto de 2011

BARAK-EREZ, Daphne. “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”. In *European Public Law*, Volume 11, Issue 4, 2005.

BARBOSA, Mafalda Miranda. “*Entre a racionalidade financeira e a racionalidade jurídica: a medida de resolução à luz da jurisprudência portuguesa*”. In *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito*, Volume XLI, 2018.

BOURNE, Ryan. “*Market failure arguments are a poor guide to policy*”. In *Institute of Economic Affairs*. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. “*O princípio democrático sobre pressão dos novos esquemas regulatórios*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Ed. 01. Cedipre. Coimbra. Maio de 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*”. In Revista de Urbanismo e do Meio Ambiente. Coimbra, nº 1, 1994.

CALVÃO, João Nuno. “*Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privados, Público e Cooperativo*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015.

CATARINO, Luís Guilherme e Peixe, Manuela. “*A nova regulamentação dos mercados financeiros – um tsunami regulatório?*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015.

CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance*”. In Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 140, nº 3966. Jan. – fev. 2011

CORREIA, Fernando Alves. “*A indenização pelo sacrifício*”. In Revista de Direito Público e Regulação. Cedipre. Nº 1. Maio de 2009.

CORREIA, Alves. “*A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código de Expropriações de 1999*”. In Separata da Revista e Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, 2000.

CRUZ, José N. “*A Dimensão e a Qualidade da Intervenção do Estado em Países Democráticos Desenvolvidos*”. In Boletim de Ciências Económicas da Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, Volume XLI, 2018.

DATLA, Kirti e REVESZ, Richard L. “*Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*”. In *Cornell Law Review*. Vol. 98. Issue 4. maio de 2013.

DATTA-CHAUDHURI, Mrinal. “*Market Failure and Government Failure*”. In *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 4. Nº 3, 1990. pp. 25 a 39.

ELLIG, Jerry. “*Why and How independent Agencies Should Conduct Regulatory Impact Analysis*”. In *Cornell Journal of Law and Public Policy*. Vol. 28. Issue 1. 2018.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar. “*A desregulação dos mercados e as recentes crises económicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da Law and Economics*”. In *Boletim de Ciências Económicas*. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Volume XLIX, 2006.

FRANCO, António Sousa. “*A revisão da Constituição Económica*”. In *Revista da Ordem dos Advogados*. 1982.

FRANCO, António L. Sousa. “*Nota sobre o princípio da liberdade económica*”. In *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 355, Lisboa, 1986.

GARCIA, Maria da Glória. “*A responsabilidade civil do Estado e das regiões autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*”. In *Revista do CEJ*, nº 13, 2010.

GOMES, Carla Amado. “*A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência*”. In *Revista do Ministério Público* 129: Janeiro – março. 2012.

GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes. “*Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade econômica*”. In Estudos sobre Regulação Pública II, nº 9, Coimbra Ed., 2015.

GONÇALVES, Pedro e MARTINS, LICÍNIO LOPES. “*Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador*”. In Estudos sobre regulação pública – I, nº 5, Coimbra Editora, 2004.

HARRINGTON, Matthew P. “*Regulatory takings and the original understanding of the takings clause*”. In William and Mary Law Review. Vol. 45. 2003 – 2004.

LEITÃO, Luís Menezes. “*A Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*”. In Instituto de Ciências Jurídico-Político.

LOURENÇO, Maria João. “*Deslegalização e Poder Regulamentar das Entidades Reguladoras Independentes*”. In Julgar Online. Junho. 2018.

MAÇÃS, Fernanda. “*Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*”. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “*Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*”. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Nº 4. Nov/Dez. 2005.

MCLAUGHLIN, James Audley. “*Majoritarian theft in the regulatory state: what's a takings clause for?*”. In William and Mary Environmental Law and Policy Review. Vol. 19. Issue 2. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “*Tombamento e dever de indenizar*”, In Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, nº 309, p.16-24, maio, 1988.



MIHALACHE, Rareș Petru e BODISLAV, Dumitru Alexandru “*Government failure vs. Market failure. The implications of incomplete information*”. In *Theoretical and Applied Economics*, Volume XXVI, nº 2, 2019.

MORAIS, Carlos Blanco. “A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência”, In *Jurismat*, Portimão, nº7. 2015.

MOREIRA, Teresa. “*Implicações da lei nº 67/2013 – Lei Quadro das Entidades Reguladoras- na política de defesa dos consumidores*”. In *Estudos sobre Regulação Pública II*, nº 9, Coimbra Ed., 2015.

MOREIRA, Vital. “*Por uma Regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: Declaração de Condeixa*”. In *Estudos de Regulação Pública – I*. Coimbra Editora. 2004.

MORENO, Natália de Almeida. “*Análise de Impacto Regulatório: que percurso adotar?*”. In *Revista dos Tribunais*, vol. 951. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2015.

NORONHA, João Espírito Santo. “*A nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras: Poderes e Instrumentos Regulatórios*”. In *Estudos sobre Regulação Pública II*, nº 9, Coimbra Ed., 2015.

PARDAL, Paulo Alves. “*O acidentado percurso da constituição económica portuguesa*”. In *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VI, Número 22, abril – junho, 2015.

PARSLOW, Andrew. “*A defense of the regulatory takings doctrine: a historical analysis of this conflict between property rights and public good and a prediction for its future*”. In *William & Mary Environmental Law and Policy Review*. Vol. 44. Issue 1. 2019.

RAMOS, Vasco Moura. “*O Direito Fundamental à Iniciativa Económica Privada (art. 61º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português*”. In Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, 2001.

SANTIAGO, José María Rodríguez. “*Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la constitucion española*”. In Revista de Administración Pública, nº 177, setembro – dezembro, 2008.

SILVA, Suzana Tavares. “*O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*”. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXVIII, Tomo I, Coimbra, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. “*Condicionamento e sacrifício de direitos – Distinções*”, in Revista Trimestral de Direito Público, vol. 4.

SUNSTEIN, Cass. “*After rights Revolution: reconceiving the Regulatory State*”. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

VASQUES, Sérgio e PORTUGAL, António Moura. “*As restrições Fiscais à Introdução no Consumo dos Tabacos*”. In Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 2, Número 4, Inverno. pp. 121 a 145.

WEATHERILL, Stephen. “*The challenge of better regulation*”. In Better regulation, Oxford: Hart Publishing, 2007.

#### **Artigos de Internet:**

AMORIM, João Pacheco. “*A Constituição Económica Portuguesa – Enquadramento Dogmático e Princípios Fundamentais*”. Artigo retirado da Internet –

[www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf](http://www.repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66027/2/49677.pdf). Último acesso em 29/06/2020.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. “*Limitação e sacrifícios de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada*”. Retirado da Internet. ([http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_limitadir.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf)). Último acesso em 02/06/2020.

“*Better regulation in Europe: Portugal – oecd – 2010*” – Retirado da internet. (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44830153.pdf>). Último acesso em 26/05/2020.

“*Better regulation tool box – comissão europeia*”. Retirado da internet. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf). 2017. Último acesso em 09/08.2020.

BINENBOJM, Gustavo. “*Regulações Expropriatórias*”. In Ed. JC. 2010. Retirado da internet. (<http://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias/>). Último acesso em 05/05/2020.

“*Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*”. OCDE. Artigo retirado da internet (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>). Último acesso em 02/09/2020.

CATARINO, Luís Guilherme. “*O novo regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*”. In Instituto dos Valores Mobiliários. Retirado da Internet. ([https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar\\_com\\_a\\_administra%C3%A7%C3%A3o\\_independente.pdf](https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf)). Último acesso em 26/07/20 20).

CELLINI, Stephanie Riegg e KEE, James Edwin. “*Cost-effectiveness and cost-benefit analysis*”. Artigo retirado da internet. ([https://www.academia.edu/13784513/w\\_CHAPTER\\_TWENTY\\_ONE\\_COST\\_EFFECTIVENESS\\_AND\\_COST\\_BENEFIT\\_ANALYSIS](https://www.academia.edu/13784513/w_CHAPTER_TWENTY_ONE_COST_EFFECTIVENESS_AND_COST_BENEFIT_ANALYSIS)). Último acesso 02/09/2020.

“*Democracia Participativa em 5 Pontos. Comitê Econômico e Social Europeu – CESE*”. Retirado da Internet. (<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/pd-in-5-points-pt.pdf>). Último acesso em 28/05/2020.

DI VITA, Giuseppe. “*Government Failure*”. In Encyclopedia of Law and Economics. Springer Science + Business Media New York 2015. ([https://www.researchgate.net/publication/304195530\\_Government\\_Failure](https://www.researchgate.net/publication/304195530_Government_Failure)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 07/09/2020.

EPSTEIN, Richard. “*Taxation, regulation and confiscation*”. In Osgoode Hall Law Journal. Vol. 20. Nº 03. Setembro de 1982. (<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=ohlj>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 20/06/2020.

GONÇALVES, Pedro Costa. “*Prejuízos provocados por medidas de regulamentação de trânsito*” in Revista de Direito Público da Economia (Belo Horizonte), n.º 32, 2010. Retirado da internet. ([http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/43\\_responsabilidade.pdf](http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/43_responsabilidade.pdf)). Último acesso em 12/05/2020.

GOODMAN, John. “*Market Failure vs. Government Failure*”. In Goodman Institute. (<http://www.goodmaninstitute.org/how-we-think/market-failure-vs-government-failure/>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 07/09/2020.

HAVRAW. T. D. “*Eminent Domain and the Police Power*”. In Notre Dame Law Review. Vol. 5. Edição 7. 1930.

(<https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4359&context=ndlr>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 23/06/2020

HERTOG, Johan den. “*Review of economics theories of regulation*”. In Discussion Paper Series 10-18. Utrecht School of Economics. Dezembro de 2010. ([https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo\\_use\\_dp\\_2010\\_10-18.pdf](https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 01/09/2020).

KEECH, William R. e MUNGER, Michael C. “*The anatomy of government failure*”. In Springer Science+Business Media New York 2015. Maio de 2015. (<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11127-015-0262-y.pdf>). Retirado da internet. Último acesso em 10/07/2020.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. “*A Constituição Econômica Portuguesa Depois da Revisão Constitucional de 1989*”. In *Revista de Direito Público*, 1991. (Artigo Retirado da Internet -[www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/16.pdf](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/16.pdf). Último acesso em 28/06/2020).

MELO, António Moreira Barbosa. “*Direito Constitucional e Administrativo – Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros*”. In *Revista Online Banca, Bolsas e Seguros*, outubro de 2014, nº 1, 2014. ([https://www.fd.uc.pt/bbs/wp-content/uploads/2018/09/rev\\_1\\_bbs.pdf](https://www.fd.uc.pt/bbs/wp-content/uploads/2018/09/rev_1_bbs.pdf)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 20/07/2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos. “*Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladora*”. Artigo retirado da internet. (<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>). Último acesso em 01.09.2020.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “*Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro*”. In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Ano 01, nº 3, out. - dez. 2003. Retirado da internet

(<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>). Último acesso 26/05/2020.

“RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA – OCDE- 2012”. Retirado da Internet. (<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>). Último acesso em 21/05/2020.

SILVA, Suzana Tavares. “*O princípio da razoabilidade*”. In Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo. ([https://www.academia.edu/34183989/O\\_princ%C3%ADpio\\_da\\_razoabilidade](https://www.academia.edu/34183989/O_princ%C3%ADpio_da_razoabilidade)). Artigo retirado da internet. Último acesso em 09/09/2020.

STEWART, RICHARD B. “*Administrative law in the twenty-first century*”. In New York University Law Review. Vol. 78. Nº 2, maio de 2003. (<https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-78-2-Stewart.pdf>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 10/09/2020.

STIGLITZ, Joseph E. “*Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*”. In Columbia Academic Commons. Fevereiro de 2010. (<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7V5C>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 08/09/2020.

STIGLITZ, Joseph. “*Regulation and Failure*”. (Artigo retirado da internet - [https://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New\\_Perspectives\\_Ch1\\_Stiglitz.pdf](https://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New_Perspectives_Ch1_Stiglitz.pdf)). Último acesso em 01/07/2020.

VERKUIL, Paul R. “*The purposes and limits of Independent Agencies*”. In Faculty Publications. 1988. (<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2061&context=facpubs;The>). Artigo retirado da internet. Último acesso em 21/04/2020.

## **9) Jurisprudência utilizada:**

### **Tribunal Constitucional Português:**

Acórdãos nº: 25/1985; 341/1986; 131/1988; 186/1988; 52/1990; 287/1990; 184/1992; 262/1993; 444/1993; 263/1998; 391/2002; 257/2007; 632/2008; 421/2009; 612/2009.; 304/2010; 525/2011; 545/2015; 197/2016.

### **Supremo Tribunal Administrativo:**

Processo nº 0108720/2003; Processo nº 01031/2003; Processo nº 539/2004; Processo n.º 0120/2006; Processo nº 0444/2010.

### **Tribunal de Justiça da União Europeia:**

Acórdãos nº: 14/1974, processo nº 04/73; Comissão vs Grécia, de 19 de outubro de 2000, proc. C-216/98; Campus Oil, de 10 de julho de 1984, proc.72/83; Comissão vs. França, de 23 de fevereiro de 1988, proc. 216/84 e Comissão vs. França, de 27 de Fevereiro de 2002, proc. C-302/00.

### **Tribunal Constitucional Alemão:**

Julgado “BVerfGE 58, 137”, de 1981.