



David Silva Fontoura

**A Dissolução do Momento Autoritário  
no Controlo Público das Atividades  
Privadas Económicas e Urbanísticas**

*A Mera Comunicação Prévia*

Orientação:

Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira

Dissertação de Mestrado Científico na Área de  
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito  
Administrativo apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

2016



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# A Dissolução do Momento Autoritário no Controlo Público das Atividades Privadas Económicas e Urbanísticas <sup>(1)</sup>

*A Mera Comunicação Prévia* <sup>(2)</sup>

---

David Silva Fontoura

(1) The dissolution of the authoritarian moment in the public control of private economic and urbanistic activities

(2) The mere previous communication

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em Direito Administrativo, sob orientação da Senhora Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira*

Coimbra, 2016

*Aos meus pais e aos meus  
avós, por tudo.*

*À Inês, pela paciência.*

*“Há felizmente o estilo. Não calcula o que seja?  
Vejam: o estilo é o modo subtil de transferir a  
confusão e violência da vida para o plano mental  
de uma unidade de significação.”*

Herberto Helder, *Os Passos em Volta*, 10.<sup>a</sup> edição,  
Odivelas, Assírio & Alvim, 2009

## Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas .....	8
Consideração Introdutória .....	11

### Parte I

#### A Situação Contemporânea do Direito Administrativo

1. Um Direito Administrativo em “crise”? .....	13
2. Do ímpeto privatizador à exigência regulatória.....	17
2.1. O fenómeno da privatização .....	17
2.1.1. Conceito e significado para o Direito Administrativo.....	17
2.1.2. Tipologia.....	20
2.1.3. A privatização do procedimento administrativo.....	23
2.2. O concurso dos particulares na prossecução do interesse público: a reconfiguração do binómio Estado-sociedade .....	25
2.3. A emergência de um novo modelo de Estado: o Estado garantia.....	29
2.4. Um Estado que regula: a regulação pública como instrumento de garantia.....	31
2.4.1. A regulação pública da economia.....	32
2.4.2. A regulação de polícia .....	36
2.5. Um conceito amplo de regulação .....	40
2.6. Para além da <i>polícia</i> administrativa: a autorregulação privada regulada ou a regulação pública da autorregulação privada .....	43
2.6.1. A autorregulação privada regulada.....	43
2.6.2. A regulação pública da autorregulação privada .....	50
3. A simplificação para a eficiência.....	53
3.1. A simplificação administrativa.....	53
3.2. O desígnio da eficiência .....	57
3.2. O novo modelo de Administração Pública eficiente .....	59
3.2.1. Uma Administração <i>competitiva</i> .....	59
3.2.2. Uma economia mais eficiente: o investimento económico privado e os “custos de contexto” .....	63

3.3. A componente tecnológica da simplificação administrativa: o processo de informatização do agir administrativo .....	66
--	----

## Parte II

### A opção pela *mera comunicação prévia*

4. A transformação do Direito Administrativo autorizativo .....	72
4.1. Ponto da situação.....	72
4.2. A autorização administrativa .....	74
4.2.1. Aproximação ao conceito .....	74
4.2.2. Modalidades ou classes de autorização administrativa .....	79
5. A política <i>comunitária</i> de supressão da intervenção administrativa autorizativa .....	81
5.1. A intervenção autorizativa sobre as atuações económicas dos particulares.....	81
5.2. O papel da “Diretiva Serviços” (Diretiva 2006/123/CE).....	83
5.3. A introdução do regime da “Diretiva Serviços” no ordenamento jurídico português: o Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de Julho.....	87
6. A comunicação prévia como fórmula alternativa à abolição da técnica autorizativa.....	91
6.1. Significado .....	91
6.2. Tipos ideais de comunicação prévia existentes no Direito português: a comunicação prévia com prazo e a <i>mera comunicação prévia</i> .....	93
6.3. Função ou objetivo da <i>mera comunicação prévia</i> .....	94
6.4. Caracterização da <i>mera comunicação prévia</i> .....	95
6.5. A nova face da autoridade administrativa: a <i>supervisão</i> das atividades privadas comunicadas .....	98
7. A consagração legal da técnica da <i>mera comunicação prévia</i> no ordenamento jurídico português.....	100
7.1. Para acesso e exercício das atividades comerciais e de serviços .....	100
7.1.1 A iniciativa “Licenciamento Zero” e o regime contido no Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de abril .....	100
7.1.2. O Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR): Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro.....	104
7.2. Para instalação e exploração de uma atividade industrial.....	106

7.2.1. O “Sistema da Indústria Responsável” (SIR): o regime instituído pelo Decreto-lei n.º 169/2012, de 1 de agosto .....	106
7.2.2. O “Sistema da Indústria Responsável” (SIR) na versão do Decreto-Lei n.º 73/2015, de 11 de maio .....	109
7.3. Para realização de operações urbanísticas .....	110
8. <i>A mera comunicação prévia</i> como via de dissolução do momento autoritário: uma fórmula mais simples ou <i>simplista</i> ? .....	114
Conclusão: O “crepúsculo” do ato autorizativo? .....	118
Bibliografia .....	124

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

ASAE = *Autoridade de Segurança Alimentar e Económica*

CCDR = *Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional*

CPA = *Código do Procedimento Administrativo*

CPTA = *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*

CRP = *Constituição da República Portuguesa*

DGAE = *Direção Geral das Atividades Económicas*

LPAC = *Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*

LPC = *Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*

LAE = *Ley de de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*

OCDE = *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico*

REAI = *Regime de Exercício da Atividade Industrial*

RJACSR = *Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração*

RJUE = *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*

SIEG = *Serviços de Interesse Económico Geral*

SIR = *Sistema da Indústria Responsável*

TFUE = *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia*

TIC = *Tecnologias de Informação e Comunicação*

TUE = *Tratado da União Europeia*



**Resumo:** O ato autorizativo representa um instrumento especialmente vocacionado para o exercício da autoridade administrativa, porquanto constitui um expediente clássico de controlo público prévio das atividades privadas, inserto no domínio da polícia administrativa.

A situação contemporânea do Direito Administrativo é pautada por fenómenos como a privatização e a afirmação da atividade pública de regulação. Uma das faces desta atividade traduz-se na designada regulação pública da autorregulação privada, que tem permitido aos autores a referência a uma *neorregulação*. Ademais, deve assinalar-se o crescente papel que as estratégias de simplificação – na demanda de eficiência – têm vindo a assumir. Estes fenómenos concorrem para a propalada “crise” do Direito Administrativo.

Produto desta situação são as novas fórmulas de controlo da atividade privada, que devem ser vistas como alternativas à técnica autorizativa. É o caso da *mera comunicação prévia*, mecanismo de controlo privado prévio, que convoca um controlo público sucessivo. A introdução desta figura entre nós foi impulsionada pela “Diretiva Serviços” (Diretiva 2006/123/CE), que viria a ser transposta para o Direito português pelo Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

Por enquanto, esta fórmula ainda só conheceu uma consagração sectorial no âmbito das atividades privadas económicas (Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de abril; Decreto-lei n.º 169/2012, de 1 de agosto) e urbanísticas (Decreto-lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, alterado pelo Decreto-lei n.º 136/2014, de 9 de setembro). Todavia, a mesma motiva já importantes questionamentos, que exigem uma reflexão sobre a reconfiguração do exercício da autoridade administrativa e sobre impacto produzido pelas coordenadas inovatórias sobre a estabilidade dogmática dos institutos tradicionais do Direito Administrativo, como a autorização administrativa.

**Palavras-chave:** Crise, Privatização, Regulação, Simplificação, Autorização Administrativa, Mera Comunicação Prévia.

**Abstract:** The administrative authorization is a particularly geared instrument for the exercise of administrative authority, because it is a classic tool of previous public control of private activities, connected with the field of administrative police.

The contemporary situation of administrative law is guided by phenomena such as privatization and the affirmation of the activity of public regulation. One of the faces of this activity is reflected in the public regulation of private self-regulation, which has allowed to reference to *neoregulation* by the authors. Moreover, it should be noted the increasing role that the simplification strategies - demanding for efficiency - have been assuming. These phenomena contribute to the "crisis" of Administrative Law.

Product of this situation are the new control techniques of private activity, which should be seen as alternatives to the authorization. This is the case of *mere previous communication*, a previous private control mechanism, which demands a successive public control. The introduction of this figure between us was driven by the "Services Directive" (Directive 2006/123 / EC), which was to be transposed into Portuguese Law by *Decreto-lei n.º 92/2010*.

Until now, this formula has still only met a sectoral implementation in the context of economic (*Decreto-lei n.º 48/2011*; *Decreto-lei n.º 169 / 2012*) and urbanistic (*Decreto-lei n.º 555/99*, as amended by *Decreto-lei n.º 136/2014*) private activities. However, it motivates already important questions that require reflection over the reconfiguration of the exercise of administrative authority and over the influence of the innovatory coordinates on the dogmatic stability of traditional institutes of Administrative Law, as the administrative authorization.

**Keywords:** Crisis, Privatization, Regulation, Simplification, Administrative Authorization, Mere Previous Communication

## Consideração Introdutória

*A mera comunicação prévia veio para ficar.* Esta é uma asserção que não está isenta de dúvidas, mas que julgamos revelar-se verdadeira nos seus traços essenciais. À luz de uma análise que não seja excessivamente formalista, é possível apreender uma opção reiterada no ordenamento jurídico português, nos anos mais recentes, pela *imedição* do acesso e exercício de certas atividades pelos particulares, só possível, por isso, à custa da alteração do quadro tradicional de autoridade típico da atividade administrativa de controlo prévio.

Contudo, uma compreensão lograda do fenómeno não pode surgir desligada das tendências mais amplas que abalam o Direito Público e, em particular, o Direito Administrativo, com repercussões de relevo sobre a própria Ciência do Direito Administrativo. Tendo como pano de fundo a propalada “crise” do Direito Administrativo – pelo menos de um certo paradigma clássico –, encetaremos um percurso, ainda que necessariamente breve, pelas novas tendências institucionais e normativas que definem o Direito Administrativo na sua situação atual, sobretudo à luz dos desenvolvimentos mais recentes registados no horizonte jurídico-cultural em que se insere a ordem jurídica portuguesa, com uma paragem obrigatória, portanto, no processo de privatização, regulação e simplificação (administrativa).

Importa acrescentar que o estudo destes fenómenos deve entendê-los como *solução-problema* no contexto de transformação do Direito Administrativo. Sendo à luz desta *natureza dual* que tentaremos enveredar pela sua descrição.

Assim, as alterações sofridas pelo Direito Administrativo fazem-se sentir, muito visivelmente, no campo do tradicional agir administrativo, com especial impacto sobre a intervenção pública para controlo das atividades dos particulares, em regra desenvolvida por via do instrumento de controlo público prévio e preventivo por excelência, a *autorização administrativa*. Por sua vez, esta tem abandonado espaços importantes de atuação que tradicionalmente lhe eram acometidos pela Lei, ocupados agora por figuras como a *mera comunicação prévia*, processo para o qual o Direito Europeu tem contribuído de forma evidente - *vid.* Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de

Dezembro, (“Diretiva Serviços”), transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

Em Portugal, a *mera comunicação prévia* foi introduzida recentemente no âmbito do regime jurídico de certos Direitos Administrativos especiais, nomeadamente no Direito Económico e no Direito do Urbanismo. Com efeito, esta figura foi adotada pela primeira vez, entre nós, como mecanismo de controlo das atividades privadas económicas de natureza comercial, no âmbito do “Regime Jurídico do Licenciamento Zero”, instituído pelo Decreto-lei n.º48/2011, de 1 de abril e entretanto alterado pelo Decreto-lei n.º141/2012, de 11 de julho e pelo Decreto-lei n.º10/2015, de 16 de janeiro, para seguidamente ser adotada - ainda que com diferenças de monta - no âmbito do regime jurídico do acesso e exercício das atividades privadas de conteúdo económico com natureza industrial, tal como ficou fixado pelo “Sistema da Indústria Responsável (SIR)” criado pelo Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de agosto, regime que perdurou até à versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 73/2015, de 11 de maio, diploma que foi responsável por alterações significativas - de ordem formal e material - sobre aquele regime.

A compreensão da figura da *mera comunicação prévia* na sua consagração legislativa só fica completa com a análise da sua introdução e configuração no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) (contido no Decreto-Lei n.º 555/1999, de 16 de dezembro) conforme com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º136/2014, de 9 de setembro, para controlo da atividades privada urbanísticas. A *mera comunicação prévia* ao serviço da “necessidade urbanística” representa uma importante inovação, enquanto figura de rutura com os quadros tradicionais do controlo administrativo das operações urbanísticas dos particulares. Ademais, importa não esquecer que, na prática, pode surgir a hipótese da sua convocação sempre que em concreto surgir a necessidade de acesso e exercício de uma atividade económica com repercussão territorial.

A operacionalização da nova forma de relacionamento entre os particulares e a Administração perspetivada pela figura da *mera comunicação prévia* coloca importantes problemas que iremos abordar no decurso da nossa reflexão. cremos, contudo, que a comparação desta figura - no seu significado e nos problemas que suscita - com as transformações e o acervo de soluções oferecidas pelo atual Direito Administrativo em reação aos problemas que hoje este ramo do Direito enfrenta, se revela útil para uma reflexão

sobre a reconfiguração do exercício da autoridade administrativa – verdadeiro *leitmotiv* desta dissertação – e bem assim do novo papel atribuído à função administrativa.

## Parte I.

### A Situação Contemporânea do Direito Administrativo

#### 1. Um Direito Administrativo em “crise”?

Qualquer reflexão que se queira empreender em torno de um dos inúmeros problemas que marcam a situação hodierna do Direito Administrativo, deparar-se-á com a já famosa “crise do Direito Administrativo”<sup>1</sup>. Uma “crise” que, nas suas consequências possíveis, deve ser entendida como “ponto de rutura na continuidade”.<sup>2 3</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. J. L. C. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* 193 (2014), pp. 11 a 44 (p. 12); S. MUÑOZ MACHADO, «Hacia un nuevo Derecho Administrativo», in *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, coord. Avelino Blasco Esteve, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, pp. 191 e ss. O conceito de “crise” não é de fácil apreensão. Será útil referir que a sua utilização deriva do domínio das ciências médicas, cf. L. MENESES DO VALE, *Metodologia do Direito – Guião das Aulas Práticas*, 6ª versão, polic., Coimbra 2011/2012, p. 132. Embora à luz de um contexto diferente – a propósito da crise cultural e filosófica da “razão”-, refere este Autor que “(...) a crise é um termo médico, que indica o momento crucial em que se não sabe se a doença vencerá ou não, podendo evoluir positiva ou negativamente” (p. 132).

<sup>2</sup> São estas as palavras utilizada por A. G. WALKER, «Prólogo», in J. ALLI ARANGUREN, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 15 a 18 (p. 15). Acrescenta o mesmo Autor (p. 15) que a “consciência da crise supõe a perceção da mutação que está a ser produzida e da transitoriedade do momento até que se vislumbre uma nova ordem estável (...)” (tradução nossa). Consciência que, acrescentamos nós, exigirá, por norma, um lapso temporal mais ou menos longo. Por aqui se vê que a tarefa de análise desta “crise” por um jurista imerso na mesma não é empreendimento fácil.

<sup>3</sup> Está ainda por apurar – pelo menos entre nós - o real impacto que a crise económico-financeira iniciada em 2008 teve sobre o Direito Administrativo, tarefa que só será plenamente conseguida pelo distanciamento temporal em relação aos factos. Contudo, sugerindo uma anterioridades da “crise” do Direito Administrativo em face desta recente crise económica e financeira, P. OTERO, «A Crise: Um Novo Direito Administrativo», in *A Crise e o Direito*, coord. De J. B. Gouveia e N. Piçarra, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 201 a 215. *Vid.* ainda, sobre a relação entre estas duas “crises”, o diagnóstico realizado por P. GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 29 e ss.

Com efeito, esta inevitabilidade surge igualmente a propósito de uma reflexão como aquela que propomos encetar com esta dissertação, muito por força do carácter inovador representado pela figura que constitui o seu objeto concreto de análise – a *mera comunicação prévia*, enquanto mecanismo idóneo para levar a cabo uma específica atividade privada -, talqualmente foi introduzida na nossa ordem jurídica. Em última análise, uma novidade como esta será sempre um sinal da “crise”, revelando-se, portanto, o seu estudo como adequado para a compreensão deste fenómeno em geral, que, na sua magnitude, apresenta contornos mais amplos.

O contexto de “crise” que predica muito especialmente o Direito Administrativo – apresentando, de igual forma, um impacto relevante sobre a totalidade do Direito Público - tem motivado divergências no seio da doutrina administrativista não tanto no que concerne à sua constatação, descrição e caracterização, mas sobretudo relativamente às consequências e possibilidades que esta tendência pode potenciar sobre o desenvolvimento futuro deste ramo do Direito.<sup>4</sup>

Antes de avançarmos para a abordagem destas divergências, teremos de apurar qual o modelo de Direito Administrativo que é colocado em causa por esta tendência. Ora, este modelo é precisamente o modelo *clássico* identitário de um Direito Administrativo essencialmente centrado e pensado pela tradicional Ciência do Direito Administrativo - durante pelo menos todo o século XX - em função da sua *raison d'être*, o Estado.<sup>5 6 7</sup>

---

<sup>4</sup> P. OTERO após surpreender a “essência constitucional do próprio Direito Administrativo” com base na síntese liberdade-autoridade (segurança) e descrever a rotura do modelo tradicional (cfr. *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013, p. 128 e ss.), sublinha que existe um verdadeiro “processo de revolução administrativa em curso”, estando este na base da “crise do Estado administrativo” (pp. 133 e ss.).

<sup>5</sup> É este modelo *clássico* que fornece as bases (ainda) hoje para uma “matriz identitária do Direito Administrativo”, nos termos em que é concebida por P. OTERO, cfr. *Manual ...*, cit., pp. 34 e 35.

<sup>6</sup> Assim, S. CASSESE, «New paths for administrative law: A manifesto», *International Journal of Constitutional Law* 3 (2012), Oxford University Press and New York University School of Law, pp. 603 a 613 (p. 603).

<sup>7</sup> Utilizamos aqui o conceito de Estado de acordo com uma aceção *administrativa*, enquanto “Estado-administração”, cfr. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 219 a 221. Assim, ainda segundo este Autor e nesta aceção, “o Estado é a pessoa coletiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob direção do Governo, a atividade administrativa” (p. 220), entendimento necessariamente diferente daquele que é típico de uma aceção *internacional* ou *constitucional* de Estado (p. 219). Para o entendimento da noção de Estado com a aceção aqui referida, *vid.* também D. FREITAS DO AMARAL, «Estado», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume II, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984, cols. 1154 a 1155.

Sem qualquer pretensão exaustiva quanto à indicação dos fatores que estão na base da mesma, diremos que a causa primeira desta “crise do Direito Administrativo” será, portanto, em grande medida, uma (outra) “crise” da própria estadualidade.<sup>8 9</sup>

Posto isto, segundo S. CASSESE, a divergência fundamental que surge a propósito desta “crise” consiste na recente defesa por uma parte da doutrina administrativista da falência ou “fim” do Direito Administrativo, de acordo com um fenómeno de *desagregação* com origem em múltiplos fatores (v.g., privatização, globalização) – é o que propõe a doutrina francesa e belga -, em face da defesa da existência de um “novo Direito Administrativo” – tal como propugna a doutrina alemã<sup>10 11</sup>. Os autores que surgem a defender aquela posição sublinham precisamente o declínio do Estado como causa imediata da “morte” do Direito Administrativo. Por outro lado, a doutrina alemã sustenta existir hoje um “novo Direito Administrativo”, apoiando a sua consideração nas ideias de transformação, reforma e modernização produzidas sobre o modelo existente de Direito Administrativo.<sup>12</sup>

Embora não seja defensável a consequência “fatal” desta “crise” sobre o Direito Administrativo, é forçoso reconhecer que a mesma encerra em si um grande potencial de *transformação, reforma, modernização e renovação*, a permitir a reformulação de certos elementos típicos do quadro normativo e institucional do Direito Administrativo

---

<sup>8</sup> Na verdade, esta “crise” é verdadeiramente multidimensional: de *legitimidade, autoridade e de identidade*, cfr. P. GONÇALVES, *Programa de Direito Administrativo II: Crise económico-financeira e Direito Administrativo*, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Administrativo: 2011/2012, (disponível *on-line* em: <<http://www.pedrocostagocalves.eu/PDF/aulas/programa.pdf>>).

<sup>9</sup> A este propósito, L. F. C. ANTUNES (*O Direito Administrativo sem Estado – Crise ou Fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008) diagnostica mesmo o “crepúsculo da parábola estadual” (pp. 19 e ss.), começando a desenhar-se, deste modo, aquilo que este Autor designa como “parábola terminal do Estado como forma de ordenamento jurídico geral” (p.29). Foi este “Estado com forma de ordenamento geral” que foi marca de afirmação do próprio Direito Administrativo ainda no Século XIX (p. 22). Adianta ainda este Autor que esta “ausência” ou “descentração do Estado-Administração” (p. 39) é responsável por importantes repercussões sobre os “princípios ontológicos e fundacionais” do Direito Administrativo: não apenas sobre o princípio da *estadualidade*, mas de igual modo sobre o próprio princípio da *legalidade* (p. 43).

<sup>10</sup> Seguimos aqui a lição de S. CASSESE, «New paths for administrative law: A manifesto» ..., cit., p. 603. Útil é o levantamento bibliográfico efetuado por este Autor no que se refere às principais obras que sustentam estas posições na doutrina francesa e belga, bem como na doutrina alemã, *vid.* notas 1 e 2, respetivamente.

<sup>11</sup> Em Portugal, a possibilidade de um “novo Direito Administrativo” (*NDA*) constituiu já objeto de análise por alguma doutrina. Sobre este tópico, *vid.*, por todos, S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, [Onde a Autora refere que a emergência deste novo paradigma depende não apenas de “fatores externos” ao ordenamento jurídico administrativo nacional (pp. 11 e ss.), mas também de “fatores internos” (“*inside the system*”) a este ordenamento (pp. 39 e ss.), apresentando e analisando, concomitantemente, manifestações deste mesmo fenómeno (pp. 59 e ss.)].

<sup>12</sup> Cfr. S. CASSESE, «New paths for administrative law: A manifesto» ..., cit., p. 603; «“Le droit tout puissant et unique de la société” - Paradossi del diritto amministrativo», *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4 (2009), pp. 879 a 902.

tradicional<sup>13 14 15</sup>. Nestes termos, a dialética que subjaz ao problema tal como foi aqui colocado, realiza-se entre a essencial *estabilidade* e a inevitável *transformação* que perpassa o Direito Administrativo.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Esta última expressão é utilizada por J. E. F. DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 603. Este Autor defende nesta obra – conceção que partilhamos no essencial – que, embora a existência de uma tensão transformadora no seio do Direito Administrativo seja um facto inegável, isto “não invalida a tendência de continuidade e a necessidade de ter pilares sólidos sobre os quais assenta a construção e a defesa dos direitos e dos valores fundamentais” (p. 604).

<sup>14</sup> Em termos gerais, a “reforma administrativa” consiste “numa série de intervenções, promovidas pelo corpo político ou pelo administrativo, para adaptar as Administrações públicas às transformações económicas e sociais” (tradução nossa), assim S. CASSESE, «La Era de Las Reformas Administrativas», in *La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 191 a 217 (p. 191). *Reforma* que é hoje uma “função pública permanente” que justifica mesmo criação de Ministérios ou órgãos administrativos especialmente vocacionados para este efeito, cf. S. CASSESE, «La Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo», in *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 477 a 493 (p. 490). Como prova desta afirmação, é de salientar, a título de exemplo, a existência entre nós de um *Ministério da Presidência e da Modernização Administrativa* e de um instituto público criado para prosseguir as atribuições deste Ministério, a *Agência Para a Modernização Administrativa, I.P. (AMA)* (<<http://www.ama.pt/>>).

<sup>15</sup> P. GONÇALVES (cfr. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 13) afirma mesmo que “uma reflexão sumária sobre as etapas mais recentes do processo de evolução do Estado Administrativo herdado do século XX conduz-nos à conclusão de que “transformação” é, provavelmente, a palavra mais certa para caracterizar, nesse âmbito, a época em que vivemos”. O tema da transformação do Direito Administrativo não é novo. Na verdade, esta problemática tem sido uma constante no âmbito da dogmática jurídico-administrativa desde o nascimento e consolidação do Direito Administrativo como ramo autónomo do Direito. A novidade reside antes na especial intensidade com que a doutrina aborda este assunto atualmente, cfr. J. L. C. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Reflexiones...*, cit., p. 13. Ademais, a sua discussão é fixada por SABINO CASSESE (cfr. «La Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo» ..., cit., pp. 477 e ss.) já nas elaborações teóricas de dois *founding fathers* do Direito Administrativo: Léon Duguit, em França, e Otto Mayer, na Alemanha. O primeiro acolhia um ideia de transformação sobre o Direito Administrativo e o Direito Público, enquanto que o segundo apresentava uma postura teórica e dogmática claramente mais conservadora, reconhecedora da necessidade de garantir a estabilidade dos quadros tradicionais do Direito Administrativo. É dele, aliás, a célebre frase “*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht: dies hat man anderwärts schon längst beobachtet*” (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, apud SABINO CASSESE «La Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo» ..., cit., pp. 478), que viria a estar na base de outro título e de outra tese entre nós, desta vez de J. J. G. CANOTILHO, «O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 705 a 722. S. CASSESE, refletindo sobre o período que medeia o final do século XIX e a atualidade, encontra importantes pontos de transformação no Direito Administrativo. Assim, segundo o Autor, o Direito Administrativo assumiu como *características originárias* a nacionalidade (territorialidade), a pressuposição da supremacia da Administração Pública (ancorada no princípio da legalidade e na discricionariedade), a indicação de um regime *especial* conferidor de especiais prerrogativas (“*regime administratif*”), o carácter sobretudo governamental da Administração Pública, e o facto de a atuação desta constituir objeto de controlo por um *juiz especial*. Hoje, estas características foram alvo de modificações relevantes, que derivam da crise de *territorialidade* (por força da europeização e internacionalização), da erosão da *supremacia* do Direito Administrativo, com a alteração da especialidade deste Direito em face do Direito Comum, do “eclipse do Governo dentro do Direito Administrativo” e da afirmação de uma Administração submetida quase totalmente, na sua atividade, ao controlo por um juiz cada vez menos especial, cfr. «La Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo» ..., cit., pp. 481 e ss.

<sup>16</sup> S. CASSESE chega mesmo a colocar a questão “o que prevalece agora: continuidade e declínio, ou desenvolvimento e modernização?” (tradução nossa), *vid.* «New paths for administrative law: A manifesto» ..., cit., p. 604.



É de salientar, também, que no momento atual parece ser seguro optar pela inexistência de um “novo Direito Administrativo”, visto as transformações apresentarem uma concretização sobretudo sectorial, tendo as novidades de conviver necessariamente com as soluções do “velho Direito Administrativo”<sup>17</sup>. Afigura-se-nos, por isso, mais correto referir a existência de um Direito Administrativo *em transformação*.

Para tentar compreender toda esta problemática, revela-se adequado abordar algumas das coordenadas inovatórias por detrás desta “crise”, que têm conduzido, em última análise, à inevitável transformação (i.é., à adaptação) do Direito Administrativo que conhecíamos até aqui. Falamos de um conjunto de traços mais ou menos próximos desta “crise”, mas que, em todo o caso, formam o caldo teórico para a cabal compreensão da situação que enquadra e suporta a tendência, que como referimos *supra*, justifica a introdução de figuras jurídicas inovadoras no contexto jurídico-administrativo português, como é o caso da *mera comunicação prévia*.

Sem embargo, de acordo com o nosso entendimento, importa igualmente apurar qual o impacto associado a esta inovação – consubstanciada na consagração da *mera comunicação prévia* – em relação às soluções dogmáticas que o Direito Administrativo oferece máxime sobre um instrumento típico do tradicional agir administrativo - a autorização administrativa –, instituto cuja *estabilidade* é, deste modo, confrontada.

## **2. Do ímpeto privatizador à exigência regulatória**

### **2.1. O fenómeno da privatização**

#### **2.1.1. Conceito e significado para o Direito Administrativo**

Ao atual contexto de “crise” ou de modificação do Direito Administrativo por nós afluído no ponto anterior, não é estranho o fenómeno de privatização que incidiu sobre o Estado-Administração e que foi iniciado nas duas últimas décadas do século passado,

---

<sup>17</sup> É o que defende S. CASSESE, «La Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo» ..., cit., p. 490.

embora, em termos rigorosos, este revele uma anterioridade histórica mais longínqua no que toca aos seus contornos essenciais<sup>18</sup>. Assim, devemos assinalar que, na medida em que constitui um importante vetor que afeta hoje, de maneira decisiva, todo o Direito Administrativo, este fenómeno está igualmente situado a montante da tendência que pretendemos captar nesta reflexão – como um dos principais fatores desencadeantes, revelando-se útil, por isso, a sua adequada consideração.<sup>19</sup>

A definição de *privatização* não constitui tarefa fácil, muito por força do leque de significados que este conceito comporta<sup>20 21</sup>. Porém, à luz de um entendimento lato, podemos adiantar que a privatização consiste em um *processo* tendente à transferência de bens ou tarefas que integravam o sector público – e que por isso eram bens públicos ou tarefas públicas - para o sector privado, por via de um *ato* praticado por uma entidade pública.<sup>22 23</sup>

Pela sua magnitude, a tendência privatizadora tem sido objeto, como não poderia deixar de ser, de vários questionamentos no seio da doutrina administrativista. O principal problema que tem ocupado esta doutrina é o de saber que tarefas ou bens podem ser objeto de privatização. Por outras palavras, trata-se aqui de questionar a existência de *limites* a

---

<sup>18</sup> Assim, P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 31 a 57 (pp. 31 a 36). Este Autor sublinha o facto de a privatização que aqui abordamos, pese embora a sua anterioridade, surgir com uma reconhecida “originalidade histórica” (p. 36), constituindo esta sua manifestação mais recente o objeto da análise que este Autor leva a cabo no artigo citado. Cfr. também P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 464; P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 151.

<sup>19</sup> P. GONÇALVES destaca o lugar que este fenómeno ocupa no debate político atual, pela sua importância social e jurídica, bem como no âmbito do próprio Direito Público. Nas palavras deste Autor, é este um “tema de moda”, cfr. *Entidades...*, cit., pp. 151 e 152.

<sup>20</sup> Assim, P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 465. Para este Autor o conceito de *privatização* pode ser perspetivado como incidindo sobre a regulação administrativa da sociedade; sobre o Direito regulador da Administração; sobre as formas organizativas da Administração; sobre a gestão ou exploração de tarefas administrativas; sobre o acesso a uma atividade económica; sobre o capital social das empresas públicas; sobre os critérios substantivos da decisão administrativa; ou sobre os mecanismos de controlo da Administração (pp. 465 e ss.).

<sup>21</sup> Referindo-se ao significado *político, teórico e retórico* desta figura, P. STARR, «The Meaning of Privatization», *Yale Law & Policy Review*, Volume 6 (1998).

<sup>22</sup> Assim, P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 152. O sentido que aqui acolhemos para o conceito de privatização corresponde, segundo este Autor, à verdadeira ou “autêntica privatização” (p. 152). Com este sentido lato *vid.* também a definição proposta por P. DELVOLVÉ, «La privatisation du service de l'État.», *Pouvoirs* 117 (2006), p. 107-120 (p. 107). Segundo P. OTERO, privatizar significa “remeter para o Direito Privado, transferir para entidades privadas ou confiar ao sector privado matérias ou bens até então excluídos ou mais limitadamente sujeitos a uma influência dominante privada”, cfr. *Manual...*, cit., p. 465.

<sup>23</sup> O *ato* que concretiza a privatização – o mesmo equivale a dizer, o método, processo ou meio jurídico pelo qual esta se materializa -, terá de ser sempre *público*. Para este efeito, relevará uma *decisão legislativa* (“*ope legis*”) que opte diretamente pela privatização, uma *atuação administrativa* com efeito direto que concretize uma disposição legal – lei que encerra uma escolha de privatização, ainda que com efeitos indiretos, produzidos, portanto, pelo recurso a um “típico meio jurídico-administrativo” – ou por “*meios jurídico-privados*”, mas pressupondo esta possibilidade sempre uma opção administrativa ou legislativa prévia, cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., pp. 43 e ss.

conformar este fenómeno e, caso esta existência se confirme, de determinar a sua natureza e a sua extensão. Esta problemática vem assim substituir aquela que, durante um largo período de tempo, constituiu a questão fulcral no que respeitava aos fenómenos de privatização, que consistia no perguntar pelos *fundamentos* ou pela *justificação* da mesma.<sup>24</sup>

Não parece restar hoje qualquer dúvida entre a doutrina acerca da afirmação de que, pelo menos de um ponto de vista jurídico, a privatização é *limitada*. Ou seja, a mesma não pode repercutir-se sobre a totalidade da Administração Pública.<sup>25 26</sup>

Fala-se, conseqüentemente, na existência de *limites gerais* – i.é., condicionantes de toda a privatização –, mas também em *limites específicos* que refreiam este fenómeno. Segundo PAULO OTERO, os *limites específicos* podem vincular a “privatização da Administração Pública de natureza económica” ou a “privatização da Administração Pública sem natureza económica”.<sup>27 28</sup>

---

<sup>24</sup> Cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., p. 57. Para mais desenvolvimentos sobre estes fundamentos, *vid.* P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., pp. 47 e ss.

<sup>25</sup> Cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., pp. 52 e ss.

<sup>26</sup> Muito embora as sucessivas alterações ao texto constitucional tenham contribuído de sobremaneira para a compressão do acervo de atividades e de bens subtraídos à possibilidade de privatização ou, por outras palavras, para a diminuição dos limites do fenómeno de privatização. Assim sucedeu com a segunda revisão constitucional de 1989 - que eliminou o princípio da irreversibilidade das nacionalizações – e com a quarta revisão constitucional de 1997 – que retirou a imposição constitucional sobre a existência de sectores básicos vedados à iniciativa económica privada. Cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., p. 52.

<sup>27</sup> Nos *limites gerais* da privatização inclui-se a manutenção da existência de funções típicas de soberania (defesa nacional, segurança interna, justiça e negócios estrangeiros), pela necessidade de proteger a existência de um conjunto de tarefas cuja execução é responsabilidade direta do Estado, nos termos definidos e projetados constitucionalmente no domínio do princípio da socialidade ou - como refere P. OTERO - da “cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social” (v.g., saúde, educação) e, igualmente, pela exigência de uma habilitação conferida por uma norma constitucional ou legal, cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., pp. 53 e 54. Sobre o princípio da socialidade, *vid.* J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 333 e ss. Quanto aos *limites específicos* da privatização, incluem-se, no *primeiro tipo* referido a imposição constitucional da coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção (cfr. artigos 80.º, alínea b), 82.º, n.º1 e 288.º, alínea f) da CRP), a possibilidade de definição legal dos sectores básicos interditos à iniciativa empresarial privada (cfr. artigo 86.º, n.º3 da CRP) e possibilidade de nacionalização de meios de produção privados (cfr. artigo 165.º, n.º1, alínea l da CRP). Na *segunda categoria*, insere-se a obrigação constitucional de os poderes públicos de soberania com carácter permanente só poderem ser exercidos por autoridades públicas, a reserva constitucional de Direito Administrativo para o exercício de poderes típicos de soberania ou poderes contidos no “núcleo essencial” da autoridade administrativa e, finalmente, a proibição da privatização exigida pela “configuração constitucional do regime da função pública”, cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., pp. 54 e ss.

<sup>28</sup> Na pressuposição de que a privatização é *necessariamente limitada* na sua extensão, a doutrina tem proposto uma metodologia - para apuramento dos concretos limites da privatização - que passa pela delimitação de um núcleo de tarefas públicas ou bens públicos necessários ou indispensáveis, i.é., cuja subtração ao sector público com o intuito de proceder à sua privatização, seja suscetível de fazer perigar o interesse público. Contudo, na definição deste acervo essencial, têm as entidades públicas (leia-se, o legislador) uma efetiva “margem de apreciação”, ainda que enquadrada pelas exigências jurídico-constitucionais. Assim, S. TAVARES DA SILVA

## 2.1.2. Tipologia

A complexidade que envolve este fenómeno torna-se ainda mais evidente aquando da tentativa de abordagem dos tipos ou modalidades em que este se manifesta, muito devido à inexistência de um consenso doutrinário quanto à sua sistematização. Todavia, um esforço de aproximação aos diversos tipos de privatização que surgem na prática é necessário para visualizarmos a multidimensionalidade com que este fenómeno se manifesta na prática e, deste modo, progredirmos na compreensão do mesmo.

Em primeiro lugar, podemos socorrer-nos de um critério de distinção que parta do *objeto* sobre o qual recai a privatização. Segundo este *critério do objeto de privatização*, é possível distinguir entre uma privatização tendente à colocação no âmbito do sector privado de determinados *bens públicos* (v.g., empresas públicas), ou antes de determinadas *tarefas públicas*.<sup>29</sup>

A privatização de *bens públicos* assume, portanto, um carácter *patrimonial*. Com efeito, a doutrina refere-se a esta modalidade de privatização como sendo uma *privatização patrimonial*. Esta pode ainda ser *material* ou *autêntica* (*privatização patrimonial material* ou *autêntica*) - quando o bem é colocado no sector privado -, ou então meramente *formal* (*privatização patrimonial apenas formal*), segundo a qual o bem objeto de privatização, v.g., passa a integrar o domínio privado da Administração devido a um ato de desafetação do bem do domínio público ou quando se altera uma entidade pública empresarial, assumindo esta a forma societária nos termos do Direito Comercial.<sup>30</sup>

Por outro lado, quando se observa a transferência de *tarefas ou atividades públicas* para o sector privado, fala-se em *privatização de tarefas*.<sup>31</sup>

---

«Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo», *RevCedoua*, ano III 1 (2000), pp. 55 a 70 (p. 58).

<sup>29</sup> O critério aqui adotado e o desenvolvimento da sua aplicação corresponde à explicação fornecida por P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 152 e 152.

<sup>30</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 153.

<sup>31</sup> Em princípio, esta privatização (patrimonial ou de tarefas) é *expressa*. Contudo, como refere a doutrina, a mesma pode ganhar a forma de uma privatização *de facto*, *dissimulada* ou *implícita*. Esta é “uma privatização não baseada numa decisão pública aberta e frontal de abdicação, mas, em vez disso, num “processo silencioso” de desocupação pública, com a consequente ocupação por actores privados”, P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 154.

Esta bifurcação permitida pelo *critério do objeto de privatização* vai ao encontro do conceito de privatização que referimos *supra* (vid. ponto 2.1.1.). Vimos ali que a *privatização* “consiste em um processo tendente à *transferência de bens* ou *tarefas* que integravam o sector *público* – e que por isso eram bens públicos ou tarefas públicas - para o sector *privado*, por via de um *ato* praticado por uma entidade pública”. Esta definição pressupõe como regra que toda a privatização de tarefas – a que nos vai ocupar daqui em diante – implica que, uma vez situada a tarefa no sector privado, que a mesma assuma, necessariamente, uma *natureza jurídica privada* e perca, como consequência, a sua *natureza jurídica pública*. Todavia, a nota de generalidade implicada neste conceito não permite uma correta abordagem do fenómeno nos seus contornos mais específicos.

Em segundo lugar, é útil utilizarmos aqui um critério que considere a manutenção ou não da *natureza jurídica pública* da respetiva tarefa que foi objeto de privatização. Nestes termos, à luz de um *critério da natureza jurídica* da tarefa que constituiu *objeto* de privatização, é possível referir uma *privatização material ou substancial de tarefas* – correspondente ao sentido contido no conceito geral de privatização que expusemos -, que consiste na cessão por *completo* ou em termos *parciais* de uma tarefa pública para o sector privado, perdendo esta, por isso, a sua natureza jurídica pública<sup>32 33</sup>. Nas palavras de P. GONÇALVES, esta modalidade de privatização implicará a “renúncia pública à titularidade da tarefa”, uma sua “despublicização” ou a “desintervenção”.<sup>34</sup>

Mas é possível aludir, ainda, a uma segunda modalidade segundo este critério, nos termos da qual não ocorre a eliminação da *natureza jurídica (pública)* da tarefa na sequência do respetivo processo de privatização.

P. GONÇALVES refere-se a esta modalidade - com o intuito de operar uma distinção em face da “privatização material de tarefas” e no contexto da *privatização de responsabilidades públicas* - como “privatização no âmbito da execução de tarefas públicas”, englobando esta categoria, segundo este Autor, a “privatização orgânica” e a

---

<sup>32</sup> A solução oferecida por este critério é próxima da explanação desenvolvida por P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 152 e ss; pp. 322 e ss.

<sup>33</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 67 e ss.; J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 28 e 29; pp. 107 e ss.; J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., pp. 637 e ss.; S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., pp. 58 e 59.

<sup>34</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 153.

“privatização funcional”. Com a “privatização orgânica” - contrariamente à “privatização funcional” - verifica-se a privatização da *responsabilidade de execução* da tarefa.<sup>35</sup>

Por sua vez, J. C. VIEIRA DE ANDRADE engloba nesta categoria a *privatização formal ou instrumental* e a *privatização funcional*. Desta forma, permanecendo a tarefa como *pública*, mas ocorrendo a privatização da respetiva *gestão*, concretizada, portanto, por entes públicos, mas com recurso aos mecanismos típicos do Direito Privado, fala-se em *privatização instrumental*<sup>36</sup>. Já quando é a própria *forma* da entidade que se altera em consequência da privatização, levando à criação na prática de entes públicos com forma privada (“pessoas coletivas privadas de “mão pública” ou “entidades administrativas privadas”), estamos perante uma privatização da própria *organização*, mantendo-se esta incluída na modalidade de *privatização formal ou instrumental*.<sup>37</sup>

O mesmo Autor refere ainda a existência de uma terceira modalidade de privatização que implica a manutenção da natureza jurídica *pública* da tarefa, a *privatização funcional*. Aqui o que está em causa é a privatização da *execução* de uma tarefa substancialmente pública – que é concedida ou delegada em entidades privadas. Entidades que devem assumir a *responsabilidade de execução* da respetiva tarefa.<sup>38</sup>

Esta participação das entidades privadas no exercício de poderes públicos pode assumir diversos graus, desde a “mera colaboração subordinada” à responsabilização efetiva, e várias formas, *v.g.*, concessões, parcerias público-privadas, delegação de funções.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 155; p. 322. Este Autor aborda, noutra altura, o critério de distinção entre estes dois subtipos de “privatização no âmbito da execução de tarefas públicas”, as suas dificuldades práticas, bem como os corolários desta demarcação, cfr. pp. 348 e ss.

<sup>36</sup> J. E. F. DIAS e F. P. OLIVEIRA (cfr. *Noções...*, cit., p. 108) referem-se aqui a uma “privatização formal da gestão de pessoas colectivas públicas”. Estes Autores vão ao encontro de J. C. VIEIRA DE ANDRADE (cfr. *Lições...*, cit., p. 68) quando este Autor afirma que o fenómeno da privatização da gestão está associado à *empresarialização* da Administração Pública, cfr. *Noções...*, cit., p. 108. Sobre esta tendência *vid.* também P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., 334 e ss.

<sup>37</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., pp. 67 e 68.

<sup>38</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 68.

<sup>39</sup> J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA (cfr. *Noções...*, cit., 108) referem-se a esta modalidade como sendo de “exercício por privados de funções administrativas”. Sobre a delegação de poderes públicos em entidades privadas no âmbito de esquemas colaborativos de “*mixed administration*” e a sua adequação constitucional no contexto norte-americano, *vid.* G. E. METZGER, «Privatization as Delegation: Reformulating State Action in Private Delegation Terms», *Columbia Law Review*, Volume 6 103 (2003), pp. 1367-1502. Sobre aqueles esquemas, *vid.* também J. FREEMAN, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law* (2009), (disponível *on-line* em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=165988](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165988)>), [onde a Autora sublinha a necessidade de considerar o papel dos atores privados no desempenho de funções públicas, para além da preocupação tradicional do Direito Administrativo norte-americano com o controlo e a limitação das *agências administrativas*]. Encarando a delegação de funções em atores privados como resultado da globalização do Direito Administrativo não apenas norte-americano, *vid.* A. C. AMAN, «Administrative Law for a New Century», in *Province of Administrative Law*, ed. M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 1997.

Por fim, atentando no carácter privado ou público da entidade que executa a tarefa e tomando a privatização *funcional* à luz de uma perspectiva *organizativa*, sublinha ainda J. C. VIEIRA DE ANDRADE que podemos estar perante uma “privatização orgânica formal” - se a execução da tarefa pública é levada a cabo por entidades privadas criadas pela administração (“entidade administrativa privada”) – ou perante uma “privatização orgânica material”- se aquela mesma tarefa for desenvolvida por verdadeiras entidades privadas.<sup>40 41</sup>

### 2.1.3. A privatização do procedimento administrativo

Discute-se, entre a doutrina, se a *privatização do procedimento administrativo* constitui ou não uma modalidade autónoma de privatização.

Segundo P. GONÇALVES, esta privatização é encarada, por uma certa corrente da doutrina alemã, como significando a “renúncia” ou eliminação por completo da decisão pública, normalmente produzida na sequência do procedimento administrativo, implicando, por isso, a substituição de um procedimento *público* por um procedimento *privado*. Este Autor faz referência ainda a uma segunda corrente, que vê apenas neste fenómeno a atribuição de uma faculdade de intervenção ou participação preparatória de particulares nos trâmites conducentes à decisão final *pública*. Refere, por fim, uma terceira posição existente na doutrina germânica que defende que estas duas situações constituem, antes, duas modalidades distintas de privatização procedimental.<sup>42</sup>

Concordando com P. GONÇALVES, julgamos que o entendimento correto passa por considerar que a privatização do procedimento administrativo não representa uma modalidade autónoma de privatização, sendo legítimo afirmar estarmos aqui perante uma

---

<sup>40</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 68.

<sup>41</sup> S. TAVARES DA SILVA alerta também para a necessidade de aprofundar a compreensão de uma realidade tão importante e complexa como esta. Destarte, de acordo com a Autora, cabe chegar a uma de duas conclusões derivadas do especial significado do conceito de privatização. Caso se entenda que a privatização visa “reduzir o sector público” através da transmissão de tarefas públicas para o sector privado, então será impossível distinguir privatização material ou substancial de tarefas de privatização funcional. Já na hipótese de privatização significar a “alteração da natureza das tarefas trasladadas”, a privatização material distinguir-se-á necessariamente da privatização funcional, sendo aquela a “verdadeira privatização”, cfr. «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 59.

<sup>42</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 332. Este Autor aborda a questão da privatização do procedimento administrativo no contexto da confrontação de outros conceitos ou fenómenos com a modalidade de “privatização no domínio da execução de tarefas públicas”. Assim, para além da privatização do procedimento, o Autor refere o caso da *privatização do financiamento*, das *parcerias público-privadas*, da *contratação pública*, da *empresarialização* da Administração Pública, da *pluralização* da Administração Pública e do fenómeno da *publicização* (pp. 325 e ss.).

privatização aplicada ao procedimento administrativo (como “objeto”) ou uma “nova face” do fenómeno mais geral da privatização já categorizado pela doutrina, que surge agora concretizado em um domínio diferente, sem, contudo, assumir-se como modalidade distinta ou “de rutura”.<sup>43 44</sup>

Nestes termos, o procedimento administrativo pode ser alvo de um processo de *privatização material ou substancial*, na sequência do qual este procedimento público é substituído por um procedimento integralmente privado. Por conseguinte, esta privatização material do procedimento ocorre sobre a *totalidade* do mesmo. Não obstante, a mesma pode ser apenas *parcial*. Com a privatização material ou substancial *parcial* do procedimento administrativo, só alguns segmentos procedimentais são privatizados, mormente os contidos na instrução.<sup>45</sup>

É ainda possível referir uma hipótese segundo a qual a privatização incide sobre o exercício de competências procedimentais da Administração (de execução e de controlo), contando a Administração, por esta via, com a colaboração dos privados na execução de tarefas públicas procedimentais tendentes à preparação de decisão *públicas*<sup>46</sup>. Neste caso, fala-se de uma privatização *funcional* do procedimento ou - como prefere PEDRO GONÇALVES - de uma “privatização do procedimento no domínio das responsabilidades procedimentais da Administração”.<sup>47 48</sup>

A privatização do procedimento administrativo tem sido recorrentemente encarada como mecanismo ou via privilegiada de *transformação* e modernização do Direito administrativo, sendo a sua compreensão, a sua integração e o relacionamento com o tópico

---

<sup>43</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 332.

<sup>44</sup> Contudo, considerando ser a privatização do procedimento administrativo uma modalidade autónoma de privatização, *vid.* S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 59.

<sup>45</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 333.

<sup>46</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 333.

<sup>47</sup> Cfr. J. C. VIERA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 68; J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA, *Noções...*, cit., p. 29; p. 108.

<sup>48</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 333. Como este Autor salienta, sendo a decisão *pública* e o respetivo procedimento igualmente *público*, “trata-se, portanto, de uma privatização que atinge a fase de *instrução* do procedimento” (itálico nosso) (p. 333). Com efeito, esta privatização pode apenas incidir sobre “diligências instrutórias específicas” ou estender-se mesmo à “d direcção da instrução”, i.é., “à organização, coordenação e gestão global de toda uma parte ou mesmo de toda a instrução do procedimento administrativo”, podendo afetar ou condicionar a própria decisão pública, seja devido à possibilidade de o ato preparatório ter um valor vinculativo nos termos legais, seja porque as irregularidade (formais ou materiais) surgidas no decorrer da instrução possam vir a comprometer a decisão pública (p. 334).



geral da privatização de extrema importância do ponto de vista dogmático-jurídico<sup>49</sup>. Contudo, importa assinalar, como irá ficar mais evidente mais à frente na nossa dissertação, que a subsunção de certas figuras ou concretizações – como julgamos ser o caso da *mera comunicação prévia* – a este fenómeno mais específico de privatização (não autónoma) – estando este, deste modo, frequentemente na base da introdução daquelas -, nem sempre se revela isento, também, de uma assinalável complexidade.

## 2.2. O concurso dos particulares na prossecução do interesse público: a reconfiguração do binómio Estado-sociedade

A pesquisa pelo sentido da problemática que nos vem ocupando exige que a consideremos como *epifenómeno* de uma realidade dual que o mundo jurídico – o Direito Público em primeira mão, mas também a própria filosofia política - julgava há muito ultrapassada, mas que renasce claramente nos dias de hoje: a separação fáctica entre Estado e Sociedade.<sup>50 51</sup>

Como é sabido, a lógica subjacente à construção do Estado liberal oitocentista (abstencionista e “mínimo”) pressupunha a distinção clara deste em face da sociedade civil<sup>52</sup>. Com efeito, sob esta lógica, o Estado e sociedade constituíam dois domínios claramente separados, com um funcionamento, uma identidade e uma legitimidade radicalmente

---

<sup>49</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 331; J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA, *Noções...*, cit., 29. Como sublinha S. TAVARES DA SILVA, (cfr. «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 59) – tendo em conta que esta Autora toma a privatização do procedimento administrativo como uma modalidade de privatização – esta privatização constitui uma resposta a uma premente “necessidade no plano prático” (convocada pelos desafios que interpelam atualmente o Direito Administrativo), que suplanta o seu relevo no “plano dogmático” (porque não implica tanto “uma escolha ou decisão de remeter tarefas ou competências para a esfera privada”).

<sup>50</sup> Esta era uma distinção clássica, não apenas pelos autores (clássicos) que sobre ela refletiram – v.g., A. Smith ou F. Hegel -, mas porque a mesma se julgava já ultrapassada, cfr. J. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* 8 (2014), pp. 85 a 120 (p. 85).

<sup>51</sup> Em termos históricos, o debate aqui pressuposto surge “a partir do momento que estas duas realidades adquirem consciência da sua própria identidade”, cfr. J. ESTEVE PARDO, «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad», *Documentación Administrativa: Nueva Época* 1 (2014), (disponível *on-line* em: <dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945777>), p. 2.

<sup>52</sup> Esta realidade dual ganha máxima expressão sob este modelo estadual, embora a sua origem remonte ainda ao modelo de Estado Absoluto, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 140. *Vid.* também R. E. SOARES, *Direito Público e sociedade técnica*, Tenacitas, Coimbra, 1969, pp. 49 e ss.

diversas. À *auctoritas* estadual, opunha-se, assim, a lógica do mercado, “motor da sociedade civil”.<sup>53 54</sup>

Com o modelo de Estado social e democrático, a acentuada clivagem entre estas duas realidades desmorona-se, a favor de uma maior interpenetração ou fusão entre as mesmas<sup>55</sup>. Um Estado democraticamente legitimado passa agora a intervir *diretamente* na sociedade – muito especialmente no âmbito da atividade económica -, através da expansão burocrática, da gestão direta de serviços públicos e da produção de bens, concretizando um modelo que viria a ficar conhecido por Estado de bem-estar (*Welfare State*).<sup>56 57 58</sup>

O último quartel do século XX trouxe consigo uma profunda crise fiscal<sup>59</sup>. Com ela veio também a falência ou alteração de alguns dos pressupostos centrais do Estado social e democrático, mormente os que se relacionavam com a intervenção económica *direta* até ali realizada por este Estado “empresário” ou “prestador de serviços”.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad» ..., cit., p. 85.

<sup>54</sup> O Direito Administrativo era então visto como concretizando um “rigoroso sistema de controlos e garantias” que deveria condicionar a intervenção - necessariamente “pontual” - do Estado na esfera privada (leia-se, sobre a sociedade civil), cfr. J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante», (2007) (disponível *on-line* em: <[http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n\\_Esteve.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf)>), p. 6. Este Autor destaca ainda as implicações que esta construção teve sobre os quadros do Direito Público do século XIX, nomeadamente, por via da afirmação do princípio da legalidade (reserva de lei) e da construção negativa ou defensiva dos direitos fundamentais (p. 5, nota 1).

<sup>55</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante» ..., cit., p. 6. Sobre a transição para o modelo de Estado social, *vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.ª edição, Tirant, Valência, 2012, pp. 29 e 30.

<sup>56</sup> Um processo levado a cabo “a golpe de lei”. A expressão é de J. ESTEVE PARDO, «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad» ..., cit., p. 2.

<sup>57</sup> Antes de tudo, este é um Estado titular de importantes espaços e sectores de atuação sobre a sociedade, cfr. J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante» ..., cit., p. 6; *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 51.

<sup>58</sup> O quadro de intervenção aqui desenhado acabou por “eliminar ou desvalorizar” a ideia de *subsidiariedade da atuação estadual*, remetendo para segundo plano o fenómeno de privatização, cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., p. 35.

<sup>59</sup> Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo – Parte geral*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 60. Crise fiscal que na sua base teve uma crise *energética e económico-financeira*, a que se seguiu uma profunda depressão, cfr. T. RAMÓN FERNÁNDEZ, «Las Transformaciones del Derecho Administrativo a Resultados de las Privatizaciones», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 333 a 344 (p. 335).

<sup>60</sup> Cfr. V. MOREIRA, *Programa da disciplina de “Direito público da regulação”*, Universidade de Coimbra, 2012 (disponível *on-line* em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>), pp. 15 e ss.; «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 223 a 249 (p. 224). Sobre a “crise do Estado social”, *vid.* L. PAREJO ALFONSO, «El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, 153, 2000.

Seguiu-se a este processo uma retração estadual, que foi acelerada pelo movimento de privatização<sup>61</sup>. É comumente referido que a privatização da Administração Pública - e o impacto desta sobre o próprio Direito Administrativo – começa-se a desenhar neste mesmo período (como, aliás, já assinalámos *supra*, *vid.* ponto 2.1.1) e tornando-se especialmente visível mais recentemente, durante a crise económico-financeira iniciada em 2007.<sup>62</sup>

Este recuo do Estado acaba por reavivar a dicotomia liberal entre Estado e Sociedade – adormecida durante grande parte do último século -, embora o binómio que a sustenta saia necessariamente reconfigurado.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Tendo em conta este recuo do Estado e da intervenção pública sobre a sociedade (i.é., sobre o mercado), alguns autores falam numa “desestadualização da sociedade”, cfr. J. B. AUBY, «La bataille de San Romano Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», (2012) (disponível *on-line* em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/09/Auby-3.pdf>>), p. 4. Em sentido idêntico, E. S. SAVAS, *Privatization and Public-Private Partnerships* (2005) (disponível *on-line* em: <<http://down.cenet.org.cn/upfile/37/200711622729132.pdf>>), p. 2.

<sup>62</sup> Para além do contexto histórico-político que rodeou os primeiros sinais deste fenómeno, a doutrina refere que a privatização surgiu como remédio para os insuportáveis gastos públicos exigidos pelo progressivo desenvolvimento do Estado social e para a ineficácia e ineficiência da gestão pública. Em verdade, a opção pela translação para o sector privado de importantes domínios localizados antes sob o domínio da Administração Pública, tem sido potenciado, principalmente, por razões de racionalização financeira e orçamental. Esta opção representará, porventura, uma retração autónoma, mas em grande parte também resultante ou potenciada pelo crescimento de entidades providas da própria sociedade civil (v.g., corporações), que são agora detentoras de relevantes poderes materiais (v.g., económicos, científicos, tecnológicos). Cfr. M. CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, 1999, pp. 416 e 417; J. ESTEVE PARDO, «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad» ..., cit., p. 2; P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 14, nota 7. Contudo, as exigências inculcadas pela União Europeia (à época, Comunidade Económica Europeia), com a concretização do *princípio da livre concorrência*, também desempenharam um papel decisivo para a expansão dos fenómenos de privatização no espaço europeu, cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, «Sentido y Formas de la Privatización de la Administración Pública», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 19 a 30 (pp. 23 e 24) [Este Autor justifica mesmo a forte aceitação do fenómeno da privatização com um certa “fatura do público”, p. 30]. Com efeito, é por demais evidente que o Direito da União Europeia desempenhou um papel relevantíssimo na afirmação deste fenómeno. Senão veja-se que a neutralidade que este Direito prevê – face ao regime da propriedade nos Estados-membros e com a inexistência de regulação comunitária especificamente aplicável ao sector público empresarial ou à iniciativa económica pública - será, em última análise uma “neutralidade relativa”, devido ao facto de a iniciativa económica – quer seja privada, quer seja pública - estar hoje submetida ao mesmo acervo de regras comunitárias, o que contribui em decisivo para a diminuição das barreiras ao fenómeno da privatização, cfr. P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., p. 51. As regras comunitárias foram até mais longe, aliás, do que a mera “a criação de um ambiente comunitário favorável à liberalização e à privatização de alguns tradicionais serviços públicos” (P. OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública» ..., cit., p. 51), impondo mesmo expressamente a privatização ou liberalização por via de uma “obrigação de privatização” ou, ainda que não exigindo a privatização de forma expressa, através da liberalização de funções públicas, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 157, nota 93. O carácter ideológico também na base do fenómeno da privatização – mormente o *neoliberalismo* que enquadrava - também é assinalado por alguma doutrina – *vid.* J. C. ALLI ARANGUREN, *Derecho...*, cit., p. 232.

<sup>63</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad» ..., cit., p. 2; «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad» ..., cit., p. 86; J. L. C. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo» ..., cit., p. 31.

Importa agora assinalar que, em consonância com estes acontecimentos – e com esta “reconfiguração”-, desenvolveu-se, no âmbito do Direito Administrativo, paralelamente a estes, um processo que levou à redefinição dos termos em que se dava a prossecução do interesse público pela Administração Pública. Deste modo, a par do retomar da distinção entre Estado e sociedade, regista-se, ultimamente, um fortalecimento da sociedade, que se assume como verdadeira protagonista na prossecução do interesse público.<sup>64</sup>

Destarte, no contexto do Estado liberal e de separação ou rutura que assinalámos em face da sociedade, existia, por um lado, uma *esfera pública*, identificada com uma atuação (pública) destinada primordialmente à prossecução do *interesse público*. Desta forma, o Estado-Administração liberal assumia-se como titular daquela *esfera* na prossecução deste interesse. Uma prossecução que era verdadeiramente “monopolística”.

De outra banda, erguia-se uma *esfera privada*, norteada primacialmente pelos valores e pela lógica económica de mercado. Este era o espaço idóneo para a atuação privada e autónoma na prossecução de *interesses particulares*.<sup>65</sup>

Como também já ficou visto, a afirmação do Estado social e democrático resultou numa sua integração ou fusão com a própria sociedade<sup>66</sup>. Este desenvolvimento produziu, como não poderia deixar de ser, uma alteração no esquema binário que opunha a esfera pública à esfera privada. Isto porque se assiste, a dada altura, ao reconhecimento no seio da organização administrativa de novas entidades públicas que se distinguem da Administração estadual, e que integram, antes, uma nova Administração autónoma (territorial e funcional), sendo responsáveis por prosseguir interesses públicos específicos.

Com isto, opera-se uma cisão no seio da esfera de atuação pública, e a prossecução do interesse público deixa de ser uma missão executada em exclusivo pelo Estado, para passar a ser partilhada com uma outra Administração. As *tarefas públicas* são agora executadas também por entidades não estaduais.<sup>67</sup>

A certa altura, surge o entendimento de que as entidades atuantes na esfera privada podem igualmente prosseguir – em exclusivo ou em simultâneo com os seus próprios interesses particulares – relevantes interesses públicos, podendo, portanto, ser objeto de uma

---

<sup>64</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 52.

<sup>65</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 140 e ss.

<sup>66</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante» ..., cit., p. 6. P. GONÇALVES (cfr. *Entidades...*, cit., p. 141) fala aqui de uma “lógica de cooperação e de acção concertada” manifestada em “processos de integração, de osmose e de interpenetração” entre aquelas duas realidades.

<sup>67</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 142.

especial atenção por parte do Direito. Trata-se aqui de “tarefas privadas de interesse público”, i.é., tarefas que embora sejam relevantes para o interesse público permanecem, contudo, na esfera privada dos direitos e liberdades dos particulares (e por isso são “tarefas privadas”).<sup>68</sup>

Para concluir este tópico, diremos que a prossecução do interesse público é hoje levada a cabo através de tarefas públicas (estaduais e não estaduais) e até privadas (as “tarefas privadas de interesse público”). Esta prossecução assenta, bem vistas as coisas, numa situação de “responsabilidade partilhada” entre Estado e Sociedade.<sup>69</sup>

Finalmente, não podemos obliterar o facto de a privatização material de tarefas contribuir, em definitivo, para a extensão do acervo de “tarefas privadas de interesse público”, fazendo com que a prossecução do interesse público seja um domínio cada vez mais “partilhado” entre a Administração Pública e a sociedade, agora também protagonista no desenvolvimento desta missão.<sup>70 71</sup>

### 2.3. A emergência de um novo modelo de Estado: o Estado garantia

Como observámos no ponto precedente, a adoção de medidas de privatização de certas estruturas tradicionalmente contidas no Estado e na Administração Pública constituiu um vetor de transformação evidente do Direito Administrativo.

Um dos domínios deste Direito – senão mesmo o principal – onde se têm feito sentir mais visivelmente os efeitos deste movimento é o da *responsabilidade pública*<sup>72 73</sup>. Por isto,

---

<sup>68</sup> Seguimos aqui o entendimento de P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 144. Este Autor dá como exemplo destas tarefas as que são desenvolvidas por certas *entidades privadas com relevância pública* (v.g., partidos políticos, sindicatos), as atividades contidas no âmbito do “terceiro sector”, o ensino privado e as desenvolvidas por profissões privadas regulamentadas (v.g., profissões liberais auto-reguladas).

<sup>69</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 139.

<sup>70</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 151.

<sup>71</sup> Este *protagonismo da sociedade* faz com que o particular tenha um papel ativo e seja visto hoje como um verdadeiro *ator* (“citoyen”, que não “bourgeois”) que “procura e aceita contribuir para a realização do bem comum” (não um *utente* dos serviços públicos fornecidos pelo Estado Social ou um “*cidadão socialmente descomprometido*” no contexto do Estado liberal ou, muito menos, como *súbito*, como era visto pelo Estado Absoluto), cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 150 e 151.

<sup>72</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 163.

<sup>73</sup> Já fizemos referência a este domínio em momento anterior, *vid.* ponto 2.3. Como se infere, a privatização da responsabilidade pública está muitas vezes na base do fenómeno de prossecução partilhada do interesse público sobre qual nos debruçámos no ponto precedente, traduzindo também o redesenhar das relações entre Estado e sociedade, *vid.* ponto 2.2.

é correto afirmar a ocorrência, também, de uma *privatização da responsabilidade pública*<sup>74</sup>. Todavia, esta constatação não pretende significar uma qualquer *extinção* em geral da responsabilidade pública, enquanto acervo de incumbências, competências e tarefas imposto por um “sistema de normas e valores” ao poder público, para prossecução do interesse público<sup>75</sup>. Conduziu esta, ao invés, à diversificação dos graus responsabilidade pública, que, por sua vez e em última análise, permite o surgimento de uma nova responsabilidade pública *de garantia*.<sup>76</sup>

Em termos diacrónicos, esta responsabilidade pública é apenas a modalidade mais recentemente inculcada ao Estado e à Administração Pública.

Assim, no contexto do Estado liberal, a responsabilidade pública era sobretudo de “*base e de enquadramento geral*”, por forma a permitir a plena concretização da esfera de autonomia dos particulares (dos seus direitos e liberdades)<sup>77</sup>. Porém, existia já neste contexto – contudo, com carácter residual – uma *responsabilidade pública operacional ou de execução* de um conjunto de tarefas, assumida pela Administração Pública liberal.<sup>78</sup>

Com o Estado social apenas saiu reforçada a *responsabilidade pública de execução* de um conjunto de tarefas, identificadas com a intervenção pública típica deste modelo, mantendo-se a *responsabilidade pública “de base e de enquadramento”*.<sup>79</sup>

Nas últimas décadas, este “sistema (clássico) de dupla responsabilidade” viria a revelar-se desadequado para explicar a afirmação da nova modalidade ou da nova face da responsabilidade pública *de garantia*, responsabilidade que veio acrescer às anteriores<sup>80</sup>. A assunção desta responsabilidade pública foi exigida, em grande parte, para salvaguardar a prossecução dos fins e interesses públicos que sobreviveram à privatização e que se relacionam diretamente com as atividades e tarefas que, por terem sido objecto de privatização material, passaram a ser realizadas por particulares. Isto devido ao facto de estas

---

<sup>74</sup> Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 151 e ss.

<sup>75</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 163.

<sup>76</sup> Tal como é referido por P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 164; *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 8 e 9; *Reflexões...*, cit., p. 55.

<sup>77</sup> Missão que era levada a cabo não só a nível legislativo, mas também por via da previsão de mecanismos sancionatórios e de resolução de litígios, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 164; Trata-se de uma responsabilidade pública que se “limita a proteger as condições de contexto”, cfr. *Regulação...*, cit., p. 9; *Reflexões...*, cit., p. 54.

<sup>78</sup> Tarefas no âmbito da atividade policial, infraestrutural e de serviço público, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 164; *Regulação...*, cit., p. 9; *Reflexões...*, cit., p. 54.

<sup>79</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 164; *Regulação...*, cit., p. 9; *Reflexões...*, cit., p. 54.

<sup>80</sup> A expressão aqui utilizada é de P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 164, nota 124.

tarefas integrarem o âmbito do “dever de garantia” (da sua realização pelos particulares) imposto aos poderes públicos.<sup>81</sup> Importa, contudo, chamar a atenção para o facto de esta *nova* responsabilidade pública não ter *absorvido* as restantes modalidades, mas antes *coexistir* com estas.<sup>82 83</sup>

Em consideração destes desenvolvimentos é possível sustentar – o que se revela ser já um “dado adquirido” pela doutrina – a existência de *um Estado que garante* que o interesse público e o bem comum é devidamente respeitado e prosseguido pelos particulares no período *pós-privatização*: o “Estado garantia”.<sup>84 85</sup>

Finalmente, importa sublinhar que a afirmação progressiva de uma *responsabilidade pública de garantia* tem sido vista pelos autores como constituindo a base de um Direito Administrativo *de garantia*.<sup>86</sup>

## 2.4. Um Estado que regula: a regulação pública como instrumento de garantia

Retira-se da análise precedente que a *responsabilidade pública de garantia* representa um (novo) “grau intermédio de responsabilidade pública”, assumido pela Administração, em grande medida, como resposta aos desafios colocados pela privatização.<sup>87 88</sup>

---

<sup>81</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 165.

<sup>82</sup> É que o Estado pode sempre optar por uma responsabilidade de garantia ou por uma responsabilidade operacional, a menos que esteja em causa uma “tarefa necessária” contida no “dever de garantia”, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 165.

<sup>83</sup> Na decorrência da responsabilidade pública de garantia, o Estado Administrativo é responsável hoje também por uma *responsabilidade pública de execução “latente”*, na hipótese de os particulares fracassarem na prossecução dos fins ou interesses públicos garantidos. Segundo a doutrina, trata-se de uma responsabilidade de “reserva”, “subsidiária” ou “supletiva”, cfr. J. E. F. Dias, *A Reinvenção...*, cit., p. 630; P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 170.

<sup>84</sup> Este será, portanto, um Estado colocado numa “posição de garante” do interesse público, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 56.

<sup>85</sup> Embora a necessidade da sua afirmação não seja objeto de contestação por grande parte da doutrina, cremos que a tarefa de plena compreensão e materialização desta nova realidade estadual está ainda em aberto. Este facto não impressiona se tivermos em conta o carácter de *indeterminação dogmática* dos restantes fenómenos que formam a miríade de transformações a que o Estado-Administração está hoje sujeito e que afetam o próprio Direito Administrativo, como temos vindo a referir ao longo desta reflexão.

<sup>86</sup> Neste sentido, cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 640.

<sup>87</sup> Esta expressão foi eleita por P. GONÇALVES para caracterizar esta nova responsabilidade pública, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 55.

<sup>88</sup> Neste sentido, refere-se que a nova missão de garantia desempenhada pela Administração constitui uma resposta às “consequências da privatização” e materializa-se numa verdadeira “responsabilidade de resultado”, cfr. J. E. F. Dias, *A Reinvenção...*, cit., p. 644.

Destarte, com a assunção desta nova modalidade de responsabilidade pública é exigida ao Direito Administrativo a assimilação de um novo “garantismo”. De acordo com este, como se infere da nossa exposição, o que importa salvaguardar será agora o interesse público e o bem comum subjacente à realização pelos particulares de certas atividades essenciais (v.g., no domínio económico, desenvolvidas em contexto de mercado), cuja situação, como vimos, saiu reforçada nas últimas décadas, muito por força da adoção de medidas e programas de privatização.<sup>89 90</sup>

O principal instrumento jurídico concretizador ou efetivador deste “garantismo” é a atividade de *regulação*, levada a cabo atualmente pelo Estado e pela Administração. Desta forma, torna-se inevitável encarar o Estado garantia como sendo igualmente um Estado *regulador*, i.é., como estando vinculado a uma *responsabilidade pública de regulação*<sup>91</sup>. Constituindo o enquadramento jurídico desta responsabilidade pública o principal desígnio do *direito administrativo da regulação*.<sup>92</sup>

### 2.4.1. A regulação pública da economia

Sem querermos exaurir a descrição de um fenómeno tão importante e atual no debate juspublicístico como o da *regulação*, diremos, contudo, que a mesma tem hoje uma particular repercussão no domínio económico.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> Este “garantismo” é distinto daquele que constituiu a marca de nascença do direito administrativo da Administração liberal, segundo o qual se reconhecia aos particulares um conjunto amplo de direitos e *garantias* perante a Administração, cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 462.

<sup>90</sup> Nesta linha, importa assinalar que a *garantia* de prossecução do interesse público - inerente às tarefas que foram alvo de privatização - implicará a manutenção de uma “responsabilidade estatal” de realização de certos fins constitucionais, como o próprio princípio da socialidade, cfr. J. J. G. CANOTILHO, *Direito...*, cit., p.354; P. GONÇALVES, *Regulação...*, cit., p. 11.

<sup>91</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 78 e ss. Este Autor refere igualmente o papel de outros instrumentos ao serviço da realização do Estado garantia, como os procedimentos de seleção concorrencial e os mecanismos de colaboração público-privada; cfr. P. GONÇALVES, *Regulação...*, cit., p. 12; J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., 462.

<sup>92</sup> Sobre a importante carga inovatória deste Direito Administrativo especial, *vid.* S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., pp. 43 e 44. Noutro lugar, esta Autora confirma que a regulação é “expressão do novo direito administrativo”, cfr. *Direito da Energia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 159.

<sup>93</sup> Sobre o conceito de *regulação pública da economia*, *vid.*, entre outros, A. CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *Direito Económico*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 207 a 210; J. L. S. SANCHES, «A Regulação: História Breve de um Conceito», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60 (2000), pp. 5 a 22. C. CHAMPAUD, «Régulation et Droit Économique», *Revue internationale de droit économique* 1 (2002) pp. 23 a 66 (pp. 39 e ss.). V. MOREIRA, *Auto-regulação profissional e Administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 34 e ss.; *Programa...*, cit., pp. 57 e ss. Para este último Autor a regulação *económica* “consiste fundamentalmente na formulação, implementação e efetivação de regras para a atividade económica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos” (p. 57); J. M. CUÉTARA



Assim, no contexto da *regulação pública da economia*, desenvolve atualmente a Administração, sobretudo, uma intervenção *indireta*, bem diferente da intervenção *direta* na economia, que, durante um longo período de tempo, constituiu a forma de eleição do Estado social (empresário) no relacionamento com a Economia.<sup>94</sup>

A *regulação económica* representa, por isso, uma *nova intervenção* dos poderes públicos na economia, subsequente a uma “desintervenção” destes no contexto de importantes domínios ou sectores económicos. Retração resultante, principalmente, da ocorrência de fenómenos de privatização e liberalização económica no âmbito da gestão e prestação dos serviços públicos *essenciais* de natureza económica (v.g., eletricidade e gás, água), que continuam a impor, todavia, uma abordagem conforme com certos interesses

---

MARTINEZ, «La Regulación Subsiguiente a La Liberalización y Privatización de Servicios Públicos», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 193 a 206 (p. 195); R. A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions, 1974, (disponível *on-line* em: <<http://core.ac.uk/download/pdf/6690483.pdf>>), p. 1. A regulação económica tem sido também objeto de várias teorias (económicas e outras) que pretendem fornecer uma explicação adequada deste fenómeno. Para uma visão geral sobre as mesmas, *vid.* A. SHLEIFER, «Understanding Regulation», Harvard University, *European Financial Management*, Volume 11 (2005) (disponível *on-line* em: <[http://scholar.harvard.edu/shleifer/files/02\\_eufm00121.pdf](http://scholar.harvard.edu/shleifer/files/02_eufm00121.pdf)>), pp. 440 e ss.; R. A. POSNER, *Theories...*, cit., pp. 2 e ss; M. DUNFORD, «Theories of Regulation», *Environment and Planning D: Society and Space*, volume 8 (1990) (disponível *on-line* em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.464.4421&rep=rep1&type=pdf>>), pp. 300 e ss; J. DEN HERTOOG, «General Theories of Regulation», in *Encyclopedia of Law and Economics* (1999), (disponível *on-line* em: <<http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/19806>>), pp. 500 e ss; G. MAJONE, «Theories of Regulation», in *Regulating Europe*, ed. Giandomenico Majone, Routledge, 1996, pp. 28 e ss. Sobre o carácter pluridimensional e multidisciplinar da regulação, *vid.* também, R. BALDWIN *et al.*, «Introduction: Regulation—the Field and the Developing Agenda», in *The Oxford Handbook of Regulation*, ed. R. BALDWIN *et al.*, Oxford University Press, 2015, pp. 3 a 16. Reconhecendo a dificuldade relativa à construção de um conceito unitário de regulação (em sentido amplo), R. BALDWIN, *et al.* (cfr. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, pp. 2 e 3) adiantam três sentidos atribuíveis a este conceito, a saber: como “acervo de comandos” a ser implementado por um arranjo institucional específico; enquanto “influência estadual deliberada” sobre comportamentos económicos ou sociais; e, ainda, como sendo o “conjunto de todas as formas de influência social e económica”, resultante do exercício de poder público ou derivado de outra fonte, v.g., mercados.

<sup>94</sup> Cfr. V. MOREIRA, *Programa...*, cit., pp. 13 e ss.; «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico» ..., cit., p. 225.

públicos (v.g., manutenção de padrões de qualidade, da equidade de preços) – que só pode ser, em última análise, de natureza regulatória.<sup>95 96 97</sup>

Deste modo, o Estado regulador da economia veio substituir – embora não na totalidade – o Estado intervencionista, prestador e de serviço público, que floresceu durante grande parte do último século.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Que correspondem, na terminologia europeia, aos Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG) - *vid.* artigo 106.º do TFUE (antigo artigo 86.º TCE) -, e na terminologia norte-americana, às *public utilities*. Sobre os Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG), *vid.*, por todos, J. N. CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

<sup>96</sup> A liberalização económica quer aqui significar a introdução de uma relevante nota de *concorrência* em sectores económicos tradicionalmente dominados por monopólios públicos (sobretudo no caso europeu) ou privados (no contexto norte-americano), *cfr.* V. MOREIRA, «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico» ..., *cit.*, p. 226. Como faz notar este Autor, embora a privatização apareça em estreita conexão com a privatização, pode ocorrer privatização sem liberalização (v.g., alienação de um monopólio público) e, bem assim, liberalização sem privatização (v.g., com a admissão de novos operadores privados ao lado do operador público) (p. 226). O mesmo Autor refere que a liberalização e a privatização do sector público constituíram “o principal instrumento da transformação do Estado intervencionista em Estado regulador”, *cfr.* *Programa da disciplina de “Direito público da regulação”* ..., *cit.*, p. 32. *Vid.* também, sobre os meios, as causas e as consequências – nomeadamente quanto às exigências regulatórias – da privatização dos serviços públicos, F. J. VILLAR ROJAS, «Privatización de Grandes Servicios Públicos», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 207 a 222 (pp. 210 e ss.); J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, *cit.*, pp. 460 e ss.

<sup>97</sup> Os autores alertam para o facto de a formação do modelo regulatório da economia ter sido desencadeada por uma significativa crise que abalou o modelo tradicional de serviço público (sobretudo, no contexto europeu ou continental), nas duas últimas décadas do século XX. Sobre esta crise e sobre os fatores que estiveram na sua base, *vid.* J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, *cit.*, pp. 457 e ss.

<sup>98</sup> *Cfr.* P. GONÇALVES, *Reflexões...*, *cit.*, p. 30. Pelo menos no contexto europeu, é comum referir-se que a intervenção direta do Estado social na economia concretizava uma regulação através da *titularidade pública* dos serviços essenciais (seja porque o Estado geria diretamente o serviço público, seja porque, mesmo sendo gerido por um concessionário, estava sempre colocado, em última análise, na titularidade da Administração). Com efeito, como refere V. MOREIRA (*cfr.* «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico» ..., *cit.*, p. 227) “a regulação pela propriedade” foi substituída por uma regulação externa, a cargo de um organismo regulador específico”. *Cfr.* também V. MOREIRA, *Programa...*, *cit.*, pp. 15 e ss. Com isto, é mister referir que esta nova abordagem económica protagonizada pelo Estado regulador assenta em um importante elemento subjetivo (autoridades reguladoras, operadores económicos e usuários), *cfr.* J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, *cit.*, p. 468. O papel das *agências reguladoras* enquanto *autoridades reguladoras* tem sido por demais realçado pela doutrina, como pedra de toque dos atuais sistemas regulatórios. Entre nós, tratam-se de entidades reguladoras qualificadas que correspondem a verdadeiras entidades administrativas independentes, *cfr.* A. CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *Direito...*, *cit.*, p. 207. Sobre estas entidades, *vid.* A. CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *Direito...*, *cit.*, pp. 132 e ss. A instituição e a afirmação destas *autoridades* inserem-se no contexto mais geral de receção do modelo da “*agence*” norte-americana no contexto europeu continental. Sobre o significado desta assimilação no âmbito de um sistema administrativo tipicamente executivo como o francês (tendo sido em França, importa realçar, que se registou a “receção da regulação administrativa na Europa”, J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, *cit.*, p. 617), *vid.* E. COHEN, «De la réglementation étatique et administrative à la régulation», *Problèmes économiques* 2680 (2000), pp. 1 a 4. Sobre a tarefa mais geral de receção do direito da regulação económica no espaço europeu – mormente na Alemanha - e o lugar cimeiro ocupado pela doutrina neste processo (mesmo antes da jurisprudência e da consagração legislativa) [essencialmente por razões pragmáticas de *utilidade* que aquele direito (provindo do contexto norte-americano) oferecia em face do abandono do modelo de intervenção estadual na economia], *vid.* J. ESTEVE PARDO, «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)», *Revista de Administración Pública* 183 (2010), pp. 295 a 307.

Todavia, não será correto afirmar, como fica demonstrado, que o Estado regulador representa um retorno ao modelo típico da atuação estadual oitocentista (abstencionista) sobre a economia. Esta incorreção deriva do facto de a atuação do Estado regulador no domínio económico transcender a mera defesa da concorrência entre os operadores económicos privados – como afirmada nos quadros do Estado liberal – e, embora não desenvolvendo uma intervenção *direta* (através de provisão de serviços públicos ou da produção de bens) - talqualmente era reconhecível, como referimos, na atuação do Estado intervencionista - ser este hoje responsável por uma atuação ainda ativa e comprometida no âmbito económico (mas agora indireta e externa), materializada no exercício da *função regulatória*.<sup>99 100</sup>

Contudo, é frequente a afirmação por parte de alguma doutrina de que função regulatória da economia não esgota a sua concretização no âmbito estritamente económico ou de funcionamento do mercado. É que os autores – sobretudo no contexto norte-americano – têm surpreendido, ainda, uma *regulação social* (extraeconómica), como decorrente da responsabilidade pública de regulação<sup>101</sup>. Esta modalidade surge especialmente empenhada na salvaguarda (como objeto ou finalidade da regulação) - *v.g.*, de certos padrões ou valores

---

<sup>99</sup> Cfr. V. MOREIRA, *Programa...*, cit., pp. 13 e ss.; Segundo este Autor, “o abandono da actividade empresarial do Estado e o fim dos exclusivos públicos provocou em geral um reforço da actividade regulatória do Estado” (p. 227). «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico» ..., cit., p. 227. Assim, “o Estado de Garantia não é o *Minimalstaat* da época liberal nem o *Maximalstaat* do século XX”, P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 55.

<sup>100</sup> Desta forma, a intervenção estadual regulatória no domínio económico justificar-se-á para garantir não apenas a concorrência e o funcionamento adequado dos mecanismos de mercado, mas também para obviar o problema dos limites e “falhas” do mercado (*v.g.*, o caso dos “monopólios naturais” no âmbito das “indústrias de rede”), para fazer face às “externalidades negativas” que decorrem do funcionamento do mercado (custos sociais como os decorrentes, *v.g.*, de danos ambientais), para proteção dos consumidores ou usuários e, finalmente, para a imposição e efetivação das “obrigações de serviço público” sobre os operadores económicos privados, cfr. V. MOREIRA, «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico» ..., cit., pp. 227 e 228. *Vid.* também V. MOREIRA, *Programa...*, cit., pp. 46 e ss.

<sup>101</sup> Neste contexto, é de referir que o surgimento desta regulação *social* é posterior ao nascimento da regulação *económica*. Esta, ao invés daquela – que surge apenas nos anos sessenta do século XX, nos Estados Unidos da América -, revela as primeiras manifestações formais ainda no século XIX, no contexto norte-americano, na sequência da Interstate Commerce Act, de 1887, cfr. G. MAJONE, *The Transformation of Regulatory State*, Osservatorio sull’Analisi d’Impatto della Regolazione, (2010) (disponível *on-line* em: <[http://www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2010/10/Paper\\_Majone\\_RegulatoryState\\_sept2010.pdf](http://www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf)>), p. 6; pp. 14 a 16. Por isso, os autores norte-americanos referem que a regulação social é a “regulação moderna” (“*modern style regulation*”), por oposição à regulação económica, que é encarada por estes autores como consistindo na “regulação tradicional” (“*old style regulation*”), cfr. V. MOREIRA, *Auto-regulação...*, cit., p. 39.

em matéria ambiental, saúde pública, proteção dos consumidores -, que podem ser colocados em causa pela decorrência (mesmo que normal) dos processos económicos.<sup>102</sup>

## 2.4.2. A regulação de polícia

A regulação pública da economia está mais visivelmente conexas com o fenómeno de privatização, sendo, por isto, o tipo de regulação que ressalta de uma forma imediata numa primeira aproximação à nova responsabilidade pública de regulação.

Porém, atentar em exclusivo nesta modalidade de regulação significa realizar uma análise incompleta ou truncada do fenómeno da regulação pública ou estadual. É que a regulação levada a cabo pelo Estado e pela Administração pública não tem como único objeto e escopo o mercado e o seu funcionamento equilibrado – como é imputável à regulação económica -, mas cumpre-se, igualmente, na tutela e na realização de certos bens, valores ou interesses de importância coletiva, expostos, em regra, à consagração constitucional - v.g., saúde, ambiente, segurança dos consumidores -, visando-se, desta forma, atingir e salvaguardar um certo equilíbrio social conforme com o bem comum ou o interesse público.<sup>103</sup>

Esta segunda modalidade de regulação corresponde à versão mais recente da *regulação ou administração de polícia* ou, o que é o mesmo, da *atividade administrativa de ordenação e controlo*<sup>104</sup>. Deve ser tido em conta que esta regulação era considerada, na época

---

<sup>102</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 12; V. MOREIRA, *Auto-regulação...*, cit., p. 39. Nesta linha, como refere J. E. F. DIAS, ainda que a regulação seja “em primeiro lugar e por norma” encarada como regulação económica, este foi um termo que se estendeu “ao campo social, podendo hoje ser entendido no sentido mais geral de ordenação de actividades privadas susceptíveis de pôs em causa o funcionamento social e/ou alguns interesses ou valores específicos, como o ambiental”, cfr. *A Reinvenção...*, cit., p. 617. Afirmando que a dicotomia entre regulação económica e regulação social se encontra hoje ultrapassada devido aos “desenvolvimentos político-normativos que a União Europeia traçou para os mercados de SIEG’s”, vid. S. TAVARES DA SILVA, *Direito...*, cit., p. 162.

<sup>103</sup> Este tipo de regulação corresponde, em certa medida, à *regulação social* destacada no ponto anterior. Porém, julgamos que a opção pela *regulação de polícia* para além da sua adequação mais visivelmente à tradição administrativa continental, serve também de forma mais evidente o propósito da nossa reflexão. Além disso, se o nosso entendimento é correto, a *regulação social* acaba por não manifestar o nível de autonomia suficiente face à regulação económica, porquanto revela-se sempre como uma tentativa de abordagem regulatória das consequências do funcionamento do mercado.

<sup>104</sup> A regulação de polícia tem merecido uma atenção especial por parte da doutrina espanhola. Vid. entre outros, M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Universitat de Girona, Girona, 2003 (disponível on-line em: <<http://hdl.handle.net/10803/7681>>), pp. 527 e ss. Tradicionalmente, os autores espanhóis inserem a *atividade administrativa de polícia* no conjunto das *formas ou títulos de intervenção administrativa*. Assim sendo, ao lado de uma *atividade de fomento* e de uma *atividade prestadora ou de serviço público*, surge também, segundo estes autores, a *atividade de polícia*

liberal, como centrada em exclusivo na defesa da *segurança* e manutenção da *ordem pública*, tarefa que justificava e legitimava o próprio poder público (na sua autoridade e unilateralidade). Desenhava-se, com efeito, um quadro de intervenção *direta* sobre a sociedade, ainda que bastante limitada e, em regra, *necessária*.<sup>105</sup>

Em termos gerais, com o Estado social e democrático, e com o progressivo crescimento das funções estaduais, regista-se, em consequência, uma intervenção pública direta mais alargada sobre a sociedade. Esta intervenção foi sendo desencadeada sobre novos espaços, para defesa e materialização de novos valores ou direitos constitucionalmente impostos ao Estado e à Administração, definidores de uma nova conceção de *ordem pública*.<sup>106</sup>

Como vimos, foi neste período que se incrementou e consolidou também um modelo de intervenção económica baseado na provisão de bens e na prestação de serviços a cargo de uma Administração proprietária, para o efeito, de importantes meios de intervenção económica. Concomitantemente, foi neste período que a regulação de polícia se estendeu à proteção da ordem pública *económica*.<sup>107</sup>

Desta forma, a proliferação ou ampliação dos domínios ou de formas *diretas* de atuação de polícia – *coativas*, *não coativas*, muitas vezes *colaborativas* – (v.g., no domínio económico) acabou por resultar, segundo os autores, numa “hiperrregulação”. Esta situação

---

*ou de ordenação e controlo*, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 617; J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 351 e ss. Segundo J. ESTEVE PARDO (cfr. *Lecciones...*, cit., pp. 351 e 352.), esta classificação é concretizada em razão do diferente “protagonismo da Administração e da sua correlação com o dos particulares” (p. 351) (tradução nossa). Deste modo, no contexto da *atividade de polícia*, a Administração Pública assume um papel secundário ou subordinado em relação à atuação dos particulares, porquanto a mesma só se justifica quando o quadro, o mercado ou a ordem daquela atividade privada seja alterado ou para controlar o seu “bom funcionamento”. Diferentemente, através da *atividade administrativa de fomento*, a Administração adquire um maior protagonismo, na tentativa de induzir ou incentivar os particulares a adotarem uma conduta orientada por objetivos ou fins públicos. Não obstante, este protagonismo atinge um nível mais elevado no âmbito da *atividade de serviço público*, pela qual a Administração assume uma missão praticamente exclusiva de direção e prestação de certos serviços (públicos). J. ESTEVE PARDO considera que uma categorização dogmática como esta se encontra, de algum modo, ultrapassada pela realidade. Isto porque a própria dinâmica da atuação administrativa (nas suas fórmulas e instrumentos) extravasa muitas vezes os quadros dogmáticos e sistemáticos tradicionais (veja-se o caso da autorização administrativa, que corresponde a um instrumento clássico da administração de polícia, mas que hoje é frequentemente convocada no âmbito da regulação ou administração de serviços de interesse geral). A “crise” desta categorização deve-se, entre outras, a outra razão fundamental, que consiste na recomposição das relações entre Estado e Sociedade (pp. 352 e 353).

<sup>105</sup> Esta tutela (exclusiva) da ordem pública contrastava, à época, com o *laissez faire* em matéria económica e social, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 618.

<sup>106</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 356.

<sup>107</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 357.

viria a justificar a adoção dos processos de “destadualização” ou “desintervenção” estadual sobre a sociedade.<sup>108</sup>

Esta retração, já por nós convocada nos seus traços gerais, a propósito da descrição da privatização e regulação dos serviços públicos de natureza económica (*vid.* ponto 2.4.1.), teve um especial impacto sobre os tradicionais *instrumentos da regulação de polícia*.<sup>109</sup>

O estudo destes instrumentos assume um papel central no seio da nossa reflexão, visto a introdução de figuras como a *mera comunicação prévia* no ordenamento jurídico português significar, como iremos ver, a *substituição ou complementação* de atos administrativos autorizativos, incluídos no instrumentário tradicional da regulação de polícia.

Assim, para a indicação destes instrumentos é útil decompor a *regulação pública de polícia* numa regulação *normativa*, que se concretiza na aprovação de múltiplas normas (públicas) (legais ou regulamentares) – que correspondem aos “instrumentos de ordenação”, segundo a doutrina espanhola - para estabelecimento de “condições de segurança”; ou *administrativa*, baseada na adoção de *medidas administrativas* para aplicação das soluções normativas – i.é., por via de sistemas de controlo público prévio da atividade dos particulares, através, *v.g.*, de autorizações, licenças -, na *fiscalização ou inspeção* do seu cumprimento pelos particulares – formam os “instrumentos de controlo” de que falam os autores espanhóis - e na aplicação de *sanções*, caso este não se verifique.<sup>110 111</sup>

---

<sup>108</sup> Sobre esta evolução, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 531 a 544.

<sup>109</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 532.

<sup>110</sup> Sobre os “instrumentos de ordenação” e os “instrumentos de controlo” que acabam por consubstanciar a *atividade administrativa de ordenação e controlo*, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, cit., pp. 624 e ss. A análise que aqui efetuamos corresponde em grande parte à abordagem realizada por V. MOREIRA, cfr. *Auto-regulação...*, cit., pp. 36 e 37. Cfr. também M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 529. Relativamente à regulação *normativa*, – nos termos da qual as normas jurídicas estaduais que a consubstanciam serão de Direito Privado, se dirigidas a particulares; ou de Direito Público Administrativo, se dirigidas à Administração Pública –, *vid.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 170.

<sup>111</sup> A atividade ou função sancionatória cumpre uma finalidade *repressiva* (de *ultima ratio*), devendo ser entendida como *subsidiária* em relação à atividade ou função de inspeção, que realiza, por sua vez, uma finalidade essencialmente *preventiva* da ocorrência de certas condutas dos particulares (de acordo com a hipótese que nos interessa: a inspeção com efeitos sobre os particulares) contrárias ou lesivas da ordem de valores e bens – *v.g.*, ambiente, ordenamento do território, saúde pública – salvaguardados pela polícia administrativa (por isso também – em sentido positivo - conformadora do agir particular de acordo com este ordenamento e com o interesse público), cfr. R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 55 e ss. [A este propósito, este Autor sublinha que a polícia administrativa compreende (pelo menos no seu sentido tradicional) - como “dois momentos distintos da atuação administrativa de controlo da atividade dos sujeitos privados” (tradução nossa) – uma *polícia preventiva* (na qual se inclui a atividade de inspeção) e uma *polícia repressiva* (que corresponde à atividade sancionatória) (p. 59)]. Os autores espanhóis sublinham que a função de inspeção é um poder (*potestad*) administrativo, que obriga (*sujeita*) os particulares a suportar a ingerência na sua esfera jurídica – em regra, com a limitação de direitos, sendo também, com efeito, uma intervenção juridicamente

Posto isto, importa relevar que a *regulação de polícia* manifesta-se hoje essencialmente como uma regulação do *risco*<sup>112</sup>. Isto é assim porque o atual contexto da *Sociedade de Risco* – típico das sociedades pós-industriais - obriga o Estado e a Administração pública a lidar, a gerir ou a minimizar um *risco* (“permitido” ou “aceite”) - ineliminável ou insuscetível de redução “a zero” –, resultante dos processos de desenvolvimento tecnológico (risco manufaturado ou tecnológico), induzido ou decorrente da atividade dos particulares, revelando-se muitas vezes incidente sobre aqueles bens ou valores coletivos jurídico-constitucionais, cuja salvaguarda constitui o referente polar do tipo de intervenção regulatória aqui em apreço.<sup>113</sup>

---

limitada – para comprovar ou constar a legalidade das suas atuações e a não contrariedade do interesse público, cfr., R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, cit., pp. 74 e ss; J. BERMEJO VERA, «La Administración Inspector», *Revista de Administración Pública*, 147 (1998), pp. 39 a 58 (pp. 40 e ss.). Neste sentido, a atividade de inspeção implica igualmente uma atividade dirigida à obtenção de informação e à investigação. R. RIVERO ORTEGA faz notar que a função de inspeção coincide com a atividade de vigilância, característica do “Estado vigilante” (que, contudo, não é uma *mera observação*, porque – diferentemente desta - pressupõe, pelo exercício da inspeção, a imposição aos particulares da *obrigação* que referimos). Embora a atividade de inspeção e vigilância não seja nova, a mesma afirma-se hoje como uma função “de moda”, muito em consonância com a nova missão regulatória a cargo da Administração, cfr. J. BERMEJO VERA, «Prólogo», in *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 13 a 23 (p. 14) [para R. RIVERO ORTEGA a função ou atividade de “vigilância” está insita na função executiva, sendo por isso uma função “constante” aos diferentes modelos estaduais, tendo sido objeto de um especial desenvolvimento com a afirmação do Estado social e constituindo hoje apanágio do *modus operandi* do Estado regulador, cfr. *El Estado...*, cit., pp. 25 e ss. Acrescenta, ainda, este Autor que o “Estado regulador é, sobretudo, um Estado vigilante” (tradução nossa) (p. 28)].

<sup>112</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 647; J. ETEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 357 e ss.

<sup>113</sup> Entendemos aqui o conceito de *risco tecnológico* como caracterizando uma *situação em que é possível, embora não certa, a ocorrência de um dano, efeito nefasto ou prejuízo sobre certos bens jurídicos-constitucionais*, decorrente de um certo perigo, *induzido, manufaturado* ou *criado* por uma determinada atividade privada, por oposição ao *risco natural*, que corresponde a uma situação em que é, mais uma vez, possível, embora não certa, a ocorrência de um dano natural, exterior ou estranho a qualquer atividade humana. Sobre o conceito de *risco* e sobre esta distinção, *vid.* entre outros, S. O. HANSSON, «Risk», in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (2014) (disponível *on-line* em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/risk/>>); no domínio da sociologia (em estreita relação com o fenómeno da globalização), *vid.* A. GIDDENS, *Sociologia*, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, pp.65 a 69; *O Mundo na Era da Globalização*, 8ª edição, Editorial Presença, Lisboa, 2012, pp. 30 e ss. (p. 34); N. LUHMANN, *Modern Society Shocked by Its Risks*, The Social Sciences Research Centre Occasional Paper 17, Hong Kong (1996); U. BECK, *La Sociedad del Riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998 [De referir que o conceito de *Sociedade de Risco* (*Risikogesellschaft*) foi introduzido por este Autor]. Em sentido diverso ao aqui exposto, J. ESTEVE PARDO (cfr. *Lecciones...*, cit., pp. 357 e 358) defende que o “risco” é resultado de um esforço *tecnológico* – produto, portanto, da ação e do desenvolvimento humano - por forma a ultrapassar ou a contornar os “perigos” *naturais*, i.é., não dependentes da ação humana. Nesta linha, o mesmo Autor sublinha que o conceito de “risco” e a atividade de gestão e prevenção que lhe está associada correspondem, em definitivo, ao conteúdo da função atual de polícia administrativa, sendo que a tradicional atividade administrativa de polícia era a atividade de evitação dos “perigos” e de consequente manutenção da ordem pública (p. 359). O reconhecimento do risco que se tem feito sentir da dogmática do Direito Público tem contribuído para o desenvolvimento de um *Direito Administrativo do risco* (Direito Administrativo especial), cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., pp. 42 e 43; R. WAHL, *Los Últimos Cincuenta Años de Derecho Administrativo Alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 113 e ss.

Na sua missão de fixar padrões de *segurança* para estes bens, a Administração acaba por assumir, simultaneamente, a responsabilidade de garantir – ainda que não, como já sabemos, em termos *monopolistas* - a materialização de certos interesses ou objetivos públicos.<sup>114 115 116</sup>

## 2.5. Um conceito amplo de regulação

A investigação do fenómeno que constitui mote da nossa dissertação implica considerar a atividade pública de regulação à luz de um *sentido amplo*, em referência ao *conjunto da intervenção estadual ou administrativa sobre a sociedade*.<sup>117</sup> Segundo esta conceção, a regulação pública desenvolve-se no cumprimento de uma *função de garantia de um certo equilíbrio social e económico*. A regulação é, portanto, uma *atividade* concretizada em ordem a um *fim*.

Como tem sido referido pelos autores, esta versão teleológica, finalista ou pragmática do conceito de regulação representa um certo retorno ao seu sentido primordial, rompendo com uma visão *instrumental* da mesma<sup>118 119</sup>. Esta última visão identificava a

---

<sup>114</sup> Neste contexto, a *função estatal de garante da ordem pública* (no seu sentido tradicional ou estrito) cede lugar a uma *função de gestão de riscos*, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 647. Trata-se aqui, como bem refere J. ESTEVE PARDO (cfr. *Lecciones...*, cit., pp. 360 e ss.) de uma atividade administrativa de *risk assessment* – i.é., de avaliação ou determinação do “risco permitido”, principalmente, a nível normativo, mas também por via de um ato administrativo como a autorização - e de *risk management* - i.é., de gestão ou controlo do risco (à qual o Autor associa a *gestão do conhecimento dos riscos* e a *gestão da sua ausência* ou de cenários de *incerteza*).

<sup>115</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN (cfr. *Derecho...*, cit., p. 622) considera que a finalidade primordial da função administrativa exercida com a atividade de ordenação e controlo é a “garantia da segurança”: da “segurança cidadã” (v.g., da proteção do livre exercício dos direitos e liberdades), da “segurança marítima e aérea”, da “segurança industrial”, da “segurança no trabalho”, da “segurança dos consumidores”, da “segurança bancária”, da “segurança do tráfico jurídico”. Após enumerar este conjunto de concretizações da “garantia da segurança”, este Autor sublinha que a atividade de ordenação e controlo serve também certos bens coletivos (em sentido funcional) ligados à *tutela do meio ambiente*, à *ordenação do território* e à *proteção do património histórico e cultural* (p. 623).

<sup>116</sup> Tendo em mente esta recente missão dos poderes públicos de “garantia da segurança”, bem se pode dizer, em suma, que a abordagem regulatória do risco é uma tarefa desenvolvida “em busca da segurança” (usamos aqui o título de uma obra de J. E. STIGLITZ e M. KALDOR, *Em Busca de Segurança – Proteção sem Protecionismo e o Desafio da Governança Global*, Bertrand Editora, Lisboa, 2015).

<sup>117</sup> O sentido que aqui atribuímos ao conceito de regulação pública é reconhecido por, entre outros, M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 649.

<sup>118</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 526. A compreensão finalista de regulação adequa-se, segundo esta Autora, à abordagem praticada no âmbito da *Common Law*, onde o termo indica “uma forma de modulação estatal dos processos sociais”, contrária a um modelo de atuação estritamente hierárquico e centrado no Estado (p. 526).

<sup>119</sup> A conceção primordial de regulação (como “atividade”) que aqui fazemos referência corresponde àquela que era utilizada no âmbito das ciências sociais e que proveio, em termos históricos, da abordagem biológica



regulação sobretudo pelos *meios* ou *instrumentos* que esta convocava: tratava-se dos expedientes úteis à execução e efetivação das *regulae*. Neste sentido, a regulação viria a ser considerada, em termos jurídicos, de acordo com um sentido mais restrito, como concretização da atividade *normativa*, ou através do recurso ao conjunto mais amplo dos instrumentos jurídicos vinculantes (*v.g.*, normas, atos administrativos).<sup>120 121</sup>

O alargamento de intervenção estadual que referimos no ponto precedente, a propósito da regulação de polícia – registado com a afirmação do Estado social e com o aumento dos fins estaduais – é paralelo, como já sabemos, à construção de um novo modelo de intervenção económica direta, típica de um Estado prestador de serviços e produtor de bens (o “Estado empresário”). Modelo que, como também já observámos - pelo menos no espaço europeu - viria a experimentar um movimento de retração em direção a um modelo de intervenção pública indireta na economia.

Sem embargo, alguma doutrina considera que a intervenção económica exponencial realizada pelo Estado social – com a visível influência da análise do contexto histórico norte-americano – representou já em si uma “regulação” pública por meios *diretos*, *v.g.*, através propriedade pública, da prestação direta ou indireta de serviços, da criação de empresas públicas, da planificação económica.<sup>122</sup>

A ser assim, a responsabilidade pública de regulação, tal como a entendemos, promove uma “nova regulação” - uma *neorregulação* - levada a cabo agora, em grande medida, por meios ou formas indiretas de intervenção na sociedade. Deste modo, este movimento tem repercussões sobre toda a regulação pública, incluindo sobre o campo tradicional da regulação de polícia.<sup>123</sup>

Por conseguinte, interessa agora apurar de que *modo ou de que forma* o Estado e a Administração Pública desempenham a sua missão de garantia do equilíbrio económico e social<sup>124</sup>. Isto exigirá, com respeito à regulação de polícia, determinar quais as novas *fórmulas* de que o Estado se socorre para efetuar a regulação do risco.

---

e cibernética levada a cabo ainda nos séculos XVIII e XIX. Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 523 e 524.

<sup>120</sup> Encarando a regulação pública ou estadual como centrada no domínio da mera normação, *vid.* J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación, Externalización de Actividades Administrativas y Autorregulación», *Revista de Administración Pública*, 185 (2011), pp. 89 a 112 (pp. 93).

<sup>121</sup> M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 523 e ss.

<sup>122</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 525 e nota 15.

<sup>123</sup> Nesta linha, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 622. Com referência a esta “nova regulação”, *vid.* também J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., pp. 624 e ss.

<sup>124</sup> Nesta linha, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 526.

Ora, foram precisamente as exigências de retração estadual que motivaram esta mudança de paradigma de atuação pública. Na verdade, a responsabilidade de garantia – e por consequência, a responsabilidade de regulação - que o Estado hoje assume é uma “solução”, uma “resposta” ou uma “compensação” para esta retração<sup>125</sup>. Esta reação representa uma viragem com vista à concretização de uma atuação pública consistente numa atividade de *supervisão*, de *conciliação*, de *orientação* da conduta dos particulares, muitas vezes baseada também na fixação de meras *diretrizes gerais*.<sup>126</sup>

Portanto, a nova noção de regulação pública faz com que o Estado e a Administração Pública sejam hoje responsáveis por uma intervenção muito mais *concertada, consensualizada e horizontal* (não tanto centralizada ou hierarquizada) e, desta forma, mais *flexível, menos coativa ou autoritária* (mais suave, dúctil, ou *soft*) e menos *intrusiva*, em face da sociedade.<sup>127</sup>

É, por isto, plenamente adequado sublinhar – como tem feito a doutrina mais recente - que os poderes públicos desenvolvem hoje uma *função de pilotagem (Steuerung)* ou de *governance* dos vários atores sociais, no contexto de uma sociedade policêntrica e reforçada: o fundamental é garantir que os agentes sociais atinjam certos fins, configuradores de um modelo de *equilíbrio* socioeconómico.<sup>128 129</sup>

---

<sup>125</sup>A *neorregulação* pressupõe uma intervenção *qualitativamente* diferente, mas não diferente em termos *quantitativos*, porquanto o nível de intervenção estadual na sociedade mantém-se, porventura até atingindo níveis superiores. Como faz notar M. SÁNCHEZ MORÓN (cfr. *Derecho...*, cit., p. 622), “a mudança de formas de intervenção e controlo administrativo que se tem produzido nos últimos tempos é, mais do que *quantitativo*, *qualitativo*. Não é que o Estado tenha deixado de intervir na vida económica e social, mas intervém de uma maneira distinta daquela que praticava em meados do século XX” (tradução e itálico nosso).

<sup>126</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 525.

<sup>127</sup> Neste sentido, cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., pp. 625 e ss.

<sup>128</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 527.

<sup>129</sup> Sem querermos efetuar um desenvolvimento excessivo da ideia de *governance* ou “*governança*” por razões de economia discursiva, diremos apenas que esta se distingue da lógica de *governar*, entendida como tendo por referente formal e institucional o Governo, o que leva os autores a caracterizar a *governance* como uma situação de “*governance without government*”, *vid.* J. N. ROSENAU/ E. O. CZEMPIEL, *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; R. MAYNTZ, «La teoria della governance: sfide e prospettive», *Rivista Italiana di Scienza Politica* 1 (1999), pp. 3 e ss. Para mais desenvolvimentos sobre este tópico – *máxime* sobre a afirmação histórica da *governance*, o seu conceito, as suas modalidades ou níveis e respetivas finalidades -, *vid.* M. G. F. P. D. GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 80 e ss. Para esta Autora, a “capacidade de pilotagem de sistemas complexos” corresponde a um “novo poder” de *Governanz, Governance, gouvernance, governança* (p. 25). Sobre a especial modalidade da *governance* europeia (ou o objetivo da “boa” *governança* europeia, assente na realização dos princípios da *abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência*), *vid.* «Governança Europeia – Um livro branco», [COM (2001) 428 final de 25 de julho – Jornal Oficial C 287 de 12.10.2001]; Em especial sobre esta modalidade, *vid.* também J. C. ALLI ARANGUREN, *Derecho...*, cit., pp. 314 e ss. Sobre a *Steuerung* e a *governance* do ponto de vista dos contributos fornecidos pelas ciências sociais, *vid.* W. HOFFMAN-RIEM, «The potential impact of Social Sciences on Administrative

Este novo esquema de poderes tem um impacto decisivo sobre o Direito Público (e, por esta via, sobre o próprio Direito Administrativo) que está confrontado, nos dias de hoje, com uma “racionalidade reflexiva”, inerente ao estado atual de desenvolvimento das sociedades contemporâneas. Fala-se, destarte, no surgimento de um “Direito reflexivo”, nos quadros do qual o *subsistema estadual* protagoniza um intervenção mínima, mas substancial nos processos desenvolvidos pelos diferentes *subsistemas sociais* “autorreferenciais”, através, v.g., do estabelecimento de normas, de procedimentos, de quadros organizativos e da fixação de certos fins públicos.<sup>130</sup>

Em suma, julgamos que só uma abordagem ampla como esta é que pode revelar-se adequada ao estudo das novas soluções regulatórias que têm vindo a ser pensadas e implementadas no campo do Direito Administrativo, e que revelam – como é o caso da *mera comunicação prévia* – um potencial significativo para a recompressão de certas coordenadas regulatórias tradicionais, como aquelas que são típicas da regulação de polícia.

## **2.6. Para além da *polícia* administrativa: a autorregulação privada regulada ou a regulação pública da autorregulação privada**

### **2.6.1. A autorregulação privada regulada**

---

Law», in *La mutation du droit administratif en Europe*, ed. M. Ruffert, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 203 a 243 (pp. 213 e ss.).

<sup>130</sup> Esta análise *sistémica* é convocada por M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 554 [Em última análise, como destaca esta Autora e segundo esta perspectiva, o Direito Administrativo de “carácter reflexivo” toma como sujeito a sociedade, não sendo mais, por isso, Direito da Administração Pública, cfr. *Derecho...*, cit., p. 656]; *vid.* também J. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del Modelo de Estado y del Derecho Público en la Actual Recomposición de las Relaciones entre Estado y Sociedad»..., cit., pp. 88 e ss. A discussão acerca da *nova função diretiva* do Estado e do Direito sobre a sociedade tem ocupado muito especialmente a doutrina alemã, cfr. J. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del Modelo de Estado y del Derecho Público en la Actual Recomposición de las Relaciones entre Estado y Sociedad» ..., cit., p. 88; Para uma abordagem paradigmática do novo “Direito Reflexivo”, *vid.* G. TEUBNER, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, Volume 17, 2 (1983). Entre nós, J. J. G. CANOTILHO insere esta visão (*autopoietica*) no contexto do “novo direito pós-intervencionista”, que “só pode (ainda) criar condições de autorregulação do sistema social, ou melhor dos sistemas sociais diferenciados”, através de uma *nova* “direção política reflexiva”, conforme com a “autodirecção dos vários subsistemas”. Ao “pessimismo directivo e dirigente” desta visão, o Autor opõe “uma análise *neo-intitucionalista* centrada nos *actores sociais*”, como base de um “Estado Cooperativo” e dos novos esquemas de *governance*, cfr. «A Governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social (Considerações Preambulares)», in *Entre discursos e culturas jurídicas*, coord. J. J. G. CANOTILHO/L. L. STRECK, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 145 a 154 (pp. 152 e ss.).

Observámos já que os fenómenos de *privatização* – funcional e, sobretudo, material – estão conectados, por regra, com situações de partilha da prossecução de objetivos públicos e da satisfação do interesse público entre entidades públicas e entidades privadas, situação indissociável do reforço do papel da sociedade civil (*vid.* ponto 2.2.). Este panorama acaba por ser propulsor da nova missão de *garantia* que o Estado e a Administração Pública assumem hodiernamente, só possível com a persistência num “papel executivo”, materializado agora por via de uma atividade de *regulação*.<sup>131</sup>

Todavia, sendo a partilha da prossecução de fins públicos uma realidade resultante, *prima facie*, dos processos de privatização, a mesma decorre igualmente - como tem sublinhado a doutrina - da *ativação* ou do *reforço* do “potencial endógeno” da sociedade (com um papel já de si reforçado), por um Estado *regulador* que é também, e por isto, um Estado *ativador* da responsabilidade dos particulares na execução de certas tarefas privadas com relevo público.<sup>132</sup>

Este reforço ou ativação da responsabilidade dos particulares tem contribuído para a afirmação de uma nova “regulação”, diferente da regulação estadual ou pública: a autorregulação privada.<sup>133</sup>

O tipo de regulação que temos vindo a analisar – seja económica, seja de polícia - caracteriza-se pela sua natureza *heterónoma*. Isto é, trata-se de uma atividade concebida e desenvolvida por uma entidade pública (reguladora), diferente dos seus destinatários (regulados), consistindo, portanto, numa heterorregulação.

De modo diverso, nos esquemas de autorregulação regista-se a identificação entre regulador e destinatários da regulação (interessados).

---

<sup>131</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 169.

<sup>132</sup> Como defende P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 161 e ss.

<sup>133</sup> A realidade da ativação ou reforço da responsabilidade dos particulares permite encarar, afinal, a missão do Estado regulador como tendente à “otimização dos recursos sociais”, i.é., à convocação de um conjunto de *meios* (v.g., económicos, técnicos, científicos) localizados, como estão hoje na esfera social e privada – não se encontrando, por isso mesmo, sob a sua disposição –, para garantir a realização de certos *fins ou objetivos públicos*. Neste sentido, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 554; J. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del Modelo de Estado y del Derecho Público en la Actual Composición de las Relaciones entre Estado y Sociedad» ..., cit., pp. 92 e 93 [Como refere este Autor, “O Estado garante tem pois o desafio de manter os *fins* sem dispor dos *meios*” (p. 93) (tradução e itálico nossos)]; J. J. G. CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 352 [Onde o Autor conclui – a propósito da regulação dos serviços de interesse económico geral – que “a prossecução de muitas tarefas outrora inseridas no “núcleo duro” de tarefas do Estado (serviços essenciais, investigação, emprego) faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado. Consequentemente, elas só podem ser disponíveis lá onde se encontram (nas grandes empresas de telecomunicações, de produção e exploração de energia, de transportes, etc.)”].

Esta primeira aproximação à autorregulação considera a *identidade* dos sujeitos da regulação à luz de um modelo ideal, que, contudo, não é totalmente adequado para a compreensão mais precisa do fenómeno. Na verdade, não se verifica sempre um quadro de verdadeira *autonomia* (no sentido mais verdadeiro da palavra), segundo o qual o particular interessado é responsável por uma concreta regulação que lhe é automaticamente aplicável enquanto destinatário. Pelo contrário, como se verifica frequentemente, essa (auto) regulação é levada a cabo por uma instância específica, como por exemplo, uma estrutura representativa ou associativa dos interessados (regulados).<sup>134 135</sup>

Sem embargo, é possível distinguir uma *autorregulação privada publicamente regulada*, nos termos da qual aquela *identidade* é mais patente, ou se quisermos, perante a qual a existência de uma intermediação regulatória mediante uma estrutura de autorregulação não constitui *elemento necessário* para a compreensão desta *forma de regulação não pública ou não estadual*.<sup>136</sup>

Como a própria designação permite entrever, falamos aqui de uma regulação que não é uma “*mera autorregulação privada*”- ou uma “*ação privada desregulada*” -, mas também não corresponde a uma *regulação pública ou estadual* (pelo menos, no seu sentido *tradicional* ou *estrito*) – ou à “*direção e planificação do Estado*”<sup>137</sup>. Será, antes, uma opção

---

<sup>134</sup> Realidade especialmente visível no contexto da autorregulação profissional, *vid.* V. MOREIRA, *Auto-regulação...*, cit., pp. 52 e ss. Em última análise, para V. MOREIRA, a autorregulação assim entendida contém, ainda, uma importante dimensão de heterorregulação, visto a regulação preconizada nesta hipótese – da responsabilidade de certas estruturas associativas ou representativas dos agentes económicos interessados – surgir como heterónoma face aos respetivos destinatários (p. 56). Este Autor faz depender a *natureza jurídica* da autorregulação do tipo de *instância ou organização* de autorregulação: se esta resulta da autovinculação dos interessados, então a autorregulação será *privada*; por outro lado, se a constituição desta é imposta ou reconhecida pelos poderes públicos – com poderes de normação associados a uma disciplina obrigatória idêntica à dos Estados e com um grau de autonomia variável em face daqueles poderes – será *pública* ou “*oficial*” (p. 54). É precisamente esta última modalidade a eleita pelo Autor como correspondendo ao “conceito de auto-regulação propriamente dito” (p. 56), e sobre a qual se aplica, mais visivelmente, a análise sobre o carácter heterónimo que a mesma acaba por revelar. Com este sentido, a autorregulação trata-se ainda de uma *forma ou espécie* de regulação, de *carácter coletivo* [O Autor chega mesmo a afirmar que “não existe autorregulação individual” (p. 53) e *não estadual* (p. 52)].

<sup>135</sup> A propósito das *estruturas* de autorregulação (sujeitos da autorregulação), M. DARNACULETTA I GARDELLA (cfr. *Derecho...*, cit., pp. 481 e ss.) destaca a existência de estruturas *simples ou primárias* (organizações *privadas* – v.g., empresas ou associações profissionais - com poderes de normação e controlo), *complexas ou secundárias* (organizações por regra *privadas* e *terceiras* em relação aos interessados na autorregulação, v.g., organismos de controlo e certificação) e *difusas* (cuja existência não é facilmente constatável e bem assim os respetivos destinatários, sendo especialmente visível em domínios de especial complexidade técnica, v.g., no domínio da *Internet*).

<sup>136</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 170 e ss. Desde já, deve ser sublinhado que a compreensão desta forma de autorregulação se revela essencial para a nossa dissertação.

<sup>137</sup> Nestes termos, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 171.

que pretende realizar a síntese entre estes dois polos, revelando-se, por conseguinte, como mais vantajosa em relação aos mesmos.<sup>138 139</sup>

Já se entende que a *autorregulação privada regulada* tem sido levada a cabo frequentemente em espaços antes colocados sob responsabilidade pública, mas que resultaram abandonados pelo recuo experimentado pelo poder público em razão de processos de privatização operados sobre aquela responsabilidade. Ademais, é neste contexto que se verifica, cumulativamente, uma ativação ou um reforço das responsabilidades próprias dos particulares para realização das tarefas (agora privadas), que, em consequência, lhes estão acometidas.

Porém, será porventura incorreto considerar que a consolidação destes esquemas de autorregulação se deve *unicamente* a uma abordagem regulatória por parte dos poderes públicos subsequente ao fortalecimento da sociedade. Por outras palavras, a autorregulação privada regulada não deve ser entendida como representando uma exigência *normal* dos agentes sociais, investidos agora de uma posição reforçada. Em verdade, esta hipótese corresponde, de modo mais evidente, ao que P. GONÇALVES refere como sendo uma das formas que pode assumir a autorregulação privada publicamente regulada: a autorregulação privada “organizada pelo Estado”.<sup>140 141</sup>

Não obstante esta forma ou modalidade de autorregulação privada regulada, devem ainda ser consideradas aquelas formas que são produto mais direto da *ativação* da dinâmica social levada a cabo pelo Estado regulador. Neste sentido, P. GONÇALVES aponta para a

---

<sup>138</sup> Como salienta a doutrina, a autorregulação revela-se mais flexível, eficaz e económica do que a *regulação pública ou estadual*, revelando-se também mais vantajosa do que a *ausência de regulação*. Cfr. V. MOREIRA, *Auto-regulação...*, cit., p. 91.

<sup>139</sup> A autorregulação privada regulada deve ser encarada como uma “solução de compromisso” entre estas duas hipóteses, muito de acordo com a tarefa de *garantir* e de *assegurar* certos fins públicos, preconizada pelo atual modelo de intervenção pública e estadual. Por isso se diz, segundo uma análise certa, que esta autorregulação procede à “*mistura* entre a mera acção privada e a regulação pública ou estadual” (itálico nosso), numa situação de “cooperação” ou “complementaridade” entre estas duas possibilidades, bem representativa do novo esquema *sinérgico* entre o Estado e a sociedade, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 171 a 173 [Neste sentido, a doutrina tem salientado a importância do “princípio da cooperação” para a abordagem das estratégias de autorregulação, *vid.* J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 629.]. Este Autor defende, porém, que esta realidade não afasta a dicotomia existente entre o *público* e o *privado*, não contribuindo para a constituição, assim, de qualquer “zona cinzenta” ou “intermédia” entre estes dois hemisférios. Segundo este raciocínio, torna-se também inviável tomar a autorregulação como assente no exercício de uma qualquer “competência conjunta” entre Estado e sociedade (pp. 172 e 173).

<sup>140</sup> Neste caso, “a intervenção regulatória pública visa, enquadrar e definir as condições jurídicas – materiais, formais e, por vezes, também organizativas – de desenvolvimento da auto-regulação privada”, P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 224. Trata-se mesmo, com frequência, da instituição de regimes aplicáveis às relações privadas informados por “valores de direito público”, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 224.

<sup>141</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 176.

existência de uma autorregulação privada “impulsionada” pelo próprio Estado, já porque é “imposta” por este aos agentes sociais, já porque a sua adoção é antes “incentivada” ou “induzida”.<sup>142 143 144</sup>

Sem qualquer pretensão de incorreremos numa análise exaustiva desta questão – embora se reconheça o papel crucial que esta realidade tem vindo a assumir nos últimos anos no seio da doutrina do Direito Público -, importa atentar na espécie de autorregulação privada regulada que mais se revela próxima e consonante com o âmbito da nossa reflexão: a autorregulação privada “imposta” pelo Estado.

Como sublinha P. GONÇALVES, com a “imposição” da autorregulação privada visa o Estado obter uma “*contribuição* privada forçada” (itálico nosso) dos particulares para realização de objetivos ou fins públicos<sup>145</sup>. Neste sentido, revela-se como mecanismo privilegiado na partilha da prossecução de incumbências públicas, através da ativação ou reforço da responsabilidade dos particulares na execução de tarefas *privadas* localizadas no âmbito da “publicidade” (i.é., “tarefas privadas de interesse público”), conseqüente à conclusão de processos de privatização de tarefas (privatização material).<sup>146</sup>

Ora, o *principal instrumento ou mecanismo jurídico* convocado pelo Estado na materialização desta autorregulação privada é a “imposição legal de deveres” de atuação aos particulares<sup>147</sup>. Nesta reflexão, interessa considerar esta solução na ótica da privatização material de tarefas e da imposição de “deveres de autocontrolo”. Não obstante, não pode ser obliterado que o Estado pode fazer uso da sua função legislativa para também “impor” deveres com o objetivo de conseguir a *colaboração* (“forçada”) dos particulares no exercício (“delegado”) de uma tarefa ou função pública.<sup>148 149</sup>

---

<sup>142</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 176. Esta linha de pensamento é também seguida por J. E. F. DIAS, cfr. *A Reinvenção...*, cit., p. 630.

<sup>143</sup> Desenha-se aqui um quadro de *dupla causalidade* na base da emergência deste fenómeno, paralelo ou até coincidente com o exposto aquando da abordagem dos processos de privatização que encetámos *supra*, cfr. nota 62.

<sup>144</sup> Com o incentivo à adoção desta autorregulação privada visa-se granjear a “contribuição (voluntária) para a realização de fins de interesse público” por parte dos particulares. É aqui que ganham protagonismo os “sistemas privados de certificação *voluntária*” (itálico nosso) (contrapostos aos sistemas de certificação *obrigatória*, cfr. *infra*, nota 153), sejam estes *públicos* ou *privados*. *Vid.* para mais desenvolvimentos, P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 211 e ss.

<sup>145</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 176.

<sup>146</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 172.

<sup>147</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 177.

<sup>148</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 177.

<sup>149</sup> P. GONÇALVES distingue, aliás, três categorias de deveres “impostos” legalmente: uma primeira para obter a colaboração dos particulares na execução de tarefas públicas; a segunda para garantir a realização de interesses públicos gerais; a terceira com o intuito de “proteger direitos e interesses do próprio onerado”. Só a

Portanto, pode o Estado recorrer à imposição legal de *deveres de controlo* de certas atividades privadas sobre os titulares ou interessados no exercício das mesmas. Como teremos oportunidade clarificar mais à frente na nossa dissertação, trata-se aqui da substituição de uma técnica de controlo *público* anterior (preventivo ou prévio, *ex ante*) ao início da atividade, por mecanismos de controlo *privado*, também anteriores ao início da atividade privada, a cargo do próprio interessado (onerado, por isso, com o *dever de controlar* a sua própria atividade).

Desde já, importa sublinhar que este movimento foi causado pela “retração” do Estado decorrente dos fenómenos de privatização material de tarefas, com a consequente “abolição” daqueles controlos *públicos* prévios.<sup>150</sup>

Por conseguinte, a imposição de deveres de controlo sobre os particulares é uma *medida de privatização* (material) da tarefa pública de controlo prévio da legalidade da atividade dos particulares<sup>151</sup>. Consequentemente, esta “imposição” tem desembocado na privatização da *responsabilidade pública* de controlo prévio. A tarefa de controlo aqui em causa passa, assim, a estar situada no âmbito da *responsabilidade dos particulares* interessados, assumindo o Estado e a Administração uma clara responsabilidade de *garantia* de certos fins públicos decorrentes dessa atividade, que não já de *execução*.<sup>152</sup>

Como destaca P. GONÇALVES, a substituição dos controlos públicos prévios que aqui referimos cumpre-se repartida por três vetores: através da substituição de procedimentos de controlo e autorização (públicos) por uma atividade (privada) de controlo e certificação, homologação ou aprovação<sup>153</sup>; por via da substituição de procedimentos de

---

primeira categoria referida é que corresponde à privatização *funcional*. Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 180. Sobre as implicações constitucionais desta “imposição”, *vid.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 181 a 183.

<sup>150</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 185 e ss.

<sup>151</sup> Deve ser tido em conta que nem sempre a “imposição legal de deveres” é *causa ou medida* de privatização. De facto, a mesma pode ser antes *consequência ou resultado* deste fenómeno, *v.g.*, certos *deveres de organização* ou *deveres de atuação* decorrente da imposição de “obrigações de serviço público” (subsequente à privatização dos serviços essenciais de natureza económica), *cfr.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 185.

<sup>152</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 186 a 190.

<sup>153</sup> Trata-se da supressão de procedimentos de controlo público que implicavam uma decisão administrativa do tipo autorizativo (por isso se fala também numa “renúncia” à decisão administrativa), com a consequente “externalização de competências públicas”. Neste concreto, o particular interessado assume o *dever de controlar* a sua atividade. Porém, este está obrigado, nos termos legais, a atribuí-lo depois a uma entidade terceira (isenta e independente), no contexto de uma relação de direito privado (sistema de certificação *obrigatória*). Estas entidades são os *organismos de controlo e certificação*. Tal substituição leva a que, portanto, o controlo privado não seja efetuado pelo próprio interessado (sistema de autocertificação), mas antes por um terceiro. Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 187. Sobre a “nova abordagem” – no quadro comunitário - centrada neste novo “modelo de certificação” (privada), com especial relevo para o controlo – agora efetuado pelo fabricante (importador) - das condições de segurança e de qualidade dos produtos



autorização por procedimentos de comunicação de início de atividade<sup>154</sup>; por fim, com a substituição de controlos públicos cujos resultados são relevantes no âmbito de procedimentos administrativos de autorização.<sup>155 156</sup>

A “imposição” da autorregulação privada por meio de “deveres de controlo” aos particulares pressupõe, em última análise, que esta seja uma alternativa à regulação pública *administrativa*, mormente traduzida na execução de tarefas de controlo ou condicionamento da atividade dos particulares, de teor autorizativo. É neste domínio, portanto, que se faz sentir de forma mais veemente o movimento de privatização *material* do procedimento administrativo.

Isto significa que a Administração renuncia, como já vimos, à decisão administrativa autorizativa - a um *momento de especial autoridade* – em favor da

---

industriais, *vid.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 195 e ss. Os organismos de controlo e certificação desenvolvem, com efeito, uma atividade privada de prestação de serviços que surge no espaço antes colocado sob a responsabilidade pública de execução. Por outro lado, o Estado e a Administração ficam-se pela *acreditação e notificação* destas entidades privadas. Sobre estas novas tarefas públicas, considerando também o papel do Estado (no contexto comunitário) no âmbito da atividade de *normalização*, i.é., na edição de “normas técnicas”, *vid.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 192 e 193; p. 194; nota 238.  *Vid.* também J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación, Externalización de Actividades Administrativas y Autorregulación»..., cit., p. 107 [Este Autor defende que a *normalização* consiste na elaboração de *standards*, confusamente designados de “normas”]; V. ÁLVAREZ GARCÍA, «Introducción a los Problemas Jurídicos de la Normalización Industrial: Normalización Industrial y Sistema de Fuentes», *Revista de Administración Pública* 147 (1998), pp. 307 a 336 (pp. 308 e ss.); M. TARRÉS VIVÉS, «Las normas técnicas en el Derecho Administrativo», *Documentación Administrativa* 265-266 (2003), pp. 151 a 184 [Com especial referência ao papel das normas técnicas no ordenamento jurídico espanhol, *vid.* pp. 159 e ss.]. Esta “nova função pública” é já por si denunciadora de um controlo *indireto* sobre o controlo *direto* efetuado por aquelas entidades. Por isso se diz que os poderes públicos têm hoje uma missão de “controlo do controlo” ou “controlo de segundo grau”, controlo que é também grandemente de *tipo sucessivo*, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, pp. 160 a 162; *Entidades...*, cit., p. 186. Importa chamar a atenção para o facto de os organismos de controlo e certificação poderem também desenvolver tarefas públicas de controlo preventivo, quando ocorra uma delegação pública de funções e poderes (públicos) colocados na órbita do Estado e bem assim quando a certificação seja uma atividade exercida em regime de monopólio, legalmente previsto, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 190. Outra questão é saber se estes organismos estão ou não investidos, logo à partida, de funções públicas. Em sentido negativo, *vid.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 188 e 189. Em sentido positivo, *vid.* por todos, D. CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, pp. 5 e ss. [Onde a Autora procede a uma análise das transformações ocorridas sobre o tradicional modelo administrativo de controlo técnico, constatando o exercício crescente de *funções públicas de autoridade* (controlo, inspeção e certificação das atividades privadas) por parte de certas organizações jurídico-privadas (as “Entidades colaboradoras” da Administração)]; *vid.* também «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», in *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, coord. A. GALÀN GALÀN/C. PRIETO ROMERO, Huygens, Madrid, 2011, pp. 21 e ss.

<sup>154</sup> Estes “procedimentos de comunicação de início de atividade” correspondem, em rigor, à figura do *procedimento de comunicação prévia com prazo*, como ficará mais claro em outra altura da nossa reflexão. Mantivemos esta referência e sistematização não só pelo facto de ser utilizada por P.GONÇALVES, mas também porque julgamos que esta contém a *ratio* essencial para a compreensão da figura da *mera comunicação prévia*.

<sup>155</sup> Sobre esta substituição, *vid.* P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 208 e ss.

<sup>156</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 190 e ss.

autorregulação privada, reconfigurando o seu papel ou recompondo a sua posição em face da própria sociedade: mantém-se (ou reforça-se) o seu papel de *regulamentação* e afirma-se em definitivo uma missão de *fiscalização* e de controlo *ex post* da atividade dos particulares, responsáveis, como agora são, por tarefas (privadas) de controlo.<sup>157</sup>

## 2.6.2. A regulação pública da autorregulação privada

Embora se considere que a “imposição” legal de esquemas de autorregulação privada acaba por resultar na preferência por uma regulação não pública ou não estadual em alternativa à regulação pública ou estadual *administrativa* (heterónoma), deve ser tido em conta que falar em *autorregulação privada regulada* - e bem assim no novo papel que o Estado e a Administração desenvolvem em face das tarefas privadas de controlo -, exige uma referência necessária à *regulação pública da autorregulação privada*<sup>158</sup>. Esta menção permite destacar a *dimensão regulatória* (pública) que está contida na abordagem pública do fenómeno da autorregulação privada e dar um passo mais para a compreensão da *síntese* entre a “mera autorregulação privada” e a regulação pública ou estadual (heterónoma) – por nós referida no ponto precedente - que caracteriza também este fenómeno.<sup>159</sup>

A *regulação pública da autorregulação privada* - talqualmente é exigida pela *imposição* de sistemas de autorregulação privada – deve ser abordada como manifestação da “nova regulação” ou da *neorregulação*, cuja existência vimos já fazer sentido afirmar.<sup>160</sup>

Com efeito, é válido referir que a opção por esquemas de autorregulação privada - na hipótese que nos interessa, por via da “imposição” legal de deveres de controlo prévio privado (levado a cabo através *v.g.*, de sistemas de comunicação de início de atividade) -

<sup>157</sup> Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 174.

<sup>158</sup> Com especial desenvolvimento desta fórmula, *vid.*, por todos, M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 544 e ss.

<sup>159</sup> Reconhecemos que existe uma correlatividade entre as duas expressões. Porém, uma abordagem da *regulação pública da autorregulação privada* permite uma abordagem da outra face do fenómeno da *autorregulação privada regulada*, que julgamos ser adequada – mais que não seja, em termos teóricos – para o fito da nossa dissertação. Assim, a análise da regulação pública que aqui está em causa permite compreender o reforço da regulação administrativa normativa e o surgimento de novos esquemas de controlo público *a posteriori*, que constituem traços fundamentais da nova compreensão. Esta nova situação foi já enunciada no ponto precedente.

<sup>160</sup> Com este sentido, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 544 a 556. Segundo esta Autora, a regulação pública da autorregulação privada está inserida no contexto – que já destacámos *supra*, quando abordámos as características distintivas da “nova regulação”, *vid.* ponto 2.5. – de “transformação da regulação estatal direta e imperativa por outras formas de regulação” (tradução nossa) (p. 545). Trata-se de uma regulação *indireta* que permite a “materialização descentralizada do interesse geral” (p. 547).

constitui já, *per se*, uma *nova fórmula de intervenção regulatória* por parte dos poderes públicos sobre a atividade dos particulares.<sup>161</sup>

De primeira importância é o facto de esta nova intervenção ter produzido efeitos com um impacto assaz relevante, como é possível inferir, sobre as tradicionais formas de *regulação de polícia* ou de *ordenação e controlo* (desenvolvida com recurso, *v.g.*, a instrumentos autorizativos), contribuindo, assim, para a sua progressiva *complementação ou substituição*.<sup>162</sup>

Mais uma vez se conclui que a *autorregulação privada regulada* ou a *regulação pública da autorregulação privada* pressupõem, assim, a substituição de mecanismos de intervenção diretos por mecanismos de intervenção indiretos sobre a atividade dos particulares. Porém, esta substituição não pode comprometer, ou deve mesmo garantir, a efetivação de um *nível elevado de proteção de certos bens jurídicos* (definidores da *ordem pública*, *v.g.*, ambiente, saúde pública, ordenamento do território). Tal proteção é concretizada por meio da “imposição”, por parte dos poderes públicos, de uma *tarefa (privada) de controlo do risco* inerente a certas atividades, a cargo dos interessados na sua realização (onerados, por isso, com o “dever legal de controlo”).<sup>163</sup>

Tudo isto conduz à conclusão de que a prossecução desta incumbência de interesse público perde, com efeito, a sua exclusividade a favor do Estado e da Administração, sendo partilhada com os próprios particulares, titulares das atividades suscetíveis de fazer perigar aqueles bens jurídicos, que ficam sujeitos à *fiscalização* e às formas de controlo público *ex post*, características da atuação administrativa “pós-intervencionista”.<sup>164 165</sup>

Por isto se diz também que a *regulação pública da autorregulação privada* procede, na verdade, a uma “instrumentalização da autorregulação privada” para realização dos  *fins*

---

<sup>161</sup> Nesta linha, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 532.

<sup>162</sup> Cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 529.

<sup>163</sup> Sobre o quadro de *objetivos* da regulação pública da autorregulação privada, cfr. M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 557 e ss.

<sup>164</sup> Convocamos aqui a expressão de J. J. G. CANOTILHO, cfr. «A Governança do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social (Considerações Preambulares)» ..., cit., p. 152.

<sup>165</sup> A regulação pública da autorregulação contribui, deste modo, - decorrente da “imposição” de sistemas de controlo e da ativação ou reforço da responsabilidade dos particulares que temos vindo a referir - para a corresponsabilização da sociedade (“princípio da corresponsabilidade” ou “da responsabilidade partilhada entre o Estado e a sociedade”), cfr. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 558 e 650. Como sublinha esta Autora, “a proteção do meio ambiente, a proteção dos consumidores e usuários e a proteção de outros bens jurídicos de caráter coletivo, deve ser garantida, em primeira instância e mediante a autorregulação, por aqueles sujeitos privados que, com a sua atividade, põem em perigo tais bens” (tradução nossa) (p. 653).

típicos da regulação de polícia: os *meios* desta regulação pública são, portanto, os meios ou instrumentos da autorregulação privada (v.g., a *mera comunicação prévia*).<sup>166 167 168</sup>

Por fim, resta acrescentar que esta “instrumentalização” vai ao encontro da dimensão de *garantia* que está implicada nesta “nova” regulação pública, correspondendo, em certa medida, às novas coordenadas “reflexivas” que permeiam atualmente o Direito Administrativo e que tendem para a concretização de um “controlo do controlo” a levar a cabo pela Administração “vigilante”, i.é., de um controlo externo por parte dos poderes públicos do controlo já efetuado no âmbito da autorregulação privada.<sup>169 170</sup>

---

<sup>166</sup> Cfr. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 530.

<sup>167</sup> A identidade entre a regulação de polícia e a regulação pública da autorregulação privada verifica-se, nestes termos, na *finalidade* de ambas as atividades e não nos *meios* ou *instrumentos* convocados para a sua prossecução, cfr. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 531.

<sup>168</sup> O modo como esta “instrumentalização” é levada a cabo corresponderá, em última análise, às diferentes *formas de regulação pública da autorregulação privada*. DARNACULETTA I GARDELLA fala, a este propósito, de uma forma de regulação pública da autorregulação traduzida no “fomento da autorregulação”, através de estímulos (positivos ou negativos) dirigidos aos particulares para a realização do controlo das suas próprias atividades (esta forma aproxima-se bastante da *ativação ou reforço* da responsabilidade dos particulares que já referimos, materializada por via da autorregulação “impulsionada” – “imposta” ou “incentivada”- pelos poderes públicos). Uma segunda forma, segundo esta Autora, consiste na atribuição de efeitos públicos aos resultados da autorregulação, “cuja gradação denota o grau diverso de confiança que o Estado deposita na Autorregulação”: habilitantes, probatórios e vinculantes. Esta atribuição exige uma terceira forma de regulação pública da autorregulação, desenvolvida através da regulação do contexto (coincidente, em grande medida, - pelo menos no que respeita à aproximação ou inspiração “publicista” que caracteriza os regimes jurídicos resultantes desta abordagem - com a “organização” que falámos no ponto anterior, a propósito da *autorregulação privada “organizada” pelos Estado*). Cfr. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., pp. 567 e ss. No que toca aos *efeitos públicos* atribuídos à autorregulação privada, J. ESTEVE PARDO destaca os *efeitos indiciários, presuntivos, periciais, integradores, de substituição, transformadores e de rescisão*, cfr. *Autorregulación, Génesis y Efectos*, Arazandi, Navarra, 2002, pp. 129 e ss. No âmbito da nossa dissertação, interessa-nos, sobretudo, a abordagem regulatória dos *instrumentos de controlo* relevantes no contexto da autorregulação. Contudo, a propósito da regulação pública da autorregulação “normativa”, J. ESTEVE PARDO refere que com a atribuição de *efeitos públicos* à autorregulação, ocorre muitas vezes a “incorporação” de normas e referências (v.g., normas técnicas) produzidas “extramuros” do Estado e da Administração como decorrência desta autorregulação, não contidas, assim, *ab initio*, no ordenamento jurídico (sobre estas normas, *vid.* nota 153). Destarte, a autorregulação privada – ou os seus resultados normativos - deve ser entendida, como defende este mesmo Autor, como uma *fonte de Direito Administrativo*. Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 83 e ss.; J. MORCILLO MORENO, «Una crisis marcada por la globalización: intervención, desregulación y autorregulación regulada», Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 6 Congreso, INAP (2012) (p. 9) [Sobre a justificação desta incorporação e as técnicas ou fórmulas na sua base, *vid.* especialmente, J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 84 a 88]; J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación, Externalización de Actividades Administrativas y Autorregulación» ..., cit., pp. 106 e ss. [Este Autor defende que “a autorregulação pode complementar mas não substituir o poder normativo” do Estado (tradução e itálico nossos) (p. 109)].

<sup>169</sup> Como faz notar M. DARNACULETTA I GARDELLA (cfr. *Derecho...*, cit., p. 654), só com esta “instrumentalização” é possível que a intervenção pública na esfera social seja não apenas *indireta*, mas agora também “muito mais extensa e intensa” do que foi outrora. Já fizemos referência à função de vigilância do Estado regulador *supra*, *vid.* nota 111.

<sup>170</sup> Cfr. GONÇALVES, *Reflexões...*, pp. 160 a 162; *Entidades...*, cit., p. 186. Esta expressão é também convocada por M. DARNACULETTA I GARDELLA, *Derecho...*, cit., p. 592. Já fizemos referência a esta “nova função pública” em outro lugar da nossa reflexão, contudo com um sentido mais estrito ou centrado na atuação pública em face dos *organismos de controlo e certificação*, *vid.* nota 153.

### 3. A simplificação para a eficiência

#### 3.1. A simplificação administrativa

A implementação de novos esquemas de controlo da atividade dos particulares, como os que assentam na *mera comunicação prévia* pelo respetivo interessado na realização daquela atividade à Administração, para que a mesma tenha início - com a consequente reformulação ou transformação do agir administrativo - está associada, como vimos até aqui, a um movimento de privatização material do procedimento, compensado por uma abordagem regulatória da autorregulação privada, assente na imposição de deveres legais de controlo e na concomitante ativação da responsabilidade dos particulares na realização desta tarefa (agora) privada de controlo.

Vimos, a propósito da regulação pública da economia (*vid. supra* ponto 2.4.1.), que esta surge como uma nova intervenção pública (indireta e externa) na economia, por parte de uma Administração que não é mais empresária ou prestadora de serviços (serviços públicos de natureza económica) e produtora de bens, mas que assume hoje, essencialmente, um papel de *garantia* da observância de certos interesses gerais pelos privados, responsáveis pelo exercício de determinadas tarefas relevantes na ótica da prossecução do interesse público. Acrescentamos agora que a desintervenção estadual (direta) na economia aqui pressuposta só foi possível com a *desregulação* de um conjunto de atividades económicas e com a *liberalização* do acesso pelos particulares aos mercados respetivos.

As modificações produzidas sobre a regulação administrativa de polícia que permitem hoje falar numa *neorregulação* (*vid.* ponto 2.5) são, em larga medida, também tributárias destes fenómenos no protagonismo que conferem ao sector privado, quando preconizam a opção por mecanismos de controlo prévio privado, em lugar dos anteriores sistemas de controlo prévio público da atividade dos particulares.

Assim sendo, tudo isto torna correto afirmar que a política de abolição e substituição destes sistemas – e, por conseguinte, ainda que indiretamente, a própria *neorregulação* - é resultado de uma *desregulação* “propriamente dita” ou *stricto sensu* da

atividade dos particulares, que integra, segundo alguns autores - em conjunto com a *liberalização* e a própria *privatização* - o conceito (amplo) de *desregulação*, correspondendo esta – com este sentido lato –, por sua vez, a uma preocupação frequentemente na base da concretização de estratégias de *simplificação*.<sup>171</sup>

O recurso a instrumentos ou sistemas de autorregulação - como a *mera comunicação prévia* - tem sido consequência da adoção de medidas de *desregulação* (em sentido amplo) e, por conseguinte, de *simplificação*. Assim sendo, a consagração de uma figura como a *mera comunicação prévia* entre nós deve ser entendida como produto *direto ou imediato* de uma estratégia de *simplificação jurídica*, e *indireto ou mediato* daquela *desregulação*.

É um facto que todo o universo jurídico está hoje confrontado com uma exigência de simplificação, mais ou menos visível, mais ou menos premente. Todavia, o âmbito da nossa reflexão impõe que centremos a nossa atenção em um tipo de *simplificação jurídica*, a *simplificação administrativa*, i.é., a simplificação da administração e do próprio Direito Administrativo.<sup>172</sup>

Não existe uma definição unívoca de *simplificação*. Esta expressão remete antes para uma ineliminável *polissemia*, descrevendo um conceito “multiusos” ou

---

<sup>171</sup> A diminuição da intensidade ou a abolição do controlo público prévio da atividade (sobretudo económica) dos particulares procede imediatamente, segundo V. MOREIRA (cfr. *Auto-regulação...cit.*, p. 43; «Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico» ...cit., pp. 226 e 227), da “desregulação propriamente dita”, que, juntamente com a *liberalização* e a *privatização*, integra, no entendimento deste Autor, o conceito mais amplo de “desregulação”, como sinal do “descomprometimento público em relação à economia”. Optando também por esta sistematização, vid. M. PORTOCARRERO, *Modelos de simplificação administrativa*, Universidade Católica, Porto, 2002, pp. 33 e ss. Para uma sistematização diferente, referente às novas tendências procedimentais, vid. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 150 [Este Autor menciona a desregulação (com um sentido próximo da desregulação *stricto sensu*) como representando um dos mecanismos de simplificação administrativa, a par do tratamento conferido ao silêncio endoprocédimental, das políticas de concentração e de coordenação. *Simplificação* que, conjuntamente com a *privatização* (procedimental), constitui, segundo o mesmo Autor, uma *nova tendência procedimental*].

<sup>172</sup> Será, porventura, a simplificação administrativa das relações entre a Administração e os particulares aquela que mais nos interessa colocar no âmbito da nossa reflexão e não tanto das relações entre entidades administrativas. Contudo, isto não significa que a simplificação das relações *inter* ou *intra* administrativas não tenha um reflexo nas relações da Administração com os particulares e, com efeito, não careça de relevo para a nossa reflexão, cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., p. 24. No entender de M. PORTOCARRERO (cfr. *Modelos...*, cit., p. 23; pp. 24 e ss.), as políticas de simplificação das relações da Administração com os particulares caracterizam-se por ser um *fenómeno acessório* de outras preocupações que ocupam a doutrina e o Direito Administrativo, v.g., eficiência da decisão administrativa, garantia dos direitos dos particulares, políticas de desregulação (em sentido amplo). Não obstante, a Autora refere, ainda, a existência de uma forma de simplificação administrativa *a título próprio*, associada à fixação de “mecanismos de aceleração de procedimentos urgentes” e aos “mecanismos de simplificação de validade geral”, cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., pp. 37 e ss.

“polivalente”<sup>173</sup>. Em última instância, mais do que um conceito jurídico, a simplificação é “um caminho”, que pode convocar instrumentos diversificados e cujos contornos não são de fácil apreensão, muito por conta da sua inerente flexibilidade<sup>174</sup>. Sobretudo, importa ter em mente, como alertam os autores, que a simplificação não pode ser um *fim* em si, mas antes um *meio*.<sup>175</sup>

Não obstante esta dificuldade, a doutrina tem adiantado três aceções que a *simplificação administrativa* pode apresentar. Destarte, faz sentido referir, segundo aquela, a existência de uma simplificação *normativa* (operante sobre a normatividade legal e administrativa), de uma simplificação *orgânica* (com incidência sobre o aparato ou organização administrativa) e de uma simplificação *procedimental* (sobre o agir administrativo).<sup>176</sup>

A simplificação administrativa que justifica a consagração de instrumentos como a *mera comunicação prévia* traduz-se, a título principal, embora não exclusivo, com uma política de simplificação *procedimental*<sup>177</sup>. É que a opção por estes instrumentos implicará sempre uma simplificação da atuação administrativa desenvolvida no contexto da regulação de polícia. Por outras palavras, como já analisámos e como iremos desenvolver posteriormente, o sistema de autorregulação privada que é preferido com a fixação destes instrumentos implica a substituição de tarefas públicas incluídas na atividade administrativa (*procedimentalizada*) de pendor autorizativo.

Como facilmente se conclui, as estratégias de simplificação administrativa que têm sido objeto de implementação recente surgem como uma *necessidade* no ambiente de constrangimentos económico - financeiros em que se move atualmente a Administração Pública (pelo menos, no caso português). Por isto, a política de simplificação administrativa

---

<sup>173</sup> Cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., p. 20; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «De la simplificación de la administración pública», *Revista de Administración Pública*, 147 (1998), pp. 7 a 37 (p.7).

<sup>174</sup> Cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., p. 20.

<sup>175</sup> É este o entendimento de C. J. BATALHÃO, «A comunicação prévia: do modelo teórico à experiência autárquica», *Direito Regional e Local*, 14 (2011), pp. 63 a 75 (p. 64).

<sup>176</sup> Sobre estas acessões, *vid.* M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., pp. 20 e ss; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «De la simplificación de la administración pública...», cit., p. 8; R. RIVERO ORTEGA, «Simplificación administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la directiva de servicios», *Revista catalana de dret públic*, 42 (2011), pp. 115 a 138 (p. 117) [Como faz notar este Autor, a reflexão sobre a simplificação administrativa “é projetável tanto sobre as estruturas como sobre as normas e os procedimentos (...)” (tradução nossa)].

<sup>177</sup> Isto equivale a afirmar que a introdução e efetivação desta figura é igualmente tributária – ainda que em termos indiretos - de uma simplificação *orgânica e normativa*.

tem sido incluída com naturalidade – como coordenada fundamental – no âmbito de programas de *modernização, transformação, renovação e reforma* administrativa.

No essencial, visa-se, com esta política, reduzir a complexidade (“descomplexificar”) que caracteriza, na situação atual, a administração pública<sup>178</sup>. Uma complexidade – normativa, orgânica e procedimental - resultante do acréscimo significativo dos fins e das missões assinaladas à Administração Pública nas últimas décadas, em correspondência com o aumento, em simultâneo, do acervo de necessidades cuja satisfação veio sendo reclamada pela sociedade durante este mesmo período, i.é., durante o crescimento e a afirmação do Estado social. Considera-se que esta complexidade administrativa – espelho, deste modo, da maior complexidade social idiosincrática da atual *Sociedade de Risco* – tem contribuído para uma *disfuncionalidade* da atuação da Administração, na prossecução dos seus fins<sup>179</sup>. Fins que, por sua vez, se apresentam muitas vezes como contraditórios (v.g., promoção do desenvolvimento económico; proteção ambiental).<sup>180</sup>

Ora, este quadro geral de complexidade administrativa tem tido uma expressão especial no âmbito do *procedimento administrativo* (complexidade procedimental). Isto porque enquanto “meio adequado à introdução e tratamento da informação necessária à tomada de decisões” e “à ponderação e valorização de todos os interesses emergentes na realidade concreta”, o procedimento administrativo está particularmente exposto à “complexificação” social.<sup>181</sup>

Deste modo, a *simplificação procedimental* visa introduzir soluções que levem à modificação quantitativa (redução do número de tarefas procedimentais a cargo da Administração Pública) e qualitativa (utilização de novos instrumentos de atuação, v.g., novas tecnologias) do procedimento administrativo, por forma a garantir uma atuação administrativa, na sua globalidade, mais *racional, menos burocrática, menos centralizada e hierarquizada, mais ágil* no relacionamento com os particulares e, por isso, também *mais próxima* dos mesmos e *aberta* à sua participação.<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> Neste sentido, simplificar significa também “descomplicar” a administração pública ou reduzir a sua concretização “ao essencial”, cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «De la simplificación de la administración pública» ..., cit., p. 7.

<sup>179</sup> Cfr. R. RIVERO ORTEGA, «Simplificación administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la directiva de servicios» ..., cit., p. 116.

<sup>180</sup> Esta “contradição” é inerente à “multifuncionalidade” que enquadra hodiernamente a atuação da Administração, cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., p. 15.

<sup>181</sup> Cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., pp. 19 e 20.

<sup>182</sup> Assiste-se hoje a uma *abertura* do Estado e da Administração à sociedade e aos seus interesses, i.é., ao “chamamento dos administrados à actuação administrativa”, pela realização de um “princípio de colaboração,



### 3.2. O desígnio da eficiência

No seguimento do que já dissemos, constata-se que uma das preocupações – talvez mesmo a preocupação central - que justifica o quadro de alterações produzidas pelos programas ou estratégias de simplificação administrativa, consiste na tentativa de tornar a administração mais consonante com uma lógica de *eficiência*<sup>183</sup>. Esta lógica exige, em termos gerais, um paradigma de organização e atuação administrativa diferente: mais *eficaz*, mas também mais *económica* (economicidade) e mais *célere* na prossecução dos seus objetivos. Por conseguinte, a *busca pela eficiência* é hoje um dos desafios que mais interpelam o Direito Público, e o Direito Administrativo em particular.

Se a *raiz económica* do conceito de *eficiência* é facilmente surpreendida, o mesmo não se verifica em relação ao significado preciso deste mesmo conceito<sup>184</sup>. Sem denegar o enquadramento económico e sociológico que aquela *raiz* reclama, é necessário, antes de mais, achar uma noção ou uma compreensão relevante sobretudo do ponto de vista jurídico.

Como faz notar J. C. LOUREIRO, a compreensão juridicamente relevante do conceito de *eficiência* terá que assumi-lo como “superconceito” (*Oberbegriff*), por forma a exprimir o “carácter polifacetado” ou a integrar as “diversas dimensões com relevância jurídica” que o mesmo encerra<sup>185</sup>. De acordo com esta proposta, a eficiência pode querer significar *eficácia* (“*efetividade*”) na realização dos fins (“realização eficaz de fins pré-

---

de participação ou mesmo de concertação com os interessados”, cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., p. 17. Esta *abertura* é simultaneamente uma necessidade da Administração – por força de introdução de novos princípios que enquadram a sua atividade, como o *princípio da imparcialidade*, mas também como *medida de gestão do conhecimento* do agente administrativo – mas também um possível entrave, “susceptível de paralisar a acção administrativa”, cfr. M. PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., p. 18.

<sup>183</sup> Cremos que as políticas de simplificação administrativa permitem alcançar padrões de eficiência na Administração Pública “sem uma redução massiva das suas funções atuais” (tradução nossa), como nota C. R. SUNSTEIN, cfr. *Simpler: The Future of Government*, Simon & Schuster Paperbacks, New York, 2013, p.11.

<sup>184</sup> Sobre o cariz económico da eficiência, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações Informais da Administração – Verdade ou Mito? (novas formas de actuação administrativa sob a óptica do direito do ambiente)*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998, p. 113; J. C. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 124 e ss.

<sup>185</sup> Cfr. J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., p. 131. Com este “superconceito” (*Oberbegriff*) rejeita este Autor um “conceito meramente tecnocrático de eficiência, de matriz economicista”, cfr. J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., pp. 132 e 133.

dados” através de *meios adequados*)<sup>186</sup>. Para além desta dimensão, a eficiência pode ainda ser encarada como *otimização de meios* ou, por outras palavras, enquanto “modo de realização ótima dos fins” através da “opção ótima”. Este Autor refere, ainda, a *celeridade* e a *economicidade* (“princípio da economia”) como duas dimensões do conceito de eficiência que acrescem às referidas.<sup>187</sup>

Nesta linha, deve ser sublinhado que o conceito de eficiência apresenta uma forte afinidade com outros conceitos, como *produtividade*, *racionalização*, *eficácia*, “*bom andamento*” e *praticabilidade*.<sup>188</sup>

Não se julgue, porém, que estamos aqui na presença de uma exigência inculcada sobre a administração como um carácter vago ou não vinculativo. Na verdade, a *eficiência* administrativa beneficia de *dignidade constitucional*, como são prova as várias referências que o texto constitucional lhe dispensa<sup>189</sup>. Destarte, como destaca S. TAVARES DA SILVA, esta expressão constitucional concretiza-se no artigo 199.º, alínea c) (com a referência à “boa execução das leis”), no artigo 198.º, n.º2 (com o “poder de auto-organização do Governo”), no artigo 266.º, n.º2 (“vinculação da Administração a critérios de justiça”) e no artigo 267.º (com a referência à eficácia em termos organizacionais e procedimentais) da CRP<sup>190</sup>. Ademais, segundo J. C. LOUREIRO, a eficiência administrativa obtém também esta dignidade – atenta a dimensão de *celeridade* – enquanto exigência de certos *direitos fundamentais*, como por exemplo o *direito de asilo* (artigo 33.º da CRP).<sup>191 192</sup>

O tratamento conferido pela Constituição ao tema da eficiência administrativa vem reafirmar a importância deste tópico no âmbito de qualquer reflexão sobre a *modernização* da atuação administrativa e a reforma do Direito Administrativo, e bem assim – como sucede no quadro da reflexão que aqui propomos - sobre as estratégias de simplificação

---

<sup>186</sup> Sublinha o mesmo Autor noutra passagem que “se a eficiência *stricto sensu* se refere aos recursos consumidos (*inputs*) para a obtenção de um determinado fim, a eficácia exprime as relações entre os efeitos ou resultados e os objetivos”, J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., p. 128.

<sup>187</sup> Cfr. J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., pp. 131 e 132.

<sup>188</sup> Neste sentido, desenvolvendo cada um destas “figuras afins” à eficiência, *vid.* J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., pp. 127 e ss.

<sup>189</sup> Cfr. J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., p. 133.

<sup>190</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., pp. 114 e 115; *Vid.*, também, J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., p. 133.

<sup>191</sup> A referência constitucional às “formas expeditas de decisão” no âmbito dos procedimentos de asilo (cfr. artigo 33.º, n.º 2, *in fine*, da CRP) abona neste sentido, cfr. J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., p. 133.

<sup>192</sup> Cfr. J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., p. 133.

administrativa e procedimental, já que a *eficiência* – ou o erigir de uma administração mais eficiente - representa o *fim* principal que aquelas estratégias almejam.<sup>193</sup>

## 3.2. O novo modelo de Administração Pública eficiente

### 3.2.1. Uma Administração competitiva

Já fizemos menção ao cariz económico do conceito de *eficiência*. Considerando que deve ser tida em conta, principalmente, a dimensão jurídica deste conceito no contexto de uma reflexão problemática sobre o Direito Administrativo como a nossa, tal não pode significar a omissão de uma referência mais atenta ou desenvolvida daquele cariz ou, o que é o mesmo, da *intencionalidade económica* que subjaz a este conceito. De facto, esta *intencionalidade* tem servido de arrimo ao conjunto de modificações produzidas sobre o modelo tradicional de Administração, tendentes à materialização de uma Administração Pública mais eficiente, leia-se, mais “moderna”.

Ora, o modelo de Administração *tradicional* – porque arreigado nas concretizações legislativas e bem assim nas considerações doutrinárias e jurisprudenciais durante grande parte do século XX – está hoje colocado, como o próprio Direito Administrativo, sob um processo de *reconstrução, reforma* ou “*adaptação*” à dinâmica da realidade social e económica hodierna. Tal modelo corresponde, como faz notar S. TAVARES DA SILVA, ao “modelo weberiano burocratizado”.<sup>194</sup>

Entre as várias características que são típicas deste modelo de Administração, destacam-se a sua “uniformidade” e “previsibilidade”, que acabam por ser a consequência lógica da *formalização* e do recurso à *burocracia* como método de enquadramento do agir

---

<sup>193</sup> Em termos doutrinários, temas como o da possibilidade de *controlo judicial da eficiência administrativa* ou o da *informalização* do agir administrativo contribuem também para reiterar a importância deste tópico. Sobre o primeiro tema, *vid.* J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., pp. 136 e ss. Sobre a informalização *vid.* J. C. LOUREIRO, *O procedimento...*, cit., pp. 145 e ss [Onde o Autor afirma que a *informalização* (ou “*aformalização*”) pode surgir como uma “alternativa ao Direito”, polarizada numa *nova justiça* assente na *eficiência* - uma “alternativa fáctica” à *ordem de validade* que aquele representa -, ou antes como estando sujeita à juridicidade, permitindo soluções de flexibilização da decisão administrativa, como, *v.g.*, as soluções de “*soft law*”]. Para mais desenvolvimentos sobre este último tema, *vid.*, por todos, S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., pp. 15 e ss.

<sup>194</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 108.

administrativo que este modelo pressupõe<sup>195</sup>. Atualmente, a *formalização* e a *burocracia* surgem embutidas, em grande medida, de um *sentido pejorativo*, sendo frequentemente encaradas como fatores responsáveis pela *rigidez* que tem sido apontada ao modelo *tradicional*.<sup>196</sup>

Nas últimas décadas do século passado, surge a perceção, mais ou menos generalizada entre aos autores (sobretudo no âmbito da ciência económica), de que este modelo de Administração é ineficiente, já pela sua ínsita *rigidez*, já pelo número crescente de necessidades cuja satisfação a nova realidade social e económica reclamava. Este quadro proporcionou críticas dirigidas a este modelo *tradicional*, movidas por parte dos defensores da implementação de um *novo modelo de administração ou gestão pública*, tradutor de uma lógica diversa, assente, em grande medida, nas virtualidades do modelo de gestão privada<sup>197</sup>.

Entre outros aspetos, a proposta de instituição de um novo modelo de Administração Pública pretende reproduzir, decalcar ou importar a racionalidade económica típica do sector privado, para garantir uma Administração - estrutural e funcionalmente - *mais eficiente*. Almeja-se – e este é o grande objetivo – tornar o Estado (e a Administração) *mais competitivo* no panorama económico atual – no horizonte do “novo modelo económico-social de desenvolvimento” -, marcado pela crença na dinâmica económica privada e no funcionamento dos mecanismos de mercado<sup>198</sup>. À luz deste entendimento, a *competitividade* surge, em simultâneo, como um *valor* (económico) e como uma *necessidade* na situação económica atual, em que, a braços com a exigência da adoção de políticas de ordem financeira e orçamental motivadas pela recente crise económico-financeira, tem o Estado de se movimentar (ou se quisermos, drasticamente, de “sobreviver”) no contexto de *regimes*

---

<sup>195</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 108. Esta Autora acrescenta que o “modelo Weberiano” se caracteriza também pela “não personalização das funções, das regras, dos procedimentos e pela especialização e profissionalização dos agentes e ainda por assentar num modelo de tipo hierárquico”, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 108, nota 284. Sobre estas características, *vid.* também a enumeração proposta por J. P. PFIFFNER, «Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency», in *Institutionenbildung in Regierung und Verwaltung: Festschrift für Klaus König*, eds. A. Benz, et al., Duncker & Humboldt, Berlim (2004), pp. 443 a 454 (p. 445) [Segundo este Autor, o modelo tradicional é em grande parte tributário da dicotomia *política-administração* e de uma abordagem vertical “*top to bottom*” da administração pública, cfr. «Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency» ..., cit., pp. 443 e 444].

<sup>196</sup> Esta “falta de flexibilidade” do modelo *tradicional* “weberiano” é igualmente denunciada por S. TAVARES DA SILVA, cfr. *Actuações...*, cit., p. 108.

<sup>197</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 108.

<sup>198</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 108; *Direito...*, cit., p. 154.

*económicos concorrenciais* de âmbito comunitário e globalitário, com o estatuto, cada vez mais evidente, de *player* indistinto.<sup>199</sup>

A *intencionalidade económica* associada ao objetivo da eficiência e o desafio de instituição de um *novo modelo* de administração em consonância com este, têm estado na base de propostas de reinvenção da Administração e do sector público – sensivelmente, também, desde os anos oitenta do século passado - associadas a concepções como o *managérialisme* e a certos movimentos, como o norte-americano “*Reinventing Government*”, que surgindo já no início da década de noventa, viria a absorver o movimento da *New Public Management*.<sup>200</sup>

Pela sua proximidade ao caso português, importa salientar este movimento, que propõe, em traços gerais, a substituição do modelo de gestão pública tradicional por um novo modelo, mimetizado dos modelos de gestão privada<sup>201</sup>. Neste sentido, o termo *New Public Management* refere-se precisamente ao acervo de técnicas e perspetivas interessadas no combate à *ineficiência* que, segundo os seus proponentes, é inerente ao modelo “weberiano”, propugnando a conseqüente superação deste.<sup>202</sup>

Ainda que se considere que esta proposta surge no seguimento de uma postura crítica em relação ao modelo “weberiano”, a mesma não pode ser confundida, como alertam

---

<sup>199</sup> Isto mesmo refere S. TAVARES DA SILVA: “a Administração cada vez mais surge como um actor indiferenciado no quadro de uma política de concorrência globalitária, pelo que não pode continuar a alicerçar-se na sua posição de actor privilegiado, escudando-se sob a égide da legalidade. Actualmente, exige-se uma Administração actuante e dinâmica, capaz de dar resposta efectiva aos problemas dos cidadãos, numa palavra: eficiente.”, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 114.

<sup>200</sup> Cfr. W. N. DUNN/D. Y. MILLER, «A Critique of the New Public Management and the Neo-Weberian State: Advancing a Critical Theory of Administration», *Public Organization Review* 7 (2007), pp. 345 a 358 (p. 345). O movimento de “*Reinventing Government*” foi uma proposta teórica lançada por D. OSBORNE e T. GAEBLER, cfr. *Reinventing Government*, Penguin Books, Nova Iorque, 1993; *vid.* também, D. OSBORNE, *Reinventing Government: What a Difference a Strategy Makes*, 7th Global Forum on Reinventing Government, Viena, 2007 (disponível *on-line* em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan025253.pdf>>). Podem ser inscritas neste movimento, julgamos, propostas como aquela que assenta na formulação de um modelo do “Estado pós-burocrático” (“*post bureaucratic state*”). Sobre esta, *vid.* E. C. KAMARCK, *The End of Government (as know it)*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2001 (disponível *on-line* em: <[http://www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/Events/Papers/CBGLunch\\_12-6-01\\_Kamarck.pdf](http://www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/Events/Papers/CBGLunch_12-6-01_Kamarck.pdf)>).

<sup>201</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., pp. 108 e 109.

<sup>202</sup> Cfr. J. P. PFIFFNER, «Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency» ..., cit., p. 445. É curioso verificar que embora o modelo “weberiano” tenha sido acusado de ineficiência, o mesmo foi pensado – na concepção originária de Max Weber – como garantia da eficiência administrativa, o que se justifica se tivermos em conta o contexto histórico (o modelo burocrático era alternativa ao modelo carismático), o fator temporal (tal modelo surgia como adequado à governação de organizações com vocação de permanência) e a escala da organização (era o modelo ideal para a coordenação em larga escala), cfr. J. P. PFIFFNER, «Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency» ..., cit., p. 444.

alguns autores, com as propostas de reforma que estão na base da fórmula do “Estado neoweberiano” (“*Neo-Weberian State*”), especialmente visível no contexto europeu continental<sup>203</sup>. Nas palavras de J. MENDES, nesta fórmula, diferentemente, “os elementos weberianos da administração *coabitam* com os elementos «neo» introduzidos pelas reformas de modernização” (itálico nosso).<sup>204</sup>

Creemos que são também preocupações de ordem económica – como a eficiência e a competitividade da Administração - que estão por detrás de determinadas propostas “menos radicais” que a doutrina se tem preocupado em adiantar, mais próximas, deste modo, da fórmula de “Estado neoweberiano”. Estas preocupações manifestam-se pela adoção (com a subsequente “colonização” dos quadros jurídicos), uma vez mais, de uma certa linguagem e filosofia provinda do sector privado, identificável com a racionalidade e o *modus operandi* dos agentes que o constituem (sobretudo situados no universo empresarial).

É desta índole a proposta de criação de uma Administração Pública “em rede”, integrada numa estratégia de simplificação e eficiência administrativa: uma Administração mais eficiente porque *mais colaborativa*, com uma “oferta” de serviços mais diferenciada e adequada às necessidades dos seus destinatários<sup>205</sup>. O principal contributo desta proposta –

---

<sup>203</sup> Este termo foi adiantado, entre outros, por C. POLLITT/ G. BOUCKAERT, *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2004. É preciso ter em conta que a hipótese do “Estado weberiano” surge no desenvolvimento de uma postura crítica nutrida pelos autores europeus com relação ao *New Public Management*, cfr. W. N. DUNN/D. Y. MILLER, «A Critique of the New Public Management and the Neo-Weberian State: Advancing a Critical Theory of Administration» ..., cit., pp. 350 e ss.

<sup>204</sup> Cfr. J. MENDES, «La réforme du système administratif Portugais: new public management ou Etat néo-weberien?», *Revue française d'administration publique* 119 (2006), pp. 533 a 553 (p. 536).

<sup>205</sup> Cfr. M. M. L. MARQUES, *Uma Administração pública em rede*, Associação para a promoção e desenvolvimento da sociedade de informação (APDSI) (2007) (disponível *on-line* em: <[http://www.apdsi.pt/uploads/news/id547/4.5\\_maria%20leita%20marques\\_070626.pdf](http://www.apdsi.pt/uploads/news/id547/4.5_maria%20leita%20marques_070626.pdf)>). Neste artigo, a Autora aborda a questão da “economia em rede” como marca distintiva do “novo paradigma económico”, analisando em que termos pode a *nova organização empresarial (colaborativa)* - que esta “economia” pressupõe - ser importada para a organização e para a atuação da Administração Pública (central, regional e local), com o intuito de instituir mecanismos de “colaboração em rede” no seio desta, na prossecução de objetivos comuns. Segundo a Autora, a constituição destes esquemas é incentivada pelo cenário de *complexidade* (v.g., tecnológica, científica) com que se depara atualmente a Administração, pela *escassez* dos recursos que condiciona com frequência o seu agir e pela concretização de certos padrões de *qualidade* dos serviços que disponibiliza. Todavia, este empreendimento depara-se também com constrangimentos, especialmente visíveis no que concerne à *direção, coordenação e orientação* da “rede”. P. GONÇALVES considerando que a Administração Pública “em rede” é uma Administração plural (em “arquipélago”), que ultrapassou a “unidade da Administração” e que, deste modo, remete para uma situação de “dispersão”, afirma também que este novo contexto organizatório reclama uma “coordenação do sistema” administrativo (uma sua “orquestração”), com um sentido vertical (“a partir do Governo”) ou horizontal (através, v.g., de “trocas de informações” ou “acordos de concentração e de cooperação entre instâncias administrativas). A “Administração Pública em rede, mas coordenada” é aliás assumida pelo Autor como um dos “valores que podem nortear uma boa governação do sistema administrativo”. Cfr. P. GONÇALVES, «Ensaio sobre a boa

e o seu grande mérito - consiste no sublinhar da necessidade de proceder à alteração de uma “cultura” e de uma organização administrativas – própria do modelo “weberiano” - assentes na *hierarquia*, na *centralização* e *verticalidade* (em “silos”), assentes numa lógica “*top to bottom*” (supra-infra ordenação), no sentido de fomentar a *horizontalidade* e a *flexibilidade* associadas à organização “em rede”.<sup>206 207</sup>

Constata-se, no seguimento desta análise, que a procura de *eficiência* (e a *intencionalidade económica* que lhe subjaz) acaba por ser propulsora, com efeito, de níveis diversos de *renovação* da organização e de atuação administrativa, mas sempre vocacionados para a garantia de *competitividade*.<sup>208</sup>

A análise dos esquemas alternativos de organização e atuação que esta *renovação* pressupõe tem importância fulcral no contexto da Reforma Administrativa, capítulo central da Ciência da Administração. Contudo, adquire também, como é evidente, um relevo especial no âmbito do próprio Direito Administrativo e de uma reflexão – como é a nossa - sobre as novas modalidades de atuação administrativa e, em concreto, sobre a eficiência e a simplificação administrativas.<sup>209</sup>

### 3.2.2. Uma economia mais eficiente: o investimento económico privado e os “custos de contexto”

---

governação da Administração Pública a partir do mote “new public governance”», in *O Governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 7 a 35 (p. 11; pp. 30 e 31)

<sup>206</sup> Cfr. M. M. L. MARQUES, *Uma Administração...*, cit., p. 2. O panorama administrativo que é objeto de crítica é sobretudo identificável, no diagnóstico desta Autora, na Administração central, onde a “verticalização isola ministérios e até serviços dentro de cada um deles. Como tal, tem constituído tradicionalmente uma forte barreira à cooperação, tornando o conjunto da Administração muito mais parecido com uma pluralidade de empresas que pouco se relacionam e não partilham conhecimento umas com as outras, do que com uma só empresa” (p. 2).

<sup>207</sup> O tópico da Administração “em rede” tem merecido a atenção da doutrina administrativista mais recente. Para uma análise jurídica, *Vid.*, por todos, S. CASSESE, «Las redes como figura organizativa de la colaboración», in *La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 33 a 41. Numa perspetiva de pendor económico, *vid.*, entre outras referências, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, ed. G. THOMPSON *et al.*, Sage, Londres, 1991, pp. 171 e ss.

<sup>208</sup> Julgamos que o objetivo de alcançar um modelo de Administração competitiva é *transversal* aos níveis aludidos de procura de eficiência para a organização e para o agir administrativos.

<sup>209</sup> Aqui se demonstra o carácter “auxiliar” da Ciência da Administração Pública face à Ciência do Direito Administrativo, cfr. F. QUADROS, «Ciência da Administração», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume I, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984, cols. 844 e 845; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Volume I, cit., p. 199 e 200 [Este Autor insere a Ciência da Administração Pública no conjunto das “disciplinas não jurídicas” auxiliares da Ciência do Direito Administrativo]. Sobre o que se seja esta “Ciência” e sobre a respetiva evolução histórica, *vid.* entre outros, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Volume I, cit., pp. 200 e ss; J. CAUPERS, *Introdução à ciência da administração pública*, Âncora Editora, Lisboa, 2002, pp. 11 a 71.

Seria incorreto considerar que as políticas de desregulação e simplificação esgotam os seus efeitos na afirmação de um modelo de Administração Pública que se pretende, como já sabemos, mais eficiente e mais competitiva. Ao invés disto, com estas políticas pretende-se, de igual modo, criar as condições propícias à formação de um ambiente “amigo” ou favorável à dinâmica do investimento económico privado, no horizonte de um modelo de desenvolvimento económico muito assente na iniciativa económica dos particulares<sup>210</sup>. Por isto, se o erigir de um modelo de Administração eficiente é objetivo *direto* ou mais visível de tais políticas, a contribuição para uma economia mais eficiente e competitiva acaba por ser o fim *indireto* das mesmas.

Como se tornará claro mais à frente na nossa reflexão, as estratégias de desregulação e simplificação (legislativa e administrativa) visam (indiretamente, como vimos), em regra, provocar um decréscimo do montante global daqueles custos que a Ciência Económica designa por “custos de contexto”, i.é., todos aqueles custos que os agentes económicos têm de suportar na sequência do seu relacionamento com a Administração, “internalizados”, assim, no contexto do processo produtivo, v.g., custo em termos de tempo, custos monetário para cumprimento de formalidades obrigatórias.

Tendo em conta que o “tempo” é um fator de extrema importância na atuação económica dos particulares (“tempo é dinheiro”), um dos “custos de produção” que se pretende mitigar com a simplificação administrativa surge na prática como consequência da *morosidade* detetável na atuação administrativa no do seu relacionamento ou na sua resposta aos particulares (v.g., aquando da autorização de uma determinada atividade que o particular pretende iniciar).

Ademais, no cenário concorrencial atual, como refere M. BULLINGER, o fator mais importante de competitividade económica privada é, precisamente, o “tempo”<sup>211</sup>. Isto porque, para este Autor, a principal vantagem concorrencial atual consiste na oferta ou disponibilização de bens ou serviços inovadores no mais curto lapso de tempo. Por outras palavras, é “oferecer o novo mais rápido”, e não já – pelo menos, não em exclusivo - garantir

---

<sup>210</sup> Cfr. M. M. L. MARQUES, «Simplificar para competir», *Revista Empreender* 3 (2007), pp. 4 a 5 (p. 4) (disponível *on-line* em: <[http://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/308F46B0-75CF-4174-B48C-9CDCBF50B170/164421/Emreender3\\_WEB.pdf](http://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/308F46B0-75CF-4174-B48C-9CDCBF50B170/164421/Emreender3_WEB.pdf)>).

<sup>211</sup> Cfr. M. BULLINGER, «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas 69 (1991), pp. 5 a 16 (p. 6).



padrões elevados de qualidade dos seus produtos com o menor custo de produção <sup>212</sup>. Tal implica uma rápida adaptação do processo económico (produção e distribuição) por forma a responder às transformações ou inovações técnicas e às sempre renovadas necessidades <sup>213</sup>.

Por conseguinte, quando as políticas de desregulação e a simplificação, com o seu objetivo de *eficiência*, visam tornar o agir administrativo mais *célere, mais ágil e menos dilatado* nos seus tempos de resposta, pretendem, de facto, reduzir um “custo de contexto” para os operadores económicos relacionado com o fator “tempo”, contribuindo, em consequência, para a garantia da sua vantagem económica concorrencial. <sup>214</sup>

Como se infere, os “custos de contexto” potenciados pela “carga administrativa” – a que a simplificação administrativa pretende por cobro – podem assumir a forma de custos *diretos* – de tempo, de dinheiro – ou de custos *indiretos*, sendo que relativamente a esta segunda hipótese é comum referir-se os custos derivados do comprometimento da *competitividade, inovação e investimento* que relevam. Este mesmo é o entendimento da *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico* (OCDE) (2010), quando esta entidade alerta para a necessidade da adoção de políticas de simplificação administrativa que combatam o excesso de regulação ou o seu excessivo formalismo – a “regulação desnecessária” ou na terminologia anglo-saxónica adotada por esta entidade, a “*red tape*” – de modo a garantir a qualidade desta e a obter a redução da “carga administrativa” (“*administrative burdens*”) sobre os agentes económicos (empresas, cidadãos e sector público), permitindo a libertação de recursos passíveis de serem canalizados para o investimento e para o desenvolvimento económico (especialmente relevante no contexto atual de crise económica).<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> Cfr. M. BULLINGER, «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)» ..., cit., p. 6.

<sup>213</sup> Cfr. M. BULLINGER, «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)» ..., cit., p. 6.

<sup>214</sup> Para M. BULLINGER, a “necessidade de aceleração requerida pelos investimentos económicos” tem contribuído para a “revalorização gradual” do fator “tempo” (e da sua gestão) no âmbito da atuação administrativa (fator que durante bastante tempo foi relativamente desconsiderado muito por força de uma certa compreensão do princípio do Estado de Direito), cfr. Cfr. M. BULLINGER, «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)» ..., cit., pp. 7 e ss.

<sup>215</sup> Cfr. OCDE (2010), *Why Is Administrative Simplification So Complicated?: Looking beyond 2010*, Cutting Red Tape, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264089754-en>>), pp. 9 e ss. Neste documento, a OCDE alerta para a necessidade de solucionar um problema estrutural – a complexidade administrativa ou o excesso de regulação (regulação que se revela, porém, como necessária) – que afeta a *decisão económica* dos agentes. Segundo esta organização internacional, este problema tem na sua origem vários fatores: a alteração da relação entre Estado e economia, associada ao recuo da lógica de “*comand-and-control*” que era desenvolvida por aquele na sua intervenção daquele e à exigência, em simultâneo, de garantia

Por fim, resta acrescentar que com uma Administração mais eficiente, associada à redução dos “custo de contexto”, visa-se, em última análise, beneficiar os próprios consumidores, já que, refletindo os preços dos produtos aqueles “custos”, experimentarão estes um decréscimo em consequência daquela redução.<sup>216</sup>

### **3.3. A componente tecnológica da simplificação administrativa: o processo de informatização do agir administrativo**

A simplificação administrativa – procedimental- e o objetivo de eficiência que a mesma pressupõe tem reclamado o recurso ao quadro amplo de possibilidades representadas pelas novas *Tecnologias de Informação e Comunicação* (TIC), que surgem, por isso e cada vez mais, como instrumentos ou ferramentas ao serviço daquela.

Assim sendo, as políticas ou reformas destinadas a simplificar a Administração Pública estão intimamente conectadas com as estratégias de criação de uma Administração Pública *eletrónica*: a tecnologia oferece os elementos necessários para a simplificação administrativa e esta revela, por sua vez, a importância da tecnologia para o aperfeiçoamento

---

de um ambiente regulatório efetivo; a constatação da existência de falhas de mercado; a pressão para gerir riscos; o surgimento de inovações tecnológicas (p. 9). Tal problema corresponde à “*red tape*”, cuja redução (“*cutting*”) é almejada com a implementação de estratégias de simplificação administrativa [importa notar que este termo serve para designar a complexidade que pode ser provocada pelo “modelo weberiano burocratizado”, cfr. J. CAUPERS, *Introdução...*, cit., p. 125]. Esta entidade refere-se à “*red tape*” como consistindo nos “custos regulatórios na forma de pedidos de permissão, preenchimento de formulários, relatórios e notificações requeridas pelo Governo” (tradução nossa) (p. 91). Neste documento, a OCDE sublinha, igualmente, que os custos que se pretendem evitar com a simplificação administrativa têm também uma importante dimensão “subjativa” ou psicológica (“*irritant costs*”) na ótica dos agentes económicos, diferenciando-se, de igual modo, dos custos financeiros diretos (v.g., decorrentes de obrigações fiscais) e substantivos (v.g., relacionados com a aquisição de capital fixo) (pp. 41 e ss.). A preocupação com a redução da “*red tape*” e a análise das estratégias de simplificação administrativa constituem um importante tópico de análise por parte da OCDE, tendo resultado a mesma na publicação de vários estudos sobre o assunto, *vid.* entre outros, OCDE (2003), *From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264100688-en>>); OCDE (2007), *Comparing Administrative Burdens across Countries*, Cutting Red Tape, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264037502-en>>); Sobre situações nacionais concretas (incluindo a portuguesa): OCDE (2007), *Administrative Simplification in the Netherlands*, Cutting Red Tape, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264037496-en>>); (2008), *Making Life Easy for Citizens and Businesses in Portugal: Administrative Simplification and e-Government*, OCDE, Paris (disponível *on-line*: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264048263-en>); OCDE (2011), *Administrative Simplification in Poland: Making Policies Perform*, Cutting Red Tape, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264097261-en>>).

<sup>216</sup> A propósito do “fator tempo” e da celeridade da atuação administrativa, refere S. TAVARES DA SILVA “se o fator tempo é determinante no preço, logicamente se procura um incremento da eficácia por forma a reduzir a duração dos procedimentos”, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações...*, cit., p. 115.

da atuação administrativa em termos de eficiência e eficácia<sup>217</sup>. Com efeito, os novos modelos de relacionamento entre a Administração e os particulares – como aqueles que são agora baseados na *mera comunicação prévia* de início de atividade pelos particulares – expressam, na sua efetivação, esta relação simbiótica.

O processo de criação de uma Administração Pública *eletrónica* é hoje encarado como um desafio que adquire significado no contexto da atual *Sociedade da Informação* que é também, de forma cada vez mais evidente, uma *Sociedade em Rede*, como as ciências sociais se têm esforçado por demonstrar<sup>218</sup>. Na *Era digital* e da *Informação*, as TIC – e muito especialmente a *Internet* – surgem como sustentáculo da nova forma organizacional: *a rede*. Uma nova forma organizacional que é identificável no novo modelo organizativo e operativo da “Administração em rede” (*vid. supra* ponto 3.2.1.).

Uma Administração Pública exposta à “modernização” pela *informatização* da sua organização e do seu agir, tem desembocado na afirmação de um novo modelo estrutural, referenciado, na terminologia anglo-saxónia, como *e-Government* ou *e-Administration*<sup>219</sup><sup>220</sup>. Contudo, em termos mais corretos, o *e-Government* acaba por ser um *umbrella term* para

---

<sup>217</sup> Com este sentido, cfr. M. M. L. MARQUES «Gracioso e também simples: reflexão sobre o impacto da simplificação e da administração electrónica no procedimento administrativo», in *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, org. Augusto de Athayde *et al.*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 747 a 761 (pp. 750 e 751).

<sup>218</sup> Os trabalhos do sociólogo M. CASTELLS são particularmente relevantes neste domínio, *vid. entre outros*, «A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política», in *A Sociedade em rede: do Conhecimento à Política* (2005), org. M. CASTELLS e G. CARDOSO, pp. 17 a 31 (disponível *on-line* em: <[http://cies.iscteul.pt/destaques/documents/Sociedade\\_em\\_Rede\\_CC.pdf](http://cies.iscteul.pt/destaques/documents/Sociedade_em_Rede_CC.pdf)>); *A Galáxia Internet – Reflexões dobre Internet, Negócios e Sociedades*, 2.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007. Segundo este Autor, as novas tecnologias desempenham um papel importante ou mesmo decisivo no contornar das dificuldades que surgem associadas à implementação “das redes”: “dificuldades em coordenar as suas funções, concentrar os seus recursos em objectivos concretos e levar a cabo determinadas tarefas, a partir de um certo grau de complexidade e de dimensão da rede”, cfr. *A Galáxia Internet...cit.*, p. 15 [Fizemos já referência às dificuldades relacionadas com a coordenação da rede, no âmbito da análise do modelo de “Administração em rede”, *vid. supra*. nota 205]. As “redes” (“conjunto de nós interligados”) - “impulsionadas pela *Internet*” (itálico nosso) - surgem para este Autor como “forma organizacional superior da atividade humana”, pela sua “flexibilidade” e “adaptabilidade” (características especialmente úteis face ao “contexto de mudança permanente” que caracteriza as sociedades atuais), cfr. *A Galáxia... cit.*, pp. 15 e 16.

<sup>219</sup> Esta influência do vetor tecnológico da *Sociedade da Informação* sobre as estruturas do poder público é paralela ao impacto que este mesmo vetor tem nos quadrantes económicos, dando origem a fenómenos como a *e-economy*, o *e-business* ou o *e-commerce*, denunciadores da existência de uma “nova economia” (digital), que integra processos económicos cada vez mais desmaterializados. *Vid.*, por todos, M. CASTELLS, *A Galáxia... cit.*, pp. 87 e ss.

<sup>220</sup> Para S. TAVARES DA SILVA, a expressão “*e-Government*” pretende designar, genericamente, o “conjunto de medidas e procedimentos” que são resultado do aproveitamento pela Administração Pública das potencialidades das TIC, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo... cit.*, p. 45.

designar as várias políticas interessadas na alteração da organização e do agir administrativo por via da introdução de mecanismos telemáticos.<sup>221</sup>

As estratégias conducentes à formação de uma Administração Pública *eletrónica* visam, no seu essencial, proceder à *desmaterialização* do agir administrativo. Com isto, pretende-se contribuir, com já dissemos, para uma Administração *mais eficiente, mais racionalizada, mais célere e mais ágil* no relacionamento com os particulares e na disponibilização dos seus serviços. Por outro lado, tal política é vista pelos autores – muito por força do “antiformalismo” que representa - como responsável por níveis mais elevados de *transparência* administrativa, associada a uma maior e mais efetiva *participação* por parte dos interessados na administração<sup>222</sup>. Estes dois valores concorrem para o escrutínio democrático ou para o “controlo difuso da actividade administrativa” (*accountability*) e para a afirmação de novos esquemas de “*legitimação* das decisões administrativas” (itálico nosso), garantindo-se, igualmente, uma maior confiança dos cidadãos na atuação dos poderes públicos.<sup>223</sup>

Para além destas vantagens, podem ainda ser adiantadas outras, como a *redução das distâncias territoriais* no relacionamento do particular com a Administração Pública, o fomento da igualdade e da coesão territorial por via da *deslocalização de serviços* que exige, e, sobretudo, a contribuição para *igualdade no tratamento dos particulares*, por via da uniformidade conferida à decisão administrativa pela *informatização*.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> A propósito da relação entre simplificação administrativa e Administração *eletrónica*, a OCDE tem veiculado o entendimento sobre a necessidade de as políticas de simplificação administrativa integrarem também soluções de *e-Government*, como as relacionadas com a criação de “*one-stop shops*”, *vid.* OCDE (2010), *Why Is Administrative...*, cit., pp. 54 e ss. Tal como a simplificação administrativa, a implementação de políticas de *e-Government* tem suscitado várias abordagens por parte desta organização, *vid.*, entre outras, OCDE (2003), *The e-Government Imperative*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264101197-en>>); OCDE (2005), *e-Government for Better Government*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264018341-en>>); OCDE (2007), *e-Government as A Tool for Transformation*, OCDE, 2007 (disponível *on-line* em: <[http://www.eurim.org.uk/activities/tgdialogues/E-Government\\_as\\_a\\_Tool\\_for\\_Transformation.pdf](http://www.eurim.org.uk/activities/tgdialogues/E-Government_as_a_Tool_for_Transformation.pdf)>).

<sup>222</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p.186.

<sup>223</sup> Esquemas “concorrentes com a legitimação nos moldes tradicionais do princípio democrático”, cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., p. 45.

<sup>224</sup> Nesta linha, P. OTERO, *Manual...*, cit., pp. 486 e 487; S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., p. 46. As vantagens desta *desmaterialização* são sublinhadas por entidades providas do âmbito da sociedade civil, *vid.* M. BADGER *et al.*, *The Connected Republic: Changing the Way We Govern*, CISCO, EUA, 2004 (disponível *on-line* em: <[http://www.cisco.com/c/dam/global/en\\_ca/assets/pdf/Cisco\\_The\\_Connected\\_Republic.pdf](http://www.cisco.com/c/dam/global/en_ca/assets/pdf/Cisco_The_Connected_Republic.pdf)>). Esta entidade privada defende que as políticas de *e-Government* permitem à Administração Pública moderna responder aos desafios que lhe são inculcados: prestação célere de serviços, de forma eficaz, eficiente e flexível; responder às necessidades de cidadãos (progressivamente mais exigentes), sem com isto comportar acréscimos da carga tributária, construindo confiança e quadros efetivos de *accountability* da atuação pública. Cfr. BADGER *et al.*, *The Connected...*, cit., p. 1.

Não obstante estes elementos positivos, a materialização de estratégias de *e-Administration* e de *informatização* da Administração Pública tem suscitado uma miríade de *problemas* de vária ordem.

Um primeiro grupo de problemas prende-se com as vicissitudes técnicas relacionadas com a implementação deste modelo. Sem querermos adentrar em demasia neste campo, diremos que tais problemas derivam, sobretudo, da necessária compatibilidade ou interoperabilidade entre sistemas informáticos no seio da Administração Pública. Para que esta seja alcançada, torna-se necessário garantir a “normalização técnica”, com recurso à “estandardização de equipamentos de aplicações informáticas”, por forma a conectar a Administração e os cidadãos<sup>225 226</sup>. Com frequência, é a “optimização dos meios electrónicos” que está em causa (v.g., relacionada com a capacidade dos sistemas para suportarem conexões em simultâneo).<sup>227 228</sup>

Sem embargo, são as questões *jurídicas* levantadas pela Administração eletrónica – pela *informatização*, em particular – que mais importa considerar no contexto da nossa reflexão. Assim, uma problemática relevante do ponto de vista jurídico decorre logo das preocupações com a segurança (v.g., assinatura eletrónica) e com os perigos de

---

<sup>225</sup> Cfr. P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 490. Este Autor acrescenta que este problema se coloca “no interior das diversas Administrações Públicas de âmbito nacional”, “entre a Administração nacional e a Administração da União Europeia e as Administrações dos restantes Estados-membros” e “entre todas estas diversas Administrações Públicas e os cidadãos”, cfr. P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 490.

<sup>226</sup> Segundo M. M. L. MARQUES, os “mecanismos de interoperabilidade (...) permitem o diálogo entre sistemas de informação sem necessidade de os fundir num só”, cfr. «Gracioso e também simples: reflexão sobre o impacto da simplificação e da administração electrónica no procedimento administrativo» ..., cit., p. 751. Concretiza a mesma Autora que “ a interoperabilidade é um instrumento que garante a tradução e reconhecimento de sistemas de informação diferenciados e autónomos, permitindo a criação de uma arquitectura de informação na administração pública orientada para necessidades dos seus clientes (cidadãos e empresas) e ao serviço de múltiplos canais de comunicação.”, cfr. «Gracioso e também simples: reflexão sobre o impacto da simplificação e da administração electrónica no procedimento administrativo» ..., cit., p. 751, nota 10.

<sup>227</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., p. 46.

<sup>228</sup> A propósito desta ordem de problemas, J. ESTEVE PARDO descreve uma hipótese prática que pode comprometer o “antiformalismo” que se pretende alcançar com a *informatização* da Administração: quando os sistemas ou aplicações informáticas (os “aplicativos”) não aceitam um pedido de um particular, se tal pedido não preenche ou não apresenta todos os elementos exigidos para a sua apreciação (v.g., número de indentificação civil) e o prazo de apresentação está prestes a findar. Segundo este Autor, podemos estar aqui perante uma situação responsável por um certo “formalismo” ou até por um “autoritarismo informático”, só contornável com a manutenção do sistema tradicional de entrega de tais elementos após decorrência do prazo, nos termos do artigo 68.º da *Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (LPAC). Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 186.

armazenamento, tratamento e utilização indevida de informação coletada pela Administração, relacionada com os dados pessoais dos particulares.<sup>229</sup>

A *informatização* e a *desmaterialização* da atuação administrativa têm também levantado importantes questões que desafiam o quadro tradicional de soluções dogmáticas disponibilizadas pelo Direito Administrativo. A mais importante prende-se com a existência do ato administrativo *informático* - com a identificação e reconhecimento dos seus efeitos – enquanto decisão administrativa tomada e muitas vezes executada unicamente por via electrónica – pelo “*computer-fuionario*”, que não já “*computer-archivio*” -, com consequências relevantes, deste modo, sobre a teoria geral do ato administrativo.<sup>230</sup>

No campo dos problemas jurídicos levantados pela informatização do agir administrativo situa-se também a questão de saber se os cidadãos, enquanto administrados, são ou não titulares de um direito subjetivo a relacionar-se com a Administração Pública através de meios eletrónicos e, em caso afirmativo, se esse direito é ou não um direito fundamental.<sup>231</sup>

Em Espanha, a questão não tem suscitado debate entre a doutrina administrativista nos últimos anos, visto o legislador ordinário ter optado pela consagração de um direito subjetivo dos cidadãos a relacionarem-se com a Administração Pública por via eletrónica ainda na *Ley 11/2007*, de de 22 de junho (referente ao acesso eletrónico dos cidadãos aos serviços públicos, LAE) (cfr. artigos 6.º e ss.), entretanto revogada pela recente *Ley 39/2015*, de 1 de outubro (que estabelece a disciplina jurídica do procedimento comum da

---

<sup>229</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., p. 46; P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 492. Este problema levanta questões importantes de natureza jurídico-constitucional, nomeadamente relacionadas com a existência e o âmbito da “protecção dos cidadãos perante o tratamento de dados pessoais informatizados”, consagrada no artigo 35.º da CRP, cfr. J. J. G. CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2014, p. 547. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, com especial nota sobre a “progressiva afirmação de um direito fundamental de todos os cidadãos à autodeterminação informacional” (artigo 35.º, n.º1 da CRP), *vid.* P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 492.

<sup>230</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., p. 46; A. MASUCCI, *L'Atto Amministrativo Informatico: Primi Lineamenti di Una Ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, p. 13; *Vid.* também, P. GONÇALVES, «O Acto Administrativo Informático (O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)», *Scientia Iuridica*, 265/267 (1997), pp. 48 a 95 [Onde o Autor faz –ainda na década de noventa – uma análise do impacto da “automação administrativa” na sua dimensão de verdadeira “delegação” da tarefa decisória no computador (contribuindo, assim, para a “desumanização” parcial da função administrativa), ultrapassada a “informática documental” (a informática como suporte ao processo decisório). A decisão informática acaba por ser o motivo para repensar um intuito primordial do Direito Administrativo – o ato administrativo – historicamente concebido, como alerta o Autor, como *decisão humana*. Isto não significa, importa sublinhar, a perda de centralidade de tal instituto no seio da dogmática e da teoria geral deste ramo do Direito Público, mas apenas sugere a sua adaptabilidade, cfr. p. 48, nota 3].

<sup>231</sup> Nesta linha, cfr. P. OTERO, *Manual...*, cit., pp. 495 e 496.

Administração, LPAC) (cfr. Disposição derogatória única, n.º2, alínea b), da LPAC), diploma que mantém tal direito subjetivo no seu artigo 14.º.<sup>232 233</sup>

Contrariamente, no ordenamento jurídico português ainda não existe uma resposta normativa a tal questão<sup>234</sup>. Por conseguinte, esta abertura permite a P. OTERO perguntar se não terá ocorrido já uma “subjetivação” por via consuetudinária do “princípio de acessibilidade à informação e aos serviços administrativos por via electrónica” contido no n.º1 do artigo 35.º da CRP, dando origem a “um direito de cada cidadão a relacionar-se por meios electrónicos com a Administração Pública”.<sup>235</sup>

Mesmo que se opte por considerar que os particulares têm hoje, entre nós, um *direito subjectivo* a relacionar-se com a Administração fazendo uso de meios eletrónicos, interessará determinar se este direito é ou não um *direito fundamental*. Uma resposta positiva a esta última questão implicará apurar, igualmente, se tal *direito fundamental* integra a ordem jurídica por via da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º1 da CRP ou consiste antes num direito implícito ao artigo 35.º da CRP.<sup>236</sup>

A colocação deste problema tem o mérito de permitir uma reflexão acerca do surgimento e do desenvolvimento de novos direitos dos cidadãos, no contexto dos novos padrões de relacionamento destes com Administração Pública, em virtude da cada vez mais evidente informatização da sua estrutura e da sua atuação.

---

<sup>232</sup> Esta *Ley* revogou, igualmente, entre outros diplomas, o anterior regime jurídico disciplinador do procedimento administrativo comum no ordenamento jurídico espanhol, contido na *Ley 30/1992*, de 26 de Novembro (*Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, LPC), cfr. disposição derogatória única, n.º2, alínea a).

<sup>233</sup> Vid. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 186. Importa notar, contudo, que para além de ser um direito subjetivo do cidadão, o relacionamento com a Administração Pública por via eletrónica é mesmo obrigatório em certas hipóteses, cfr. artigo 14.º, n.º 2 e n.º3. Sem embargo, por regra, as pessoas físicas podem sempre optar pela via de comunicação (tradicional ou eletrónica) com a Administração Pública, podendo a mesma ser objeto de modificação pelo interessado (cfr. n.º1).

<sup>234</sup> Contudo, deve assinalar-se que o CPA (na versão introduzida pelo Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro) revela, agora, uma preocupação especial com a abordagem do fenómeno da Administração eletrónica, contendo preceitos de âmbito genérico no que respeita à instrução do procedimento por meios eletrónicos, às comunicações eletrónicas e ao balcão único eletrónico (cfr. artigos 61.º, 62.º e 63.º).

<sup>235</sup> Cfr. P. OTERO, *Manual...*, cit., pp. 494 e 495.

<sup>236</sup> Cfr. P. OTERO, *Manual...*, cit., p. 496. Este Autor alerta também para o facto de o enunciado normativo do n.º6 do artigo 35.º da CRP, quando determina que “a todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público”, afirmar um direito relacionado com a “liberdade de expressão via *Internet*” e não uma “posição jusfundamental dos cidadãos, enquanto administrados, perante a Administração Pública”. Ainda em referência a este artigo constitucional, o mesmo Autor considera que um direito subjetivo dos particulares a relacionarem-se com a Administração, a existir, teria de assentar num “objecto ou conteúdo material” mais lato do que o conjunto das posições jurídicas ativas contidas nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 35.º da CRP: abrangendo “todas as formas possíveis de relacionamento dos cidadãos com a Administração Pública” (dependente do “financeira e tecnicamente possível” e exposto a “níveis diferenciados de satisfação”). Cfr. *Manual...*, cit., p. 496.

Como se infere, a abordagem da Administração *eletrónica* e da informatização constitui hoje um desafio que interpela muito especialmente o Direito Administrativo, não só pela sua relativa novidade, mas também por forçar a recompreensão de certas categorias dogmáticas tradicionais deste Direito. Tudo isto faz com que a doutrina administrativista comece a adiantar a existência de um Direito Administrativo especial, vocacionado para o tratamento jurídico dos fenómenos em torno das políticas de *e-Government*: o Direito Administrativo do *e-Government*.<sup>237</sup>

## Parte II

### A opção pela *mera comunicação prévia*

#### 4.A transformação do Direito Administrativo autorizativo

##### 4.1.Ponto da situação

As manifestações inovatórias por nós afluídas na parte I determinam e enquadram a situação contemporânea do Direito Administrativo, sendo responsáveis, assim mesmo, por um processo de *transformação* ou *renovação* que envolve muitas das soluções ou dos institutos dogmáticos que tradicionalmente predicam este Direito. Como já tivemos oportunidade de sugerir na exposição precedente, um dos campos eleitos ou privilegiados por aquele processo corresponde ao Direito Administrativo autorizativo. O mesmo equivale a afirmar que no centro de tal *transformação* tem estado o ato administrativo autorizativo: a *autorização administrativa*.

Do ponto de vista histórico – muito por força da sua integração originária na teoria geral do ato administrativo – este instituto tem tido um relevo dogmático de monta no contexto da teoria da ação pública das Administrações do sistema de administração

---

<sup>237</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Um Novo...*, cit., pp. 45 e 46.



executivo (europeu ou continental). Contribuiu para este relevo o facto de a autorização administrativa ter sido representada pela doutrina administrativista como integrando o instrumentário tradicional da *polícia administrativa* (da *regulação administrativa de polícia* ou do Direito Administrativo *de polícia*) e, por este motivo, estar associada ao exercício de uma função pública de *controlo* da atividade dos particulares (administrados).<sup>238</sup>

Como via tradicional de *controlo*, a atividade administrativa autorizativa é normalmente identificada pela doutrina como sendo o expediente central e concretizador dos *modelos ou sistemas de controlo público prévio* (*ex ante* ou *a priori*) – e de natureza *preventiva* - da atividade dos particulares (prévio, entenda-se, à realização de tal atividade pelos particulares).<sup>239</sup>

Assiste-se hoje, porém, e cada vez mais, a uma *substituição* ou *complementação* daqueles modelos por mecanismos de controlo prévio *privado* e pela afirmação de novos paradigmas de controlo (público e privado) *posterior* ou *sucessivo* (*ex post* ou *a posteriori*)<sup>240</sup>. Como destaca P. GONÇALVES, a opção por sistemas de controlo prévio *privado* estão na base da instituição de sistemas diversos de controlo prévio da atividade privada, que, todavia, reconduzíveis a dois tipos fundamentais: os “sistemas de controlo e certificação por terceiro: *third party certification*” e os “sistemas de *autocontrolo puro*”.<sup>241</sup>

Relativamente aos primeiros, vimos já que se concretizam, essencialmente, na atividade (privada) de controlo e certificação (v.g., em matéria ambiental) levada a cabo por peritos ou organismos (terceiros e independentes) oficialmente acreditados para o efeito, cujos serviços *deve* o particular contratar<sup>242</sup>. Por seu turno, no segundo tipo de sistemas de controlo prévio privado enunciado, a tarefa (privada) de controlo prévio é levado a cabo pelo

---

<sup>238</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN insere a figura da autorização administrativa no quadro da atividade administrativa de *controlo*, enquanto “instrumento de controlo” das atividades privadas, cfr. *Derecho...*, cit., pp. 631 e ss. M. DARNACULETTA I GARDELLA considera que o ato autorizativo compõem o instrumentário da *regulação de polícia*, cfr. *Derecho...*, cit., pp. 601 e ss.

<sup>239</sup> Importa destacar, como faz P. GONÇALVES, que “o controlo prévio das actuações privadas é uma das funções clássicas da Administração Pública”, cfr. P. GONÇALVES, «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas», in *I Jornadas Luso-Espanolas de Urbanismo (Actas)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 79 a 103 (p. 79, nota 2). Ideia que é replicada pelo mesmo Autor noutro sítio: “o controlo ou fiscalização de actividades privadas constitui uma das missões clássicas da Administração Pública”, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 144.

<sup>240</sup> Referenciamos já os traços gerais desta *metamorfose supra* na nossa reflexão, *vid.* Parte I, ponto 2.6.

<sup>241</sup> Cfr. P. GONÇALVES, «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas»..., cit., p. 80.

<sup>242</sup> Cfr. P. GONÇALVES, «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas»..., cit., p. 80, nota 5 [Para o Autor, desenha-se aqui uma “compensação” pela “abolição de controlos públicos preventivos”]. *Vid.* também, o que foi dito por nós *supra*, nota 153.

próprio interessado na realização da atividade privada: é que sucede, como tentaremos clarificar com a nossa dissertação, com o “autocontrolo” realizado pelo autor da *mera comunicação prévia*.<sup>243</sup>

A “abolição” progressiva dos mecanismos de controlo público prévio só se torna possível pela confluência de políticas de *privatização* da responsabilidade pública implicada na realização de tarefas administrativas de controlo prévio da atuação privada – sinónimo de *privatização material do procedimento administrativo* (neste caso, *autorizativo*) -, com a consequente *ativação e reforço* da responsabilidade dos privados na execução de novas tarefas privadas de controlo da sua atividade, através da “imposição legal de deveres de controlo” (*vid. supra*, Parte I, ponto 2.6.1.). Estas modificações associam-se, também, à implementação de estratégias de *desregulação e simplificação administrativa* (*procedimental*) e à lógica da *eficiência* por nós tratada já na parte anterior da nossa dissertação.<sup>244</sup>

Antes mesmo de nos debruçarmos sobre a figura da *mera comunicação prévia* - consagrada, entre nós, como produto ou manifestação procedente da opção (legislativa) de efetivação de modelos de controlo prévio privado na forma de “sistemas de *autocontrolo puro*” das atuações privadas de natureza económica e urbanística -, importa encetar uma revisitação do instituto administrativo que está no centro deste debate – a *autorização administrativa* -, relativamente ao qual, alguns autores pretendem já ver uma sua “subalternização” ou “marginalização” em relação aos novos mecanismo alternativos de controlo privado prévio.<sup>245</sup>

## 4.2.A autorização administrativa

### 4.2.1.Aproximação ao conceito

---

<sup>243</sup> Cfr. P. GONÇALVES, «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas»..., cit., p. 80.

<sup>244</sup> Nesta linha, cfr. P. GONÇALVES, «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas»..., cit., p. 81.

<sup>245</sup> Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas»..., cit., p. 80; *Reflexões*..., cit., p. 143

Como primeiro passo para adentrar na compreensão da autorização administrativa, tentaremos, neste ponto, proceder a uma pesquisa pelo seu conceito. Contudo, em primeiro lugar, importa reconhecer que a tentativa de recortar um conceito como este não se revela tarefa fácil. Tendo em consideração esta dificuldade, talvez seja útil atentar na metodologia unanimemente convocada pela doutrina administrativista na definição deste conceito, que parte da sua inserção no esquema classificatório dos atos administrativos.

Assim sendo, partindo do pressuposto que estamos na presença de um ato administrativo (i. é., na lição de R. E. SOARES, de “*uma declaração autoritária relativa a um caso concreto, produzida por um agente da Administração Pública, utilizando poderes de direito administrativo, para desencadear efeitos jurídicos externos*”), adotamos aqui o critério mobilizado por J. C. VIEIRA DE ANDRADE relativo ao *conteúdo* dos atos administrativos para realizarmos uma aproximação ao conceito de autorização administrativa.<sup>246</sup>

Segundo este Autor, tal critério permite distinguir atos administrativos “*relativos a status*” (“actos de execução instantânea” pelos quais se procede à “criação”, “modificação” ou “extinção” de “estatutos pessoais, mas também reais”), os *atos secundários* (“que visam produzir efeitos sobre um outro acto administrativo anterior”), os *atos de conteúdo desfavorável* – “que provocam situações de desvantagem” para os seus destinatários, como é o caso dos atos ablatórios, dos atos impositivos e dos indeferimentos -, e *atos administrativos favoráveis* – “que desencadeiam benefícios para os destinatários particulares ou públicos”<sup>247</sup>. É entre estes últimos que se insere a *autorização administrativa*, a par da *concessão* (“e outros actos que *conferem ou ampliam direitos ou poderes “administrativos” ou extinguem obrigações*”).<sup>248</sup>

Enquanto ato administrativo de conteúdo favorável, a autorização administrativa, em *sentido amplo*, corresponde a um *ato administrativo (solicitado pelo interessado) que visa remover um limite imposto por força de lei ao exercício de uma certa atividade “fora do domínio administrativo da entidade autorizante”, portanto, própria da esfera do seu*

---

<sup>246</sup> Relativamente a esta noção de ato administrativo, cfr. R. E. SOARES, «Acto administrativo», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume I, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984, cols. 101 a 106 (col. 101). Para uma definição idêntica, *vid.* também J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 130.

<sup>247</sup> Ou, nas palavras de L. PAREJO ALFONSO, atos administrativos “ampliatórios”, cfr. *Lecciones...*, cit., p. 407.

<sup>248</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., pp. 144 a 146.

*destinatário*<sup>249, 250</sup>. Consoante a natureza do destinatário (um particular ou outro órgão administrativo), podemos distinguir as autorizações inter-administrativas – quando destinadas a um órgão da Administração Pública -, daquelas autorizações destinadas a particulares.<sup>251</sup>

Concretizando o segundo tipo de autorização administrativa (em sentido amplo) referido – ou seja, naquelas em que a candidatura ou a iniciativa é concretizada pelos particulares (destinatários da autorização), R. E. SOARES e J. C. VIERA DE ANDRADE referem-se, também, à figura da *autorização administrativa entendida em sentido estrito* (ou *próprio*) ou *permissiva*, da *licença* ou *autorização constitutiva* e à *dispensa*.<sup>252</sup>

Com a *dispensa* ocorre a remoção (excecional) de um dever especial referente a uma atividade estritamente proibida ou imposta por lei (a que não corresponde um direito da Administração)<sup>253 254 255</sup>. Por isto, alguma doutrina afirma que a lei que estabelece o dever, admite também a *derrogação* de tal proibição.<sup>256</sup>

Por sua vez, a *autorização administrativa em sentido estrito ou próprio* (*permissiva*) procede à remoção de um limite, obstáculo ou impedimento que a lei impôs a

---

<sup>249</sup> Em sentido diverso deste entendimento, D. FREITAS DO AMARAL refere-se ao *ato administrativo permissivo* - atos *primário* “que possibilitam a alguém a adopção de uma conduta ou a omissão de um comportamento que de outro modo lhe estariam vedados”, conferindo ou ampliando vantagens (v.g., autorização, licença, concessão) ou eliminando ou reduzindo encargos (v.g., dispensa) - em lugar da *autorização administrativa em sentido amplo* que aqui referimos. Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 282 e ss.

<sup>250</sup> Para uma abordagem do conceito e significado de autorização administrativa, *vid.* C. A. GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Edição da Autora, Lisboa, 2012, (disponível *on-line* em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/cg\\_ma\\_17157.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_ma_17157.pdf)>) pp. 347 e ss.

<sup>251</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 145; J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 440.

<sup>252</sup> Na verdade estes autores seguem aqui a sistematização adotada pela doutrina italiana, cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 440; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 145; R. E. SOARES, *Direito administrativo: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*, Coimbra, 1978, pp. 111 e ss.

<sup>253</sup> Algumas autorizações que a lei denomina “*licenças*” são na verdade *dispensas*. É o que acontece com a “licença para uso e porte de arma”, *vid.* Lei n.º 5/2006 (Regime Jurídico das Armas e Munições), de 23 de fevereiro, na versão atualizada pela Lei n.º 50/2013, de 24 de julho (artigos 11.º-A e ss.) (existe o dever especial de “transitar desarmado”). Situação já denunciada por R. E. SOARES, cfr. *Direito...*, cit., p. 113.

<sup>254</sup> Diferentes das *dispensas* são as *isenções*, pois nestas, como sublinha R. E. SOARES, “o que releva é a verificação duma situação de facto prevista na lei, que directa e imediatamente exonera um sujeito jurídico duma obrigação em face da Administração”, cfr. *Direito...*, cit., p. 113. Importa ainda notar que se ao dever especial imposto pela lei ao particular corresponde um direito da Administração, então faz sentido falar em *renúncia* e não já em *dispensa*, cfr. Cfr. J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA, *Noções...*, cit., p. 195, nota 84.

<sup>255</sup> Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 145. R. E. SOARES, *Direito...*, cit., p. 112.

<sup>256</sup> Cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 441. Como repara este Autor (cfr. nota 799), R. E. SOARES sustenta uma posição contrária à compreensão que “entendia que a dispensa funcionava como uma derrogação à lei” e defende que “o que é exacto é que a dispensa só é possível quando a lei a prevê e comete ao agente o encargo de verificar num caso concreto a inexistência do interesse público que o dever visava acautelar”, cfr. *Direito...*, cit., pp. 112 e 113.

um modo concreto de exercício (por isso, condicionado) de um determinado direito subjetivo preexistente, por considerar que tal exercício, se levado a cabo imediatamente, poderia importar sacrifícios para os interesses públicos relevantes.

A autorização administrativa assim encarada não se confunde com a *autorização constitutiva* ou *licença*, à luz da qual a Administração Pública atribui um direito subjetivo ou uma faculdade que não existia na esfera do destinatário, por se considerar que a atribuição de tais poderes aos particulares colocaria em causa a realização de interesses públicos. É devido a esta inexistência prévia de tal direito ou faculdade, que R. E. SOARES adiantava existir “uma derrogação ao sistema comum que confere aos particulares certos direitos ou o exercício de faculdades que se contêm nos seus direitos”.<sup>257 258</sup>

Se quisermos avançar nesta compreensão, devemos acrescentar que a autorização administrativa é um ato administrativo que põe termo a um procedimento administrativo (autorizativo) iniciado ou desencadeado – no tipo de autorização que nos interessa - por um dado particular, interessado na obtenção de uma decisão oficial que permita o exercício da sua atividade. Pressupõem-se, com isto, que tal atividade se encontra proibida à partida, por força de lei. Por conseguinte, a lei não apenas impede o exercício imediato de certas atuações privadas por ela previstas passíveis de fazer perigar o interesse público, como atribui a tarefa pública de remoção de tal impedimento à Administração Pública, incumbida, como está, da tutelar o interesse público.<sup>259</sup>

Portanto, a Administração Pública tem a *responsabilidade pública* de proceder a tal mediação: caso a caso, a autoridade administrativa competente procede a um juízo de adequação entre a pretensão do particular e a normatividade jurídica vigente. O mesmo é dizer que o órgão administrativo desenvolve, no exercício da função pública autorizativa, uma ponderação *concreta* entre o interesse particular do interessado e o interesse público relevante (realizando, não podemos esquecer, também uma síntese entre a *liberdade* e a *segurança*).

---

<sup>257</sup> Cfr. R. E. SOARES, *Direito...*, cit., p. 116; cfr. também, J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA, *Noções...*, cit., p. 195.

<sup>258</sup> Importa chamar a atenção para o facto de que com a autorização administrativa (em sentido amplo), a Administração Pública possibilita o acesso à atividade privada (“à esfera privada da Sociedade Civil”) por parte dos particulares interessados, que não à atividade pública, como sucede por via do ato jurídico de concessão.

<sup>259</sup> Nesta linha, cfr. R. E. SOARES, *Direito...*, cit., p. 111.

Esta atividade administrativa só é convocada, como vimos, porque o exercício da atividade que o particular pretende levar a cabo se encontra *proibida* previamente pelo ordenamento jurídico. Relativamente à atuação dos particulares, a regra é que a mesma seja *livre*. Como é evidente, existem certas atividades sobre as quais o Direito se decidiu pela sua *proibição absoluta*, traduzindo-se esta na colocação de um obstáculo ineliminável à execução de tais atividades. Contudo, algumas atividades privadas são apenas alvo de uma *proibição relativa*, ou se quisermos, removível. Como se infere, só este último tipo de proibições podem ser afastadas com a outorga de uma autorização administrativa.

Algumas *proibições relativas* consistem no tipo que a doutrina administrativista vem designando como *proibições relativas por regra*, ou como “*proibição (repressiva) com reserva de dispensa (ou exceção)*”. Como já vimos e agora se confirma, a *dispensa* surge como excecional, ou melhor, surge como uma autorização administrativa (em sentido amplo), cuja outorga é *excecional*. Tal significa – e assim se compreende a designação dada a este tipo de proibição relativa – que a proibição ou a permanência do obstáculo jurídico à concretização da atuação privada é a *regra*.

Existe, porém, outro tipo de *proibições relativas*, que a doutrina vê como *proibições relativas preventivas* ou como “*proibição (preventiva) com reserva de autorização*”. Agora, a outorga da autorização administrativa para levar à sua remoção é a *regra*, sendo que tal proibição é a *exceção*.<sup>260</sup>

Ao prever esta última forma de proibição relativa da atividade dos particulares, a lei não pretende impedir a realização das atividades privadas abrangidas por aquela, mas pretende antes garantir ao órgão administrativo competente um espaço adequado à verificação e prevenção do *risco* que tais atividades possam comportar para os bens, interesses ou valores relevantes que a Administração Pública deve tutelar ou, nas palavras de R. E. SOARES, para o “quadro de interesses públicos que convém acautelar”<sup>261</sup>. Assim sendo, após apreciação e determinada a inocuidade da atividade concreta, a autoridade administrativa autoriza o exercício desta, por via da remoção da proibição sobre o exercício de um dado direito subjetivo preexistente (*autorização permissiva*), ou da atribuição de um direito ou uma faculdade primeiramente subtraída ao particular (*autorização constitutiva ou licença*).

<sup>260</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 144 e ss.

<sup>261</sup> Cfr. R. E. SOARES, *Direito...*, cit., p. 118. Cfr. também, M. S. MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 632.

Por tudo isto, deve ser tido em conta que a exigência legal de *licença* acaba por traduzir-se num grau superior de constrangimento à atividade dos particulares, em comparação com o condicionamento pressuposto com a exigência de *autorização permissiva*.<sup>262</sup>

Resta acrescentar - como alerta P. GONÇALVES - que o conceito doutrinal de autorização administrativa (em sentido amplo) - enquanto mecanismo idóneo de controlo público prévio das atuações privadas - tem sido objeto de designações diversas pelo legislador para além de *licença* ou *autorização* (permissiva), v.g., *acreditação*, *homologação*, *reconhecimento*, *registo*, *não oposição*, *permissão*, *habilitação*.<sup>263</sup>

Porém, por detrás destas designações podem ser surpreendidos os traços substanciais do ato autorizativo: a existência de uma proibição legal *relativa* que obsta à realização da atividade privada levada a cabo sem o controlo prévio por parte da Administração Pública da mesma, no âmbito de um procedimento que o particular interessado tem o dever de desencadear; existência de uma obrigação de decidir imposta ao órgão administrativo sobre a pretensão apresentada: traduzida num deferimento *expresso* (que “atesta oficialmente a observância dos requisitos legais e corresponde a uma autorização”) ou *tácito* (quando “a autorização decorre diretamente de um efeito da lei conjugado com o silêncio da Administração”).<sup>264</sup>

#### 4.2.2. Modalidades ou classes de autorização administrativa

Para além da abordagem concetual da autorização administrativa, é usual entre a doutrina administrativista a referência, ainda, às modalidades ou classes de autorizações, como forma de arrumação teórica da multiplicidade de expressões que esta figura assume na prática.

Assim, em primeiro lugar, os autores optam por distinguir duas modalidades de autorizações administrativas: as *autorizações pessoais* (*ob personam*) e as *autorizações reais* (*ob rem*). Relativamente às primeiras, a sua outorga depende da pessoa que a solicita e das características desta. Isto é assim, porque existe a suspeita de que tal pessoa (ou as suas

<sup>262</sup> Cfr. J. E. F. DIAS/F. P. OLIVEIRA, *Noções...*, cit., p. 196.

<sup>263</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 149.

<sup>264</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 149 e 150.

características ou qualidades) pode vir a lesar o interesse público. As segundas são outorgadas tendo em conta a atividade que o particular pretende iniciar, com independência da sua pessoa. Nesta hipótese, suspeita-se que é precisamente tal atividade que pode comportar um prejuízo para o interesse público.<sup>265 266 267</sup>

Uma segunda distinção habitual é levada a cabo pela doutrina entre as *autorizações administrativas simples ou por atividade* e as *autorizações operativas ou de funcionamento*. Nas autorizações *simples*, permite-se a realização, pelo particular, de uma atuação singular e isolada. Diz-se, por isto, que tal atividade se esgota num dado momento e refere-se, também, que a autoridade outorgante não mantém nenhuma “ligação específica” com a atividade privada depois da respetiva outorga.<sup>268</sup>

No caso das designadas *autorizações operativas*, ocorre a autorização de uma atividade *contínua*, com carácter indefinido ou com duração limitada. Nesta modalidade, a Administração “cria uma situação que se manifesta num poder de controlo ou direcção” sobre os particulares, ficando a autorização condicionada à observância dos requisitos tidos em conta aquando da sua outorga, resultando isto, por conseguinte, numa “relação permanente” entre sujeito autorizado e autoridade outorgante.<sup>269</sup>

---

<sup>265</sup> Cfr. R. E. SOARES, *Direito...*, cit., p. 118; M. S. MORÓN, *Derecho...*, cit., pp. 632 e 633; J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 447. No campo das autorizações administrativas pessoais surgem as habilitações e as credenciações (v.g., “carta de condução”); por outro lado, são exemplos de autorizações reais a autorização para realização de operações urbanísticas (v.g., de edificação), para homologação de um produto ou para emissão de gases com efeito de estufa. Estas últimas, por regra, caracterizam-se pela sua *transmissibilidade*. Cfr. M. S. MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 633; J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 447.

<sup>266</sup> Importa, contudo, chamar a atenção para o facto de existirem autorizações administrativas que apresentam uma “dupla condição”: são simultaneamente pessoais e reais. É o que sucede com a autorização para instalação de uma farmácia de oficina, que exige o cumprimento de certos requisitos *subjektivos* por parte do requerente (v.g., licenciatura em farmácia ou direção técnica por um licenciado em farmácia por parte do requerente em conjunto com vários), bem como objetivos, relativos à instalação (v.g., a distância necessária em face de outras) e à atividade em si. As estas autorizações associa-se, também, a característica da *transmissibilidade* (vid. Decreto-lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de julho; Portaria n.º 1430/2007, de 2 de novembro; Decreto-lei n.º 241/2009, de 16 de setembro). Cfr. M. S. MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 633; J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 448, nota 811.

<sup>267</sup> Sobre esta distinção no âmbito do Direito Administrativo económico, vid. R. STÖBER, *Direito Administrativo Económico Geral*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008, pp. 318 e 319.

<sup>268</sup> Como destaca J. E. F. DIAS, esta modalidade pode também ser usada para caracterizar “as autorizações com meras funções de controlo, que visam verificar negativamente uma atividade”, cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 446.

<sup>269</sup> Cfr. R. E. SOARES, *Direito...*, cit., p. 119; M. S. MORÓN, *Derecho...*, cit., p. 633. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 446. Um exemplo dado pela doutrina de *autorização operativa* ou de *funcionamento* é a autorização de instalação e exploração de uma indústria ou de uma atividade comercial. Cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., pp. 446 e 447.



Por fim, para além destas duas distinções principais, a doutrina administrativista procede ainda a outra distinção capital: entre *autorizações administrativas vinculadas* e *autorizações administrativas discricionárias*.

Como refere J. E. F. DIAS, esta distinção – nos termos inicialmente propostos pelos autores alemães – baseia-se na distinção entre “autorizações preventivas” e “autorizações repressivas”; ou seja, assenta na distinção entre as autorizações que procede à remoção de uma *proibição relativa preventiva* e aquelas que afastam uma *proibição relativa em regra*.

Deste modo, relativamente às primeiras, caso se verifique o preenchimento de todos os requisitos legalmente previstos, o requerente tem um “*direito à autorização*” perante a existência de uma “*vinculação*” da Administração à sua emissão. Pelo contrário, a outorga das segundas está colocada na *discricionariedade* da Administração autorizante, tendo o requerente apenas um direito “ao exercício sem vícios dos poderes administrativos discricionários de avaliação da correspondência entre a atividade requerida e os interesses públicos”, cuja prossecução é incumbência da autoridade administrativa autorizadora.<sup>270 271</sup>

## **5.A política *comunitária* de supressão da intervenção administrativa autorizativa**

### **5.1.A intervenção autorizativa sobre as atuações económicas dos particulares**

---

<sup>270</sup> Cfr. J. E. F. DIAS, *A Reinvenção...*, cit., p. 439, nota 795. A propósito desta distinção, M. S. MORÓN refere que com as autorizações discricionárias se “pretende controlar a *mera legalidade* da atividade pretendida” (tradução e itálico nossos); Por outro lado, segundo este Autor, as *autorizações vinculadas* distinguem-se pelo facto de a sua outorga só dever ser concretizada quando a Administração “comprovar que não ficam prejudicados interesses públicos ou de terceiros, valorando em conformidade com critérios de *oportunidade* política, técnicos ou de experiência segundo os casos de afetação de tais interesses pela atividade a autorizar” (tradução e itálicos nossos), cfr. *Derecho...*, cit., p. 633.

<sup>271</sup> Uma outra distinção referenciada por J. E. F. DIAS – e que, segundo o Autor, é frequente no Direito alemão do ambiente – tem em consideração os diversos *procedimentos administrativos autorizativos* (“procedimentos de aprovação do plano”; “procedimento de autorização formal”; “procedimento de autorização simples ou simplificado”; “procedimentos graduados”), *vid. A Reinvenção...*, cit., p. 448.

O quadro descritivo que vimos corresponder à autorização administrativa no ponto precedente encontra-se hoje afetado por um processo de reformulação, cujas consequências são já, para muitos, de *supressão*, *desativação* ou, pelo menos, de *contração* desta figura.

Este processo começou por fazer sentir-se mais visivelmente no domínio da intervenção administrativa de controlo prévio da *atividade privada de conteúdo económico*. Como faz notar J. ESTEVE PARDO, tal atividade era tradicionalmente objeto de uma dupla perspetiva de intervenção administrativa: se por um lado com esta intervenção se pretendia garantir padrões de *segurança* sobre aquela atividade - e bem assim dos meios e instalações que utilizava -, por outro, visava-se também efetivar certos componentes ou aspetos estritamente *económicos* da mesma.<sup>272</sup>

Embora claramente distintas pelas matérias abrangidas, pelos seus valores e pelo tipo de intervenção administrativa que pressuponham, estas duas perspetivas eram, em regra, realizadas sob o título genérico da polícia administrativa e da autorização administrativa. Diferentemente, assiste-se hoje ao reforço da intervenção administrativa com vista à garantia daqueles padrões de segurança (*polícia de segurança*) e à diminuição da intervenção com objetivos exclusivamente económicos (*polícia económica*).<sup>273</sup>

Ainda segundo J. ESTEVE PARDO, importa constatar que estamos hoje perante uma “crise da polícia administrativa” enquanto “macroconceito” com aptidão para abranger as atuações típicas da *polícia de segurança* e da *polícia económica* de certos sectores da atividade dos particulares, *máxime*, de conteúdo económico e de serviços. Assim sendo, a própria polícia de *segurança* já não corresponde à tradicional polícia administrativa – interessada na manutenção e no restabelecimento da *ordem pública* -, obedecendo, como já tivemos a oportunidade de referir *supra* (vid. ponto 2.4.2), ao “novo paradigma” do *risco* (i.é., da determinação e controlo deste).<sup>274</sup>

Por sua parte, a intervenção administrativa *autorizativa* sobre as atuações económicas dos particulares (i.é., sobre a sua liberdade económica) obedece a objetivos que se prendem, a título principal, com razões de política económica, muitas vezes de cariz *protecionista*: trata-se de uma intervenção levada a cabo, normalmente, por via da autorização administrativa, visando beneficiar um determinado setor ou proteger certos agentes económicos em detrimento de outros (v.g., a indústria nacional e local em face da

<sup>272</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 381.

<sup>273</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 381.

<sup>274</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 382.

indústria estrangeira; os produtores relativamente aos distribuidores; os pequenos comerciante sobre os grandes comerciantes; certos profissionais frente a outros, que poderiam realizar adequadamente as mesmas funções).<sup>275</sup>

## 5.2. O papel da “Diretiva Serviços” (Diretiva 2006/123/CE)

O desenvolvimento do processo de integração europeia impôs, a certa altura, uma política de revisão dos quadros tradicionais de intervenção administrativa autorizativa sobre a atividade económica dos particulares, na pressuposição de que tal intervenção – porque *protecionista* – seria sempre um *obstáculo*, um *impedimento* ou uma *restrição* à formação e consolidação de um verdadeiro mercado único a nível europeu.<sup>276</sup>

Em simultâneo, havia a consciência entre as autoridades europeias sobre a presença significativa de tais *obstáculos* (instrumentos *autorizativos*) no *setor dos serviços*. Precisamente por isto, as instituições europeias decidiram contribuir para o aprofundamento da *liberdade fundamental de estabelecimento do prestador de serviços* (cfr. artigo 49.º do TFUE) em conjunto com a *liberdade fundamental de prestação de serviços* (cfr. artigo 56.º TFUE), por forma a instituir um autêntico mercado único de serviços a nível europeu, onde a *liberdade económica* no âmbito dos serviços fosse a regra. Tal objetivo implicaria, como não poderia deixar de ser, um “mandato” dirigido aos Estado-membros para que procedessem à revisão e à reformulação dos traços fundamentais dos instrumentos autorizativos vigentes nos seus ordenamentos internos.

Embora esta preocupação se tenha feito sentir primeiramente na jurisprudência comunitária, foi através do Direito europeu derivado que a mesma ficou representada de uma forma mais evidente, com a entrada em vigor da *Diretiva 2006/123/CE do Parlamento e do*

---

<sup>275</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 382.

<sup>276</sup> Neste sentido, P. GONÇALVES refere-se aos instrumentos autorizativos como “instrumentos discricionários de políticas protecionistas e de discriminação de empresas e produtos não-nacionais”, cfr, P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 152.

*Conselho de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, que viria a ficar conhecida como “Diretiva Serviços” ou Diretiva Bolkestein.*<sup>277 278 279</sup>

Com esta Diretiva visava-se – conjuntamente com a concretização daquelas liberdades –, por um lado, contribuir para a obtenção de níveis mais elevados de crescimento económico e de emprego no espaço económico europeu, bem como reforçar a competitividade económica internacional da União Europeia. Por outro lado, pretendia-se também incrementar a oferta (a preços mais baixos) e o grau liberdade de escolha por parte dos consumidores<sup>280</sup>. Muito por força destes objetivos e do quadro de reformas de estruturas económicas, sociais e administrativas que propugna, esta Diretiva foi um fator essencial da estratégia denominada “Europa 2020”.<sup>281</sup>

No encaço destes objetivos, esta norma comunitária traduziu-se na adoção de um acervo de regras com o escopo de *limitar* ou até *excecionar* a aplicação dos diferentes regimes autorizativos nacionais, considerados “entraves” efetivos ao desenvolvimento do setor económico dos serviços no contexto europeu (cfr. considerando (1)).<sup>282 283</sup>

Contudo, importa ter em mente que esta Diretiva não inclui no seu alcance ou âmbito de aplicação todas as atividades económicas de serviços, já que certos serviços e atividades económicas de interesse geral são excluídos pela mesma (v.g., atividade bancária,

---

<sup>277</sup> Em homenagem ao seu principal proponente e defensor, Frits Bolkestein, à época Comissário Europeu para o Mercado Interno. Cfr. P. GONÇALVES, «La Transposición de la Directiva de Servicios en Portugal», *Impacto de La Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES (2009) (disponível *on-line* em: < <http://www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php>>), pp.791 a 809 (p. 793).

<sup>278</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 152.

<sup>279</sup> Para uma análise não jurídica das razões que estiveram por detrás desta Diretiva, *vid.* A. GIDDENS, *A Europa na Era Global*, Editorial Presença, Lisboa, 2007, pp. 74 e ss.

<sup>280</sup> É precisamente para estes objetivos que aponta o considerando (2) da Diretiva 2006/123/CE. As preocupações económicas deste regime são por isso preocupações de *eficiência*, *vid. supra*, ponto 3.2. No quadro das preocupações económicas, importa também clarificar que as soluções contidas nesta Diretiva visaram beneficiar, especialmente, a franja do tecido empresarial representada pelas pequenas e médias empresas, cfr., neste sentido, considerando (43) da Diretiva 2006/123/CE.

<sup>281</sup> Estratégia baseada na Comunicação da Comissão Europeia designada «EUROPA 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo» [COM(2010) 2020 final, de 3 de março]. Cfr. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable», *Revista catalana de dret públic* 42 (2011), pp. 85 a 114 (p. 86).

<sup>282</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 152. Refere este Autor que o Direito europeu tem tentado “combater” a “utilização perniciosa dos controlos públicos (nacionais)” – como obstáculos do acesso ao mercado - com recurso, também, à “atribuição de eficácia jurídica transnacional a autorizações nacionais”, à “paralisação do poder de autorização do Estado de destino” e à instituição de “sistemas de reconhecimento mútuo de autorizações e de proibição da duplicação de controlo de requisitos” (pp. 154 e 155).

<sup>283</sup> Cfr. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas», *Impacto de La Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES (2009) (disponível *on-line* em: < <http://www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php>>), pp. 313 a 328 (p. 315).

transportes, telecomunicações, serviços em rede, serviços de saúde), - que são objeto da *atividade de regulação económica* (sobre esta cfr. *supra*, ponto 2.4.1.) -, bem como outras atividades de prestação de serviços, tais como, *v.g.*, as atividades de segurança privada, as atividades de jogo, as atividades que implicam o exercício da autoridade pública (cfr. artigo 2.º).<sup>284 285</sup>

Definindo “regime de autorização” como “*qualquer procedimento que tenha por efeito obrigar um prestador ou um destinatário a efectuar uma diligência junto de uma autoridade competente para obter uma decisão formal ou uma decisão tácita relativa ao acesso a uma actividade de serviço ou ao seu exercício*” (cfr. artigo 4.º, n.º 6), a Diretiva 2006/123/CE propugna a sua *supressão* quando tais “regimes” se apresentem “demasiado onerosos”, sendo suscetíveis, portanto, de colocar em causa “a liberdade de estabelecimento e a criação de novas empresas de serviços” (cfr. considerando (42)).

Neste sentido, a consagração de tais “regimes autorizativos” (a nível legal) – com a inerente limitação do acesso e do exercício da atividade de serviços – só pode ser levada a cabo se os mesmos ultrapassarem o *triple test* contido no artigo 9.º, n.º1, baseado na necessária observância do *princípio da não discriminação em relação ao prestador* (alínea a)), do *princípio da justificação por uma “razão imperiosa de interesse geral”* (alínea b)) e do *princípio da proporcionalidade ao objetivo pretendido* (alínea c)).<sup>286 287</sup>

Deste modo, a “Diretiva Serviços” só permite (de forma excecional) a manutenção e a criação de novos “regimes autorizativos” – e por conseguinte de autorizações administrativas – quando os mesmos *não sejam discriminatórios*, quando sejam *justificados* por uma qualquer “razão imperiosa de interesse geral” e o objetivo pretendido não possa ser

<sup>284</sup> Neste sentido, cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 383.

<sup>285</sup> Cfr. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios», *Deloitte/CISS* 54 (2011) (disponível *on-line* em: <[http://www.ciss.es/publico/deloitte/2011\\_54\\_A\\_032.pdf](http://www.ciss.es/publico/deloitte/2011_54_A_032.pdf)>), pp. 32 a 36 (p. 35).

<sup>286</sup> Com este sentido, *vid.* J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable» ..., cit., pp. 89 e 90; B. NOGUERA DE LA MOELA, «El impacto de la Directiva de Servicios sobre el sector del comercio: en especial, el caso de Cataluña», *Revista de Administración Pública* 184 (2011), pp. 237 a 271 (pp. 243 e ss.).

<sup>287</sup> Esta “razão imperiosa de interesse geral” pode derivar de preocupações tão variadas como as que se relacionam com a *ordem pública*, a *segurança*, a *saúde pública*, a *preservação do equilíbrio financeiro do regime de segurança social*, a *defesa dos consumidores*, dos *destinatários dos serviços e dos trabalhadores*, a *lealdade das transações comerciais*, o *combate à fraude*, a *proteção do ambiente*, a *saúde animal*, a *conservação do património histórico e artístico nacional*, ou com *objetivos de política social e cultural*. Este elenco não taxativo é apresentado pelo n.º8 do artigo 4.º da Diretiva 2006/123/CE. Sobre as “razões imperiosas de interesse geral”, *vid.* J. I. CUBERO MARCOS, *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi, Cisar Menor, 2013, pp. 299 e ss.

alcançado através de medidas *menos restritivas da liberdade económica* (de estabelecimento e de prestação de serviços) do prestador.<sup>288</sup>

A par disto, impõe que a respetiva apreciação pela autoridade competente não seja arbitrária e obedeça a critérios não *discriminatórios, justificados, proporcionais*, bem como *claros e inequívocos, objetivos, previamente publicados, transparentes acessíveis* (artigo 10.º, n.ºs 1 e 2).

Ademais, esta norma indica um conjunto de requisitos cujo preenchimento não pode ser convocado para “descondicionar” o acesso e o exercício da atividade de serviços. Trata-se de requisitos que não podem integrar os “regimes autorizativos” dos Estados-membros, sendo, por isso, proibidos (cfr. artigo 14.º): quando discriminatórios (em função da nacionalidade ou da residência); baseados na interdição de estar estabelecido em mais do que um Estado-membros ou inscrito em registos, ordens ou associações profissionais de vários Estados-membros; impondo limitações sobre a liberdade de escolha do prestador entre um estabelecimento a título principal ou a título secundário; exigindo condições de reciprocidade; pressupondo a aplicação da “avaliação económica”; exigindo a intervenção direta ou indireta de operadores concorrentes; estabelecendo a obrigação de constituir ou participar numa garantia financeira ou subscrever um seguro com um prestador ou um organismo estabelecido em território nacional; fixando a obrigação de ter estado inscrito previamente durante um período determinados nos registos existentes no território do Estado-membro ou de ter exercido previamente a atividade durante um determinado período neste.<sup>289</sup>

Este diploma estabelece também um conjunto de requisitos (não discriminatórios) cuja manutenção não é totalmente proibida, desde que os mesmos *não sejam efetivamente discriminatórios, sejam justificados e sejam proporcionais*. Isto porque se suspeita que tais requisitos são instituídos, na prática, para limitar o acesso e a concorrência no mercado dos serviços (cfr. artigo 15.º, n.ºs 1, 2 e 3).<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Cfr. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable» ..., cit., p. 90.

<sup>289</sup> A este propósito, J. R. FERNÁNDEZ TORRES refere-se a uma “lista negra” de requisitos, porquanto a sua aposição está absolutamente proibida, cfr. «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable» ..., cit., p. 92.

<sup>290</sup> Cfr. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable» ..., cit., p. 93.

Trata-se de requisitos relacionados com a imposição de restrições quantitativas ou territoriais (limites em função da população ou de uma distância geográfica mínima entre os prestadores); que estabeleçam a obrigação de constituição de acordo com uma forma jurídica específica; que imponham a detenção de um determinado capital social; que restrinjam o acesso à atividade de serviços a determinados prestadores tendo em conta a natureza específica da atividade; que imponham a proibição de dispor de vários estabelecimentos no mesmo território nacional; que obriguem a um número mínimo de empregados; que imponham tarifas mínimas ou máximas; ou que fixem a obrigação de o prestador realizar, juntamente com o seu serviço, outros serviços específicos.<sup>291</sup>

Com a exposição destes traços essenciais já se depreende que a “pedra angular” deste regime é o *princípio ou a regra geral da supressão ou abolição de toda a intervenção administrativa prévia (nacional) ao início da atividade económica de serviços*, i.é., em prejuízo da figura da autorização administrativa.<sup>292 293</sup>

Porém, mais importante é reconhecer que com este regime e com a supressão dos mecanismos tradicionais de controlo público prévio da atividade económica de serviços que impõe aos Estados-membros, a “Diretiva Serviços” tem contribuído, de forma assaz evidente, para a reformulação da posição e do quadro de atuação das Administrações Públicas nacionais relativamente à atuação económica e de serviços dos particulares (abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva), assumindo aquelas, de uma forma cada vez mais evidente, uma *posição ou atividade supervisora* desta atuação.<sup>294</sup>

### **5.3.A introdução do regime da “Diretiva Serviços” no ordenamento jurídico português: o Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de Julho**

---

<sup>291</sup> J. R. FERNÁNDEZ TORRES refere-se, agora, a uma “lista cinzenta”, cfr. «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable» ...cit., p. 92.

<sup>292</sup> Neste sentido, cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 383; P. GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador...*, cit., p. 157.

<sup>293</sup> Em sentido oposto a esta “marginalização” da intervenção autorizativa nacional, faz sentido falar na afirmação da *intervenção autorizativa europeia* (“autorizações administrativas europeias”), levada a cabo pelos órgãos administrativos da União Europeia em certos domínios (v.g., introdução de medicamentos; utilização de certas substâncias químicas; introdução de novos alimentos e ingredientes alimentares). Sobre esta “intervenção”, *vid.* P. GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador...*, cit., p. 153.

<sup>294</sup> Nesta linha, cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 384.

Os princípios essenciais do regime contido na Diretiva 2006/123/CE foram introduzidos entre nós por via do Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de Julho. Ao transpor aquela Diretiva para o ordenamento jurídico português, este diploma acabou por significar a concretização da opção adotada por parte do Direito europeu pela supressão progressiva dos mecanismos ou sistemas de controlo público prévio das atividades económicas de prestação de serviços, assentes no recurso ao instrumento típico da autorização administrativa.<sup>295</sup>

Aproximando-se dos objetivos perseguidos pelo regime proposto pela “Diretiva Serviços”, o Decreto-lei n.º 92/2010 estabeleceu como grande prioridade concretizar uma estratégia de *simplificação administrativa*, de *desburocratização*, de *agilização* e de *aceleração procedimental*, por forma a *reduzir custos administrativos “desproporcionados”*, contribuindo para um modelo de Administração Pública mais *eficiente* e *competitivo*, garantindo uma maior *competitividade económica* no âmbito do mercado de serviços e, por consequência, índices mais elevados de crescimento económico e de emprego (cfr. preâmbulo do diploma).<sup>296</sup>

Com este intuito, o Decreto-lei n.º 92/2010 prevê uma disciplina idêntica àquela que é prevista pela “Diretiva Serviços” e que contribui para a “compressão” ou limitação da autorização administrativa como modo de controlo prévio do acesso e exercício da atividade privada de prestação de serviços. Todavia, tal como acontece no âmbito do regime da Diretiva 2006/123/CE, nem toda a atividade de prestação de serviços está incluída no *âmbito de aplicação* (objetivo) deste Decreto: mais uma vez, serviços financeiros, serviços de rede, serviços de transporte, serviços de trabalho temporário, serviços de saúde, - *serviços e atividades económicas de interesse geral* - bem como outras atividades - como atividades cinematográficas, de jogo, relacionadas com a prestação de serviços sociais, de segurança privada, que impliquem o exercício da autoridade pública ou desenvolvidos por notários – estão fora do alcance de aplicação deste diploma (cfr. artigo 3.º, n.º3).

Para as atividades de prestação de serviços não excluídas do seu âmbito de aplicação, prevê o Decreto-lei n.º 92/2010 que o acesso e o exercício das mesmas possa ser

---

<sup>295</sup> Sobre a concretização do regime contido na “Directiva Serviços”, com a preferência por figuras alternativas à autorização administrativa no âmbito do Direito espanhol, *vid.*, S. MUÑOZ MACHADO, «Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas» *Revista Española de la Función Consultiva* 14 (2010), pp. 85 a 109 (pp. 103 e ss.); F. LÓPEZ MENUDO, «La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva* 14 (2010), pp. 111 a 149

<sup>296</sup> Já vimos de que forma estes objetivos se inserem no atual contexto inovatório que caracteriza o Direito Administrativo e informa a “reforma” da Administração Pública *supra, vid.* ponto 3.



precedido de um procedimento administrativo de controlo prévio, terminando na outorga de uma autorização administrativa ou, na linguagem do diploma, na concessão de uma “permissão administrativa” (artigo 8.º, n.º 1)<sup>297</sup>. Simplesmente, a instituição de tal regime jurídico (legal) autorizativo terá de ser “*necessária*” ou *justificada* por uma “imperiosa razão de interesse público” (artigo 9.º, n.º1, alínea d)), “absolutamente indispensável” (artigo 9.º, n.º1, alínea c)) e *proporcional* ao objetivo que se pretende alcançar (artigo 9.º, n.º1, alínea a)).<sup>298</sup>

Este diploma exige também que a respetiva decisão de outorga da autorização administrativa seja *objetiva e vinculada*, já que, como estatui esta norma, a existência e as formalidades do seu regime devem estar previstas na lei de forma clara e inequívoca (artigo 9.º, n.º1, alínea b)), de modo a que este seja conhecido antecipadamente pelo decisor, enquadrando também, por conseguinte, o exercício do poder de apreciação da Administração e evitando que este se revele arbitrário.

Para além da imposição da observância destas condições para estabelecer um regime de “permissão”, o Decreto-lei n.º 92/2010, proíbe, igualmente, a previsão de certos pressupostos, condições ou requisitos, cujo preenchimento seja passível de ser exigido ao requerente interessado, para obtenção da autorização administrativa ou, o que significa o mesmo, para aceder e exercer uma atividade de prestação de serviços.

Desta forma, este diploma proíbe o estabelecimento de requisitos (discriminatórios) que façam depender o acesso e o exercício à atividade económica de serviços por parte do prestador, em razão da sua nacionalidade, residência ou local da sede<sup>299</sup>. Ademais, o n.º1 do artigo 11.º (n.º1, alíneas a) a h)) elenca também um conjunto amplo de requisitos de autorização estritamente proibidos: Determinar a verificação de outras permissões

---

<sup>297</sup> A opção pelo legislador nacional por esta designação é criticada por P. GONÇALVES. Segundo este Autor: “apesar da correta opção da tradução portuguesa da Diretiva, que se refere a autorização, o legislador nacional resolveu inventar o conceito de “permissão”; não se alcança nenhuma justificação para uma tal inovação semântica, a qual se mostra, em rigor, totalmente inútil”, cfr. *Reflexões...*, cit., p. 177.

<sup>298</sup> Nos termos do n.º1 do artigo 30.º, entende-se por “imperiosa razão de interesse público” uma circunstância excecional, fundada em vários motivos: *ordem pública, segurança pública, proteção civil, segurança das pessoas, saúde pública, preservação do equilíbrio financeiro do regime de segurança social, defesa dos consumidores, dos destinatários dos serviços e dos trabalhadores, lealdade das transações comerciais, combate à fraude, proteção do ambiente e do ambiente urbano, saúde animal, propriedade intelectual e industrial, conservação do património histórico e artístico nacional, objetivos de política social ou cultural*. Tal como sucede com o catálogo de motivos que podem constituir “razões imperiosas de interesse geral”, talqualmente previsto pelo n.º 8 do artigo 4.º da “Diretiva Serviços”, o acervo de motivos aqui exposto é meramente exemplificativo, podendo relevar outros motivos que não se encontram previstos neste, como o a “proteção do ordenamento do território”, cfr. *Reflexões...*, cit., p. 179.

<sup>299</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 181 e 182.

administrativas, de pressupostos, de requisitos, de condições, de obrigações ou de controlos equivalentes ou que visem essencialmente a mesma finalidade a que o prestador de serviços já tenha sido submetido em território nacional ou noutro Estado membro; Vedar o acesso ou o exercício da atividade de serviços aos prestadores que tenham, em mais que um Estado membro, estabelecimento, inscrição registral ou uma inscrição em ordem ou associações públicas profissionais; Estabelecer restrições à liberdade de o prestador de serviços poder escolher estabelecer-se no território nacional a título principal ou secundário ou, nesse caso, à liberdade de escolher a forma de sucursal, agência ou filial; Estar condicionados por condições de reciprocidade com o Estado membro onde o prestador de serviços já possua o seu estabelecimento; Determinar a apresentação de uma avaliação económica que sujeite a permissão administrativa à comprovação da existência de uma necessidade económica ou de uma procura no mercado, de uma avaliação dos efeitos económicos potenciais ou atuais da atividade ou de uma apreciação da adequação da atividade a objetivos de programação económica; Dependere da intervenção direta ou indireta de prestadores de serviços concorrentes, nomeadamente através de órgãos consultivos, com exceção da intervenção de associações públicas profissionais e de outras pessoas coletivas que exerçam poderes de autoridade administrativa, nos termos da lei; Determinar a prestação de uma garantia financeira ou a subscrição de um seguro junto de pessoa estabelecida no território nacional, sem prejuízo do disposto no artigo 13.º; Exigir a inscrição em qualquer registo nacional ou o prévio exercício da atividade de serviços durante um período temporal prévio ao exercício da atividade em território nacional.<sup>300</sup>

O mesmo artigo apresenta, ainda, um conjunto de requisitos (artigo 11.º, n.º 1, alíneas i) a q)) que, embora estando proibidos, podem ser exigidos a título excecional, se o seu estabelecimento for justificado por uma “imperiosa razão de interesse público” (cfr. artigo 30.º, n.º1, alínea d)): Fixar restrições quantitativas ou territoriais, nomeadamente sob a forma de limites fixados em função da população ou uma distância geográfica mínima entre prestadores de serviços; Determinar a obrigação de o prestador se constituir de acordo com uma forma jurídica específica; Estabelecer condições relativas à detenção do capital de uma sociedade; Restringir a determinados prestadores de serviços o acesso a uma atividade de serviços em razão da natureza específica da mesma, excluindo os requisitos referentes às

---

<sup>300</sup> Catálogo que corresponde – com a exceção do primeiro tipo de requisitos referidos, que concretiza o disposto no artigo 10.º, n.º3 da “Diretiva Serviços”- à “*lista negra*” de requisitos proibidos contidos no artigo 14.º da Diretiva 2006/123/CE.

qualificações profissionais, nomeadamente os referidos na Lei n.º 9/2009, de 4 de março; Determinar a proibição de o prestador de serviços deter mais de um estabelecimento em território nacional; Impor um número mínimo de trabalhadores; Fixar tarifas, preços ou honorários obrigatórios, mínimos ou máximos; Determinar, para a prestação da atividade de um serviço, a prestação de outros.<sup>301</sup>

Por fim, reitera-se que esta reconfiguração da figura da autorização administrativa agora no Direito português - por exigência de transposição do regime contido na “Diretiva Serviços” - acaba por traduzir-se numa limitação ou uma redução importante do espaço de intervenção administrativa de controlo prévio das atividades económicas privadas de prestação de serviços no âmbito nacional. Sem embargo, como iremos ver, esta adaptação ao modelo europeu acaba por “exorbitar” o domínio do controlo público prévio das *atividades económicas de prestação de serviços*, abrangendo também, entre nós, o controlo do acesso e do exercício da *atividade económica de comércio*, da *atividade económica industrial*, e mais recentemente, também, da realização de *atividades privadas urbanísticas*.<sup>302</sup>

## **6. A comunicação prévia como fórmula alternativa à abolição da técnica autorizativa**

### **6.1. Significado**

Vimos já no ponto precedente que o Direito europeu, por força do regime contido na Diretiva 2006/123/CE (“Diretiva Serviços”), permite a manutenção e até a criação de “regime de autorização” para controlo prévio das atuações económicas de prestação de

---

<sup>301</sup> Este segundo grupo de requisitos coincide na íntegra com aqueles que estão referenciados na “*lista cinzenta*” do artigo 15.º, n.º 2 da Diretiva 2006/123/CE.

<sup>302</sup> Referindo-se esta adaptação do Direito português ao modelo europeu contido na Diretiva 2006/123/CE como sendo “exorbitante” no seu âmbito em relação à atividade económica de prestação de serviços, *vid.* P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 144.

serviços, desde que *não discriminatórios, justificados* por uma “razão imperiosa de interesse geral” e *proporcionais* ao objetivo pretendido.<sup>303</sup>

Ora, ao exigir esta *proporcionalidade*, a Diretiva aponta também para a ideia de *subsidiariedade* dos próprios “regimes de autorização” em relação a medidas menos restritivas do direito ou da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços<sup>304</sup>. Neste sentido, segundo esta norma europeia, os ordenamentos nacionais devem optar por medidas que concretizem um modelo de controlo sucessivo ou *a posteriori* da atividade privada de prestação de serviços, e só quando esta se revelar tardia, ficando comprometida a sua “real eficácia” na prossecução do objetivo pretendido, é que os Estados-membros devem estabelecer regimes de controlo prévio autorizativo (cfr. artigo. 9.º, n.º1, alínea c)).

Este princípio da *subsidiariedade* da intervenção administrativa autorizativa acabou por ser introduzido no Direito português por via do Decreto-lei n.º92/2010, de 26 de julho, que transpôs, como vimos, a “Diretiva Serviços” para o ordenamento jurídico nacional<sup>305</sup>. Ao reconhecer a liberdade estabelecimento e de prestação de serviços de qualquer pessoa ou empresa da União Europeia em território nacional (que deve ser a *regra*) (artigo 4.º), este diploma vem confirmar a consideração comunitária acerca do estabelecimento de “regimes de autorização”, como solução de *ultima ratio*.

Assim sendo, o Decreto-lei n.º 92/2010 só permite o estabelecimento de um procedimento de “permissão administrativa”, caso não seja possível fixar uma medida ou uma fórmula menos restritiva daquela liberdade de acesso e exercício à atividade de prestação de serviços, como é o caso - expressamente afirmado pelo n.º1 do artigo 8.º e pela alínea a) do n.º1 do artigo 9.º - da *mera comunicação prévia*. Portanto, a *mera comunicação prévia* deve ser encarada como medida *alternativa* à autorização ou “permissão administrativa”, vindo a ocupar importantes parcelas antes integradas no âmbito de aplicação deste instrumento, que assim é “marginalizado” ou “subalternizado” e relegado para *segundo plano*, como expediente tradicional de controlo prévio e preventivo da atividade económica

---

<sup>303</sup> Relativamente a este princípio da proporcionalidade, *vid.* J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «El impacto de la Directiva de Servicios en el Procedimiento Administrativo: Autorización, Declaración Responsable y Comunicación», *Revista Jurídica de Navarra* 49 (2010), pp. 85 a 136 (pp. 95 e ss.).

<sup>304</sup> Autêntico “direito preexistente”, nas palavras de J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *cfr.* «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable» ..., *cit.*, p. 96.

<sup>305</sup> Para P. GONÇALVES, a *subsidiariedade* é um dos elementos fundamentais do regime de autorização administrativa delineado pelo Decreto-lei n.º 92/2010, *cfr. Reflexões...*, *cit.*, p. 179.

dos particulares (senão mesmo para terceiro plano, tendo em conta a *regra* da liberdade de acesso e exercício da atividade económica).<sup>306</sup>

## 6.2. Tipos ideais de comunicação prévia existentes no Direito português: a comunicação prévia com prazo e a *mera comunicação prévia*

Embora a nossa reflexão esteja sobretudo centrada na nova figura da *mera comunicação prévia*, deve ser tido em conta que o Decreto-lei n.º 92/2010 prevê também a existência de um outro tipo ou forma ideal de comunicação prévia: *a comunicação prévia com prazo*.<sup>307</sup>

A compreensão do desenho ou da configuração legal desta segunda modalidade de comunicação prévia – talqualmente prevista na alínea a) do n.º1 do artigo 8.º do Decreto-lei n.º 92/2010 – não levanta dificuldades de maior: trata-se de uma declaração (ato privado de comunicação prévia) efetuada pelo prestador de serviços (promotor e comunicante) necessária ao início da atividade de prestação de serviços (atividade comunicada), que permita o exercício da mesma quando a autoridade administrativa não se pronuncie após o decurso de um determinado lapso de tempo.

Diferentemente desta, a *mera comunicação prévia* ou *comunicação prévia sem prazo* surge neste diploma (cfr. artigo 8.º, n.º1, alínea b)) como sendo uma declaração efetuada pelo prestador de serviços necessária ao início da atividade, que permite o exercício da mesma *imediatamente* após a sua comunicação à autoridade administrativa competente. Como claramente se constata, nesta segunda modalidade não se exige a *mediação* pelo transcurso de um prazo entre a apresentação da comunicação prévia pelo interessado e o início da atividade pretendida, o que equivale a afirmar que com este segundo tipo de comunicação prévia, o promotor não tem que “esperar” pelo decurso de qualquer prazo ou por qualquer pronuncia da Administração, podendo dar início logo à atividade projetada.

Não descurando o papel que aquela primeira forma de comunicação prévia representa no nosso ordenamento jurídico, a nossa atenção irá recair, daqui em diante na nossa reflexão, nesta segunda modalidade ideal (e mais *radical*) de comunicação prévia, por

---

<sup>306</sup> Nesta linha, *vid.* P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 158.

<sup>307</sup> Acompanhamos aqui o “princípio dualista” exposto por P. GONÇALVES, cfr. *Reflexões...*, cit., pp. 173 e ss.

julgarmos que para a configuração da sua função e das suas características confluem muitas das diretrizes inovatórias que marcam a situação contemporânea do Direito Administrativo como foram por nós abordadas na Parte I da nossa dissertação.

Demais, se a consagração da *comunicação prévia com prazo* constitui já um contributo significativo para o avanço do fenómeno da *dissolução do momento autoritário no controlo público da atuação dos particulares*, é principalmente com a *mera comunicação prévia* que – pelo menos em alguns domínios ou setores – se constata mais visivelmente tal *dissolução*, fenómeno que, como julgamos, constitui uma tendência flagrante e futura, senão do nosso sistema administrativo, pelo menos do nosso ordenamento jurídico.

### 6.3. Função ou objetivo da *mera comunicação prévia*

A opção do legislador nacional – sustentada na orientação do Direito europeu nesta matéria (i.é., da “Diretiva Serviços”) – pela consagração desta nova fórmula representa, em última análise, a instituição de uma técnica radicalmente distinta da autorização administrativa. Esta distinção observa-se, desde logo, na *função* ou nas *finalidades* que são reconhecidas a esta nova figura.

Com efeito, enquanto que a autorização administrativa é uma decisão da Administração que conclui um procedimento administrativo (faseado) e desencadeado pelo interessado na obtenção da mesma, por via da formulação e apresentação de um *requerimento inicial* – que na verdade funciona como um pedido à Administração –, a *mera comunicação prévia* não materializa nenhum pedido do comunicante ou interessado, visando, antes, “*informar*” a Administração acerca do início de uma certa atividade privada projetada.<sup>308 309</sup>

---

<sup>308</sup> Cfr. L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 349; J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 386; P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 163; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 92 e 93.

<sup>309</sup> O procedimento autorizativo corresponde ao esquema clássico do processo gracioso, burocrático ou não contencioso. Sobre este, *vid.* D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Volume II, cit., pp. 322 e 323; A. L. COSTA DE MESQUITA, «Processo administrativo», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume IV, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984, cols. 1517 a 1522; M. M. L. MARQUES, «Gracioso e também simples: reflexão sobre o impacto da simplificação e da administração electrónica no procedimento administrativo» ..., cit., p. 747.

Deve acrescentar-se que a obtenção desta informação, por parte da Administração Pública, acerca dos factos que são objeto de *mera comunicação prévia* pelos particulares é levada a cabo, sobretudo, - como medida de *simplificação administrativa* - através de meios informáticos, em concretização de uma política de *e-Government* e de *informatização do agir administrativo* (vid. *supra* ponto 3.3).

Esta preocupação com a *desmaterialização* de procedimentos e formalidades consta já do artigo 8.º da Diretiva 2006/123/CE e é reafirmado entre nós pelo artigo 6.º do Decreto-lei n.º 92/2010. Deste modo, o contato do particular (comunicante) com a Administração deve ser concretizado através do *balcão único eletrónico*, nos termos do n.º1 do artigo 6.º do Decreto-lei n.º 92/2010, disponibilizado em sítio da *Internet* através do Portal da Empresa (n.º2). A constituição de um *balcão único de atendimento* era uma das exigências, também, da “Diretiva Serviços” (cfr. artigo 6.º).<sup>310</sup>

#### 6.4. Caracterização da *mera comunicação prévia*

A introdução da técnica da *mera comunicação prévia* entre nós como alternativa à autorização administrativa visou alcançar a *simplificação administrativa* dos procedimentos autorizativos, resultando na *liberalização* e na *desregulação* (em sentido estrito) e “facilitação” do acesso e exercício das atividades económicas subordinadas a tal controlo público prévio e preventivo.<sup>311</sup>

Por conseguinte, se por um lado, com a introdução desta fórmula, se pretendeu eliminar barreiras ou entraves desnecessários ao acesso e exercício da atividade económica por parte dos particulares, por outro, pretendeu-se reduzir ou eliminar custos administrativos implicados na realização de determinadas tarefas administrativas, que em certo momento foram tomadas como “desnecessárias” e frequentemente “redundantes”.

---

<sup>310</sup> O *balcão único eletrónico* existente em Portugal é o Balcão do Empreendedor (BdE), que é agora disponibilizado na Internet através do Portal do Cidadão (que resultou da fusão entre o anterior Portal do Cidadão e o Portal da Empresa) (disponível *on-line* em: <<https://bde.portaldocidadao.pt/ev0/LandingPage.aspx>>). A instituição do Portal da Empresa e do Portal do Cidadão deu-se na sequência da concretização da medida M150 do SIMPLEX 2007 (Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa). A criação e o desenvolvimento destes balcões constituiu mesmo uma medida (5.35) prevista no Memorando de Entendimento Sobre as Condicionantes da Política Económica de 17 de maio de 2011, assinado entre Portugal, a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu (disponível *on-line* em: <[https://tretas.org/moin\\_static/aventar/memorando\\_troika-pt\\_PT.pdf](https://tretas.org/moin_static/aventar/memorando_troika-pt_PT.pdf)>).

<sup>311</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 151 e 166.

Este quadro contribuiu para que o protagonismo no âmbito dos regimes de *mera comunicação prévia* seja agora, em grande medida, do particular (promotor e comunicante), que é o novo “centro de gravidade” destes regimes, em detrimento da Administração Pública. Facilmente se constata que esta característica da *mera comunicação prévia* é um dos traços que mais contribui para a sua distinção em face dos regimes de autorização administrativa, nos quais a Administração Pública desempenha um papel fulcral.<sup>312</sup>

Em face do reforço do protagonismo do particular, a Administração Pública limita-se a assumir o papel de *recetora* da sua comunicação prévia, libertando-se da carga e da responsabilidade pública de apreciar ou verificar prévia e preventivamente a conformidade da atividade projetada (agora comunicada) com o ordenamento jurídico, como vinha sendo apanágio da tarefa autorizativa.<sup>313</sup>

Assim sendo, será correto afirmar que a abolição desta tarefa de controlo prévio das atividades privadas por parte da Administração – tipicamente inserida no âmbito da atividade autorizativa e *de polícia* – tem dado lugar à subseqüente transferência, ao “trânsito” ou “migração” da mesma para domínio dos particulares (comunicantes). Como julgamos, isto só tem sido possível através da *privatização material da responsabilidade pública implicada na tarefa de controlo prévio*, com a conseqüente *ativação* ou *reforço* da responsabilidade dos particulares para realização desta tarefa, que agora está colocada sob a sua titularidade.<sup>314</sup>

<sup>312</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 384 e 386.

<sup>313</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 386.

<sup>314</sup> A propósito da substituição de procedimentos administrativos de autorização (controlo público *ex ante*) por “procedimentos de comunicação de início de atividade” (i.é., procedimentos desencadeados pela apresentação de uma comunicação prévia com prazo), P. GONÇALVES tenta apurar qual a natureza ou tipo de processo de privatização que esta implica. Neste sentido, o Autor pergunta se tal substituição corresponde a uma estratégia de privatização material de tarefas ou antes a uma política de privatização funcional da execução da tarefa pública de controlo prévio. Na primeira hipótese, o controlo prévio surge como “uma tarefa materialmente privada, da responsabilidade dos particulares”. Portanto, o ato de comunicação prévia será um *ato de Direito privado* (legitimando a adoção de medidas repressivas por parte da Administração durante o período que vai da apresentação da comunicação até ao início da atividade pretendida) que está sujeito ao *controlo preventivo* e ao *controlo sucessivo* por parte da Administração Pública. Na segunda hipótese, a tarefa de controlo prévio é executada pelo comunicante, mas ainda permanece no âmbito da responsabilidade pública, não deixando de ser uma tarefa pública. Neste entendimento, o ato de comunicação prévia será um *ato de Direito público* (o que inviabiliza a adoção de medidas repressivas por parte das autoridades administrativas) praticado por um particular “colaborador” da Administração, que executa o *controlo público prévio*. No período que medeia a apresentação da comunicação prévia e o início da atividade comunicada, só poderá ocorrer um controlo *público sucessivo*. P. GONÇALVES defende a primeira hipótese, afirmando que “a substituição de procedimentos de autorização por procedimentos de comunicação de início de atividade está associada a uma estratégia de *privatização material* e de *reforço das responsabilidades dos particulares*” (itálico nosso), o que segundo este Autor, “não equivale à transferência para os particulares do poder público de emitir a licença: o Estado renuncia à decisão administrativa, mas não investe os particulares do poder (público) de tomar essa decisão”. Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 174; pp. 206 a 208. Julgamos que o entendimento correto sobre a *mera comunicação prévia* (ou *sem prazo*) é aquele que a encara como



Como já observámos *supra* (cfr. ponto 2.6.1), a supressão deste controlo público *ex ante* (que durante largo período esteve contido no núcleo essencial da atuação administrativa, surgindo como expediente tradicional de exercício da autoridade pública) e a conseqüente *ativação* da responsabilidade dos particulares na realização deste controlo tem sido concretizada através da “*imposição legal de deveres*” de controlo sobre os particulares. Esta “imposição” tem contribuído para a instituição de verdadeiros “*sistemas de autocontrolo puro*”. Com efeito, a técnica da *mera comunicação prévia* poderá ser caracterizada como sendo um importante expediente ao serviço da “autorregulação privada regulada” (cfr. ponto 2.6.1.).

Na sequência do exposto, deve acrescentar-se que o particular adstrito à obrigação de comunicar o início da sua atividade deve também efetuar o controlo prévio e preventivo da sua atividade (projetada) – que agora é verdadeiramente um *controlo privado* -, ou seja, deve verificar se o facto ou a atividade objeto de *mera comunicação prévia* está ou não em conformidade com a normatividade vigente, aceitando para o efeito (paralelamente à declaração contida na comunicação), em regra, um *termo de responsabilidade* através do qual declara conhecer e cumprir as exigências legais aplicáveis à sua atividade.<sup>315</sup>

Deste modo, o promotor torna-se responsável, em exclusivo (estando “por sua conta e risco”), por garantir aquela conformidade, não podendo, em princípio, transferir tal responsabilidade para a Administração Pública ou mesmo partilhá-la com esta, que além do mais, não profere qualquer decisão passível de oficializar a juridicidade daquela atuação privada (como acontecia no âmbito da intervenção autorizativa)<sup>316</sup>. Por tudo isto, ganha pleno sentido afirmar que estamos aqui perante a substituição do tradicional *princípio da autoridade pública* por um *princípio de autorresponsabilização dos particulares* (comunicantes) (que em verdade é também um *princípio de confiança* depositada nestes por parte dos poderes públicos).<sup>317</sup>

---

sendo um *ato de direito privado* cuja consagração resulta de um *processo de privatização material da tarefa autorizativa*, mas que não é passível – contrariamente ao que acontece no caso da comunicação de início de atividade - de ser exposto a qualquer controlo *público* prévio. Assim, apenas será possível ocorrer um *controlo público sucessivo* (após o início da atividade comunicada).

<sup>315</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 164.

<sup>316</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 386 e 387; Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 164.

<sup>317</sup> Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 151; *Entidades...*, cit., p. 205; «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas» ...cit., p. 80. Esta ideia de *confiança* no promotor é afirmada por M. M. L. MARQUES, cfr. «Gracioso e também simples: reflexão sobre o impacto da simplificação e da administração electrónica no procedimento administrativo» ..., cit., p. 754.

Finalmente, para concluirmos a caracterização geral da *mera comunicação prévia*, devemos acrescentar que a apresentação da mesma pelo interessado permite a este obter a remoção de uma *proibição relativa* que impede o livre início da atividade objeto de comunicação<sup>318</sup>. Neste particular, a *mera comunicação prévia* visa atingir o mesmo resultado perseguido pela autorização administrativa, contudo, com aquela ocorre a remoção independentemente da existência de qualquer decisão por parte da Administração Pública ou de um terceiro: a mesma é produzida, em exclusivo, por efeito da sua apresentação.<sup>319</sup>

## 6.5.A nova face da autoridade administrativa: a *supervisão* das atividades privadas comunicadas

Como decorre da exposição até aqui encetada, a opção pela introdução da técnica de *mera comunicação prévia* traduz-se na substituição da forma clássica de controlo *público* prévio (autorizativo) da atuação dos particulares por um sistema ou modelo de controlo prévio *privado* ou de autocontrolo, a efetuar pelo próprio promotor.

Porém, tal não significa que o *controlo público* das atividades privadas seja eliminado: assiste-se hoje, antes, à metamorfose ou transformação deste controlo em direção a uma nova modalidade de controlo público, agora *sucessivo ou posterior (ex post)* à apresentação da *mera comunicação prévia* e ao início da respetiva atividade comunicada.<sup>320</sup>

Destarte, como consequência da colocação das tarefas de controlo prévio no âmbito da responsabilidade dos particulares (são estes os responsáveis por garantir o cumprimento dos requisitos legais aplicáveis à atividade que pretende realizar) – no quadro dos regimes de *mera comunicação prévia* -, ganham destaque os controlos públicos *a posteriori* desenvolvidos pela Administração pública, no contexto dos quais surgem importantes *tarefas de inspeção e fiscalização* da atividade dos particulares.<sup>321</sup>

---

<sup>318</sup> Com esta nota, ganha sentido a afirmação de P. GONÇALVES, quando este Autor refere que em lugar de uma “proibição com reserva de autorização”, existe aqui uma “proibição com reserva de comunicação”, cfr. *Reflexões...*, cit., p. 166.

<sup>319</sup> Nesta linha, cfr. L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre...*, cit., pp. 348 e ss. Este Autor considera que a comunicação prévia constitui um tipo ou classe de “título habilitante” que *não se concretiza numa decisão administrativa*. Para o Autor, a categoria “título habilitante” corresponde a uma “técnica jurídico-administrativa que se interpõe entre a vontade individual de iniciar uma atividade concreta (...) e o momento no qual o sujeito pode atualizar o seu projeto conforme com o Direito” (tradução nossa) (p. 310).

<sup>320</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 157 e ss.

<sup>321</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 157 e 158.

A assunção desta nova missão pelos poderes públicos está intimamente relacionada com a afirmação da nova *responsabilidade pública de garantia e de regulação* e bem assim com a tarefa de “vigilância”, típica do novo modelo de “Estado vigilante” (cfr. *supra*, nora 112), que permite falar, atualmente, numa atuação administrativa “no terreno” - que neste particular se concretiza no controlo das atividades privadas já iniciadas – e, por conseguinte, menos burocrática, menos assente em “papéis” e em vistorias prévias ao início de execução da atividade privada.<sup>322</sup>

Assim sendo, a técnica da *mera comunicação prévia* tem contribuído, também, para a consolidação de uma função administrativa de *supervisão* das atividades privadas comunicadas<sup>323</sup>. No exercício desta função, pode a Administração Pública ordenar a *suspensão* ou *interdição* (caso a lei preveja tais sanções) do exercício da atividade, quando detete a desconformidade da mesma com a normatividade que lhe é aplicável<sup>324</sup>.

Este controlo *repressivo* das atividades comunicadas só é possível devido ao *input* informativo que a *mera comunicação prévia* representa. Na verdade, como explica L. ARROYO JIMÉNEZ, tal informação é absolutamente imprescindível, não apenas para efetivar níveis elevados de transparência, mas também para a *eficácia* da atuação administrativa de proteção e garantia dos valores e interesses preferentes e salvaguardados pelo ordenamento jurídico.<sup>325 326</sup>

Por fim, importa notar - como faz P. GONÇALVES - que a par (ou mesmo antes) da realização deste controlo indireto e *ex post* (“controlo do controlo”) da

---

<sup>322</sup> Com este sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 159.

<sup>323</sup> No contexto do Direito espanhol, sobre esta *posição de supervisão* da Administração em relação às atividades privadas comunicadas, *vid.* J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 387 e ss. Segundo este Autor, tal posição acaba por exigir a atividade de inspeção, que, contudo, é iniciada, em regra, com base numa opção discricionária da Administração: esta não está obrigada a desenvolver qualquer inspeção da atividade privada só pelo simples facto de ter recebido previamente a comunicação sobre o início da mesma. Não obstante isto, casos há, segundo o Autor, em que atividade de inspeção pode ser de desencadeamento obrigatório pela Administração: quando esta toma conhecimento de que a execução da atividade comunicada coloca em perigo certos valores (*v.g.*, segurança, saúde pública) ou certas posições de terceiros (“vizinhos”). Esta intervenção pode ser *oficiosa* (perante infrações ostensivas e graves do ordenamento jurídico, detetadas pela informação fornecida pela comunicação prévia) ou pode ser desencadeada por *iniciativa dos particulares* (“partes”) (quando estes tomem conhecimento (mediante “denúncia”) acerca da desconformidade da atividade comunicada e a normatividade aplicável ou a realidade).

<sup>324</sup> P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 164.

<sup>325</sup> Cfr. L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre...*, cit., p. 355. À proteção pública dos *princípios constitucionais preferentes* (que justificou a instituição do “sistema de regulação preventiva”) opõem-se, na análise deste Autor, a necessidade de respeitar o âmbito da *liberdade de empresa* (na sua manifestação de livre acesso ao mercado) dos particulares, cfr. *Libre...*, cit., pp. 354 e 355.

<sup>326</sup> Sobre o controlo administrativo das atividades dos particulares através do fornecimento por estes de informação acerca das mesmas, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, cit., pp. 640 e ss.

atividade dos particulares – que veio substituir o controlo direto (com caráter prévio e preventivo) -, os poderes públicos devem definir as regras e os requisitos aplicáveis sobre aquela atividade. Deste modo, o Autor aqui em destaque acaba por registar um acréscimo significativo do número de tais pressupostos, condições ou requisitos legais, que devem ser preenchidos pelo interessado em aceder ao exercício de certa atividade.<sup>327</sup>

## **7. A consagração legal da técnica da *mera comunicação prévia* no ordenamento jurídico português**

### **7.1. Para acesso e exercício das atividades comerciais e de serviços**

#### **7.1.1 A iniciativa “Licenciamento Zero” e o regime contido no Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de abril**

Embora o impulso originário para a introdução da figura da *mera comunicação prévia* no Direito português tenha surgido em 2006, com a entrada em vigor da Diretiva 2006/123/CE (“Diretiva Serviços”) e também, no caso português, com a posterior transposição do seu regime e dos seus princípios essenciais para o plano interno pelo Decreto-lei n.º 92/2010, foi apenas em 2011 que esta técnica foi inserida, entre nós, no âmbito de um regime jurídico concreto, instituído com o Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de abril e referente à simplificação da disciplina jurídica do acesso e exercício de um conjunto amplo de atividades económicas.

Como é referido logo no preâmbulo e no artigo 1.º (n.º1) do Decreto-lei n.º48/2011, tal regime surgiu no âmbito da iniciativa que ficou conhecida por “Licenciamento Zero”,

---

<sup>327</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 144; pp. 158 e 159; p. 162. Por isto mesmo, este Autor considera que o modelo do controlo sucessivo não apenas pressupõe a manutenção de padrões efetivos de controlo (privado prévio e público posterior), como exige um aumento significativo dos requisitos legais aplicáveis às atividades comunicadas (p. 159).

que, por sua vez, era um dos compromissos do Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa SIMPLEX 2010 e uma das medidas da “Agenda Digital 2015”.<sup>328</sup>

Com a aprovação de tal regime, esta iniciativa pretendeu – de forma inovadora entre nós – contribuir para a supressão do controlo público prévio das atividades económicas abrangidas (na sua grande maioria, de prestação de serviços), responsabilizar os respetivos promotores, e centrar, de forma muito evidente, aquele controlo público agora num momento posterior ao início das atividade económica privada (controlo público *ex post*), em clara concretização das diretrizes fornecidas pelo Direito europeu.<sup>329</sup>

Para além disto, esta medida visou, ainda, desmaterializar procedimentos – a isto se associa a concretização do *princípio do balcão único eletrónico* – e modernizar o relacionamento entre a Administração e os particulares, por forma a tornar a administração mais ágil e mais célere e a operar uma efetiva redução da carga administrativa sobre os cidadãos e empresas que quisessem aceder a uma das atividades económicas abrangidas pelo regime do Decreto-lei n.º 48/2011 (cfr. artigo 2.º) (e reduzir “custos de contexto”, *vid. supra* ponto 3.2.2.).

Para alcançar estes objetivos, o Decreto-lei n.º48/2011 veio prever – com o artigo 4.º (cfr. também a previsão desta fórmula relativamente a atuações situadas no âmbito dos designados “regimes conexos”, nos artigos 7.º, 8.º, 9.º e 12.º) - um regime geral de *mera comunicação prévia* para instalação, modificação ou encerramento de certos estabelecimentos (previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º). No quadro deste regime, o promotor podia iniciar (“imediatamente”) a atividade pretendida – i.é., a proceder à abertura do estabelecimento, à exploração do armazém ou ao início da atividade - com a apresentação de *mera comunicação prévia* (e após o pagamento das taxas devidas) (artigo 4.º, n.º2).<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Para L. ALVES, esta iniciativa teve “por escopo a simplificação dos trâmites indispensáveis à abertura e modificação de várias atividades económicas, mediante a instituição de um regime simplificado de instalação e funcionamento desses negócios”, cfr. *O Regime Jurídico do “Licenciamento Zero”*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 25. Sobre a operacionalização desta iniciativa ao nível autárquico, *vid.* D. LOPES, «Repercussões do Licenciamento Zero na Gestão Municipal», XXXI Colóquio da ATAM, 13 de outubro de 2011, Guarda (disponível *on-line* em: <[www.atam.pt/novidades/documentos/category/94-2011?download=947:d-lobes](http://www.atam.pt/novidades/documentos/category/94-2011?download=947:d-lobes)>).

<sup>329</sup> A filosofia da “Diretiva Serviços” é claramente assumida pelo próprio preâmbulo do Decreto-lei n.º48/2011, quando este refere que um dos objetivos do regime que estabelece é contribuir para a “adaptação do regime jurídico das atividades de prestação de serviços aos princípios e regras previstos na *directiva*” (itálico nosso).

<sup>330</sup> Nos termos do n.º2 do artigo 4.º, “a mera comunicação prévia consiste numa declaração que permite ao interessado proceder *imediatamente* à abertura do estabelecimento, à exploração do armazém ou ao início da actividade, consoante os casos, após pagamento das taxas devidas” (itálico nosso). O n.º1 do mesmo artigo acrescentava que tal *comunicação* devia ser dirigida ao presidente da câmara respetiva e ao diretor-geral das Atividades Económicas, através do “balcão do empreendedor” (sobre este cfr. artigo 3.º).

Porém, este ato teria de conter os dados referidos no n.º3 do artigo 4.º, sem prejuízo da exigência de outros elementos através de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da modernização administrativa<sup>331 332</sup>. De entre os vários elementos que eram exigidos por este número e que espelhavam a *função informativa* da *mera comunicação prévia* neste âmbito, destacam-se a necessidade de o comunicante declarar que conhecia e respeitava integralmente as obrigações e os requisitos legais aplicáveis à sua atividade, cumprindo-se a efetiva responsabilização daquele, que ficando, assim, por “sua conta e risco”.<sup>333</sup>

Como já dissemos, para proceder a modificações dos estabelecimentos abrangidos pelo artigo 2.º (n.ºs 1 e 2) ou ao respetivo encerramento (cfr. n.ºs 5 e 6 do artigo 4.º), teria o interessado de apresentar, igualmente, uma *mera comunicação prévia*. Contudo, importa ressaltar que neste caso o carácter prévio deste ato era apurado em relação ao facto respetivo (modificação ou encerramento) e não em relação ao início de uma atividade económica.

Relativamente às atividades em geral submetidas ao regime de *mera comunicação prévia* (às quais acresciam as atividades de prestação de serviços de restauração ou de bebidas com carácter não sedentário – artigo 6.º -, bem como a realização de certas atuações no âmbito dos designados “regimes conexos”, v.g., ocupação do espaço público, cfr. artigo 12.º, n.º4), previa ainda o Decreto-lei n.º 48/2011 a existência de um procedimento de comunicação prévia (*comunicação prévia com prazo*) para dispensa de cumprimento certos requisitos legais e regulamentares aplicáveis (artigo 5.º, n.º1).<sup>334</sup>

À luz deste procedimento poderia o promotor iniciar a atividade pretendida (“proceder à abertura do estabelecimento, à exploração do armazém ou ao início da actividade”), se na sequência da apresentação da *comunicação prévia com prazo*, a autoridade administrativa (municipal) competente (presidente da câmara territorialmente competente, cfr. n.º3, do artigo 5.º), proferisse *despacho de deferimento* da pretensão do

---

<sup>331</sup> O comunicante ficava, ainda, adstrito ao cumprimento de uma obrigação de atualização dos dados comunicados, devendo proceder a tal atualização no prazo máximo de 60 dias após a ocorrência de qualquer alteração (cfr. n.º4 do artigo 4.º).

<sup>332</sup> Funcionava como título da apresentação da *mera comunicação prévia* (das *comunicações prévias com prazo* e demais comunicações previstas neste diploma) o comprovativo eletrónico de entrega da mesma no “balcão do empreendedor” acompanhado do comprovativo do pagamento das quantias eventualmente devidas, cfr. artigo 16.º.

<sup>333</sup> Cfr. M. M. L. MARQUES *et al.*, *Regime Jurídico do Licenciamento Zero, Comentado*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 16.

<sup>334</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 168.

particular, ou quando esta *não se pronunciasse*, após o decurso de um *período de vinte dias*, contados do momento de pagamento das taxas devidas (artigo 5.º, n.º2).<sup>335</sup>

A disciplina jurídica deste procedimento era também prevista e desenvolvida no n.º2 do artigo 15.º, no qual se afirmava que na sequência da apreciação da conformidade da comunicação prévia com prazo com as disposições legais e regulamentares em vigor, podia a autoridade administrativa competente proferir *despacho de deferimento* (alínea a)) ou proferir *despacho de indeferimento*, o qual deveria identificar a desconformidade relativamente a um requisito legal ou regulamentar cujo cumprimento não era suscetível de ser dispensado (alínea b)).

No âmbito deste procedimento, alguma doutrina constatava existir um verdadeiro dever de decidir por parte da autoridade administrativa competente, fosse em *sentido negativo* (a decisão de indeferimento como ato administrativo negativo), ou em *sentido positivo* (a decisão de deferimento como ato administrativo positivo ou autorização administrativa) à pretensão comunicada. Por conseguinte, a ausência desta pronúncia significaria o incumprimento daquele dever e legitimaria a atribuição de um valor positivo a tal silêncio, dando origem, nos seus elementos essenciais, a um *ato administrativo de deferimento tácito*, i.é., a uma *autorização tácita*.<sup>336 337</sup>

Por isto, procede afirmar que esta configuração da *comunicação prévia com prazo* contribuiu para a sobrevivência, em certa medida, dos mecanismos de controlo público prévio das atividades dos particulares neste domínio, já que tal regime só na designação é de *comunicação prévia com prazo*, visto na verdade corresponder a um *regime de autorização*.<sup>338</sup>

Como já dissemos, a “marginalização” da “permissão” administrativa (licenças, autorizações, validações, autenticações, certificações, “actos emitidos na sequência de comunicações prévias com prazo”, registos e outros atos permissivos, cfr. artigo 1.º, n.º1)

---

<sup>335</sup> Importa notar que o despacho de deferimento da dispensa de requisitos (não imperativos, como exigia o n.º5) teria que ser fundamentado com recurso aos motivos que eram explicitados (a título meramente exemplificativo) no n.º 6 do artigo 5.º.

<sup>336</sup> Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., pp. 170 e 171. Nas palavras deste Autor, esta *comunicação prévia com prazo* “não tem a função de comunicar ou informar a Administração, mas a de solicitar a emissão de um despacho de deferimento.” (p. 171).

<sup>337</sup> Como refere P. GONÇALVES, o efeito jurídico permissivo resultava, portanto, da decisão de deferimento ou indeferimento e não do decurso do prazo enunciado pelo artigo 5.º, n.º2, cfr. *Reflexões...*, cit., pp. 169 e 170. Como se vê, esta manifestação concreta da *comunicação prévia com prazo* diverge claramente do tipo ideal que referimos *supra*, cfr. ponto 6.2.

<sup>338</sup> Cfr. P. GONÇALVES, *Reflexões...*, cit., p. 171.

implicada pela previsão do regime de *mera comunicação prévia*, acabou por comportar a responsabilização acrescida do promotor (comunicante), acompanhada do reforço dos controlos posteriores ou sucessivos ao início das atividades.

Para este efeito, o Decreto n.º 48/2011 previa a realização de ações sistemáticas de *fiscalização* do cumprimento das regras legais e regulamentares pelos particulares, a levar a cabo, principalmente, pela Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) - sem prejuízo, contudo, das competências dos municípios no âmbito Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) e da tutela do espaço público e das demais entidades nos termos legais) (cfr. artigo 25.º), com possibilidade de ser desencadeado, na sequência das mesmas, um procedimento contraordenacional, que podia resultar (sem prejuízo do desencadeamento dos meios de tutela penal) na aplicação de *coimas* (de montante elevado) (cfr. artigo 28.º, n.º1) ou até mesmo na aplicação de certas *sanções acessórias* (como o encerramento do estabelecimentos ou a interdição do exercício da atividade (até dois anos) (cfr. artigo 30.º).

### **7.1.2. O Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR): Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro**

Na sequência do Programa SIMPLIFICAR (cfr. Decretos-lei n.ºs 72/2014 e 74/2014, todos de 13 de maio e Lei n.º 37/2014, de 26 de junho), entra em vigor em março de 2015 o Regime de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR), contido no Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro.

Com este diploma deu-se a introdução de um conjunto amplo de alterações sobre - nas palavras do respetivo preâmbulo - o “sistema” de “Licenciamento Zero” (cfr. artigo 7.º), concretizado, como vimos, pelo Decreto-lei n.º 48/2011, entretanto alterado pelo Decreto-lei n.º 141/2012, de 11 de julho. Deste modo, embora se mantenha em vigor, o Decreto-lei n.º 48/2011 centra a sua disciplina, agora, naquela atuação privada que, na sua versão originária, estava colocada no âmbito dos “regimes conexos”: a ocupação do espaço público.

O regime legal contido no Decreto-Lei n.º 10/2015 reitera a opção introduzida pelo Decreto-lei n.º 48/2011 pela abolição dos controlos públicos prévios do acesso e exercício



de certas atividades económicas (cfr. artigo 4.º, n.º1), que ficam abrangidas pelo regime de *mera comunicação prévia*, que este diploma reafirma (cfr. artigo 7.º).<sup>339 340 341</sup>

Porém, – e esta é grande novidade deste regime – este diploma veio prever agora, *explicitamente*, um procedimento administrativo de controlo prévio das atividade referidas no artigo 5.º, de natureza autorizativa (cfr. artigos 8.º e ss.), no âmbito do qual pode ocorrer a dispensa (fundamentada) da observância de certos requisitos legais e regulamentares (mais uma vez, que não sejam imperativos) (artigo 11.º).

O Decreto-Lei n.º 10/2015 prevê ainda um outro procedimento de controlo público prévio, para instalação ou alteração significativa de grandes superfícies comerciais (artigo 6.º): o procedimento de autorização conjunta (artigo 13.º).<sup>342</sup>

Este diploma veio também colocar ênfase nos controlos públicos posteriores ao início das atividades previstas no seu âmbito. Com este intuito, para além de estabelecer um *regime preventivo ou cautelar* (cfr. artigo 142.º) - que permite a suspensão imediata do exercício da atividade e o encerramento provisório (total ou parcialmente) do estabelecimento, sempre que as forças de segurança e a ASAE (sem prejuízo das competências das autoridades de saúde) verifiquem situações que possam pôr em risco a segurança ou a saúde das pessoas de forma grave e iminente – o Decreto-Lei n.º 10/2015, reforçando o quadro de *fiscalização* pela ASAE e pelas câmaras municipais (quando competentes para este controlo) (artigo 146.º), aumentou em muito as coimas aplicáveis na sequência de procedimentos contraordenacionais (artigo 143.º).

Para além destas sanções, este diploma manteve e alargou o quadro de sanções acessórias, que podem levar à perda a favor do Estado de mercadorias e equipamentos

---

<sup>339</sup> É de sublinhar que a alteração significativa das condições de exercício das atividades referidas n.º1 do artigo 4.º ou da titularidade do estabelecimento e, bem assim, o encerramento ou cessação das mesmas está também sujeita a *mera comunicação prévia* (cfr. artigo 4.º, n.ºs 2 e 6).

<sup>340</sup> Os artigos presentes neste parágrafo e os que iremos daqui para a frente estão contidos no Anexo a que se refere o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2015.

<sup>341</sup> O artigo 4.º não apresenta nenhuma definição de *mera comunicação prévia*, tal como era apresentada pelo Decreto-lei n.º 48/2011, no seu artigo 4.º (artigo, aliás, revogado por força da alínea m) do artigo 13.º do Decreto-lei n.º 10/2015, que aprova em anexo o RJACSR). Deste modo, para efeitos do RJACSR, a definição de *mera comunicação prévia* será a contida na alínea b) do n.º2 do artigo 8.º do Decreto-lei n.º 92/2010, diploma cujos princípios e regras são de aplicação subsidiária neste domínio. Cfr. M. M. L. MARQUES *et al.*, *Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração: Comentário ao Decreto-lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro (RJACSR)*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 77 e 78.

<sup>342</sup> Este procedimento tem a particularidade de terminar com uma decisão que é tomada conjuntamente pelo presidente da câmara municipal territorialmente competente, pelo presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR) territorialmente competente e pelo Diretor Geral das Atividades Económicas, e é concedida pela Direção Geral das Atividades Económicas (DGAE) (cfr. artigos 13.º e ss.)

utilizados na prática da infração, à perda dos direitos a subsídios ou outros benefícios, à interdição do exercício da atividade até dois anos, ao encerramento do estabelecimento ou armazém até dois anos e, ainda, à suspensão de “permissões” relacionadas com o exercício da respetiva atividade (cfr. artigo 144.º, n.º 1).

## **7.2. Para instalação e exploração de uma atividade industrial**

### **7.2.1. O “Sistema da Indústria Responsável” (SIR): o regime instituído pelo Decreto-lei n.º 169/2012, de 1 de agosto**

Como vimos, a fórmula da *mera comunicação prévia* foi primeiramente consagrada no ordenamento jurídico português como alternativa ao controlo burocrático apriorístico (autorizativo) no domínio do acesso e exercício das atividades comerciais e de serviços, à luz da iniciativa “Licenciamento Zero” (Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril) e em correspondência direta com os dados normativos afirmados “Diretiva serviços” (Diretiva 2006/123/CE de 12 de dezembro) e replicados com diploma que operou a sua transposição para o plano interno (Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de julho).

Sem embargo, não tardou até à consagração legal desta mesma técnica como expediente de controlo do acesso e exercício de outro tipo de atividade económica privada: a atividade industrial<sup>343</sup>. Tal viria a ocorrer no âmbito do designado “Sistema da Indústria Responsável” (SIR), contido no Decreto-lei n.º 169/2012, de 1 de agosto, que veio, precisamente, instituir o regime geral de instalação e exploração de uma atividade industrial.<sup>344</sup>

No âmbito da atividade administrativa de polícia económica, o controlo das atividades industriais dos particulares sempre assumiu uma particular importância, mais que não seja pelo relevo e sensibilidade dos valores ou interesses que podem ser postos em causa pelo acesso e pelo exercício desta atividade pelos particulares. Este é, portanto, um domínio

---

<sup>343</sup> Deve ressaltar-se que a atividade económica industrial não está contida no âmbito de aplicação da “Diretiva Serviços”, *vid.* Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de maio de 1985, no processo 18/84 (COM vs Rep Francesa), e de 11 de julho de 1985 nos processos apensos 60/84 e 61/84 (processos *Cinéthèque*), cfr. M. M. L. MARQUES *et al.*, *Sistema da Indústria Responsável – Comentário ao novo regime de acesso à atividade industrial (Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de agosto)*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 73.

<sup>344</sup> Cfr. A. CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *Direito...*, cit., p. 255.

bem representativo dos novos desafios que interpelam os poderes públicos, aqui derivados da necessária abordagem do *risco* que decorre daquela atividade privada.

Neste sentido, o SIR procurou conciliar o *direito ao livre exercício da atividade industrial* – corolário do direito de livre iniciativa privada (artigo 61.º da CRP) – com outros *valores ou interesses relevantes* passíveis de serem colocados em causa pelo exercício deste tipo de atividade: a saúde pública, os direitos dos trabalhadores, a segurança de pessoas e bens, a segurança e saúde nos locais de trabalho, a qualidade do ambiente, o correto ordenamento do território, num quadro de desenvolvimento sustentável e responsabilidade social das empresas (cfr. artigo 1.º, n.º2)<sup>345</sup>. Como transparecia do respetivo preâmbulo, a concretização de tal desiderato era informada por princípios de simplificação e transparência, numa tentativa de formação de um “*Licenciamento Zero*” para a indústria.

Adentrando no respetivo regime legal, constata-se que o SIR – no âmbito da disciplina jurídica do exercício da atividade industrial – introduziu a *mera comunicação prévia* em substituição do anterior *registo* (contido nos artigos 40.º a 42.º do Decreto-Lei n.º 209/2008, de 29 de outubro, que fixou o “Regime de Exercício da Actividade Industrial” (REAI)), contribuindo, com isto, para a diminuição do espaço de afirmação do controlo público prévio das atividades industriais. Não obstante, manteve – embora procedendo a algumas alterações – procedimentos tipicamente autorizativos da atividade dos particulares: tendentes à obtenção de uma *autorização “prévia” padronizada ou individualizada* (esta última não existia no âmbito do REAI, que apenas consagrava uma *autorização “prévia”*, nos seus artigos 21.º a 32.º) ou desencadeados por uma “*comunicação prévia com prazo*” (que veio substituir a anterior *declaração prévia*, prevista nos artigos 33.º a 39.º do REAI).<sup>346</sup>

As três formas de controlo que o SIR previa eram desencadeadas em função do tipo de estabelecimento industrial, tendo em conta o grau de risco potencial da atividade desenvolvida para a pessoa humana e para o ambiente, da sua dimensão, da energia consumida e do número de trabalhadores (cfr. artigo 11.º), de acordo com um *princípio de proporcionalidade (na sua complexidade) ao risco da atividade (“risk-based approach”)*.<sup>347</sup>

<sup>345</sup> Cfr. A. CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *Direito...*, cit., pp. 255 e 256.

<sup>346</sup> Sobre o regime procedimental do REAI, *vid.*, por todos, F. U. CALVÃO, «Licenciamento Industrial», *in* *Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*, coord. C. M. CEBOLA *et al.*, Quid Juris?, Lisboa, 2010, pp. 379 a 401.

<sup>347</sup> Sobre este princípio de simplificação, *vid.* M. M. L. MARQUES, «Gracioso e também simples: reflexão sobre o impacto da simplificação e da administração electrónica no procedimento administrativo» ...cit., pp. 754 e ss; OCDE (2010), *Why Is Administrative...*, cit., pp. 28 e ss.

Assim, nos termos dos artigos 11.º e 12.º, a instalação e exploração dos estabelecimentos do *tipo 1* – aqueles em que o potencial de risco era mais evidente – estavam sujeitas a um procedimento de controlo público prévio exigente, que deveria terminar na outorga de uma autorização individualizada (artigos 20.º e ss.) ou padronizada (artigos 26.º e ss.).

De outra banda, para a instalação e exploração dos estabelecimentos do *tipo 2*, o diploma previa que as mesmas deveriam ser precedidas de um *procedimento de “comunicação prévia com prazo”*, que pressupunha uma declaração do promotor, uma sua responsabilização pelo cumprimento das normas vigentes aplicáveis à sua atividade e o pagamento das taxas devidas, só podendo o mesmo dar início a esta atividade caso a Administração não se pronunciasse dentro do prazo legalmente fixado (artigos 30.º e ss.).

Foi para a instalação e exploração dos estabelecimentos do *tipo 3* que o SIR previu que os respetivos interessados apenas deveriam cumprir uma obrigação de *mera comunicação prévia* do início da sua atividade junto da Administração, responsabilizando-se pela observância das normas aplicáveis e pagando as taxas devidas (artigos 33.º e ss.).<sup>348</sup>

Como se infere, a abolição dos controlos públicos prévios do acesso e exercício da atividade industrial verificou-se, precisamente, sobre aquelas que eram concretizadas neste último tipo de estabelecimento industrial, optando-se, também neste campo, por uma opção clara de *responsabilização* do promotor na prossecução dos objetivos que norteavam este regime (artigo 1.º, n.º2), consonante com a imposição do *dever geral de prevenção do risco* decorrente da sua atividade, delineada no artigo 3.º.<sup>349</sup>

O SIR previa, igualmente, um reforço dos controlos administrativos subsequentes à instalação da atividade industrial, a realizar pela respetiva “entidade fiscalizadora”, que poderia ser a ASAE ou a câmara municipal, dependendo da “entidade coordenadora” (cfr. artigo 13.º) em causa (cfr. artigo 71.º).

Na sequência das ações de *fiscalização*, podiam ser aplicadas *medidas cautelares*, quando fosse detetada “uma situação de infração prevista no SIR”, que acarretasse perigo

---

<sup>348</sup> Numa perspetiva crítica, afirmando que os traços desta *mera comunicação prévia* não correspondiam substancialmente ao conceito contido no Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de julho, porque, de facto, o texto legal do artigo 34.º (n.º2) do Decreto-lei n.º 169/2012, de 1 de agosto exigia a realização de *vistorias prévias* em certos casos, *vid* M. M. L. MARQUES *et al.*, *Sistema...*, cit., p. 74.

<sup>349</sup> Numa postura crítica em relação à “desresponsabilização” da Administração e à penalização excessiva do requerente neste âmbito, *vid*. C. A. GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 114 e ss;

grave para a saúde pública, para a segurança das pessoas e bens, para a segurança e saúde nos locais de trabalho ou para o ambiente (artigo 72.º). Tais medidas consistiam na suspensão da atividade, no encerramento preventivo ou na apreensão de equipamento (artigo 72.º). O incumprimento destas medidas (bem como a quebra de selos ou o “reiterado incumprimento das medidas, condições ou orientações impostas para a exploração”), poderiam resultar, mesmo, na interrupção do fornecimento de energia (artigo 73.º).

Por fim, importa referir que o “industrial” estava ainda sujeito a um regime sancionatório (reforçado) (cuja aplicação era competência das entidades previstas no artigo 77.º) que previa a aplicação de *coimas* na sequência de contraordenações (artigos 75.º), que poderiam ser acompanhadas de *sanções acessórias*, como a privação de subsídios, a apreensão de equipamento mediante selagem, a suspensão do título de exploração, ou mesmo o encerramento do estabelecimento e respetivas instalações (artigo 76.º).

### **7.2.2.O “Sistema da Indústria Responsável” (SIR) na versão do Decreto-Lei n.º 73/2015, de 11 de maio**

A configuração originária do “Sistema da Indústria Responsável” (SIR) correspondente ao regime jurídico contido no Decreto-lei n.º 169/2012, de 1 de agosto foi objeto de um quadro amplo de modificações por força da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 73/2015, de 11 de maio, que veio introduzir a primeira alteração sobre aquele diploma.

Embora esta alteração tenha comportado uma miríade assinalável de modificações sobre o articulado originário, importa, sobretudo, destacar aquelas que mais diretamente incidiram sobre a consagração legal originária da figura da *mera comunicação prévia*.

Destarte, da análise do SIR republicado e aprovado em anexo ao Decreto-lei n.º 169/2012 ressalta a modificação operada ao nível daquilo que o diploma designa como “Regimes procedimentais para instalação e exploração de estabelecimento industrial” (artigo 12.º), i.é., dos procedimentos ou das formas de controlo do acesso e exercício da atividade industrial, que variava, como vimos no ponto anterior, em função do tipo de estabelecimento industrial em causa. Esta metodologia mantém-se, contudo agora o diploma refere a necessidade de desencadear um *procedimento com vistoria prévia* (que corresponde ao *procedimento de autorização individualizada*) para os estabelecimentos do tipo 1 (artigos 20.º e ss.), de um *procedimento sem vistoria prévia* para os estabelecimentos do tipo 2

(artigos 30.º e ss.), permanecendo a exigência de *mera comunicação prévia* (que o diploma insiste em designar “procedimento de mera comunicação prévia”) relativamente aos estabelecimentos do tipo 3 (artigos 33.º e ss.).

Embora não tendo produzido uma alteração profunda sobre o regime da *mera comunicação prévia*, importa notar que esta nova versão introduziu uma possibilidade que não pode passar despercebida: estatui agora a segunda parte do n.º1 do artigo 33.º que “o interessado poder optar pela sujeição ao procedimento aplicável aos estabelecimentos de tipo 2, com vista à obtenção, de forma integrada, dos títulos necessários à exploração do estabelecimento industrial”. Parece-nos que com esta solução quis o legislador prever uma “válvula de escape” que pode aproveitar ao interessado na obtenção de um maior grau de segurança como aquele que é disponibilizado pelo regime procedimental para acesso aos estabelecimentos industriais do tipo 2.

### **7.3. Para realização de operações urbanísticas**

Mais recentemente, a *mera comunicação prévia* foi também instituída no âmbito do Direito do Urbanismo, como fórmula de controlo de determinadas operações urbanísticas privadas, pelo Decreto-lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, que foi responsável pela última alteração sobre o Decreto-lei n.º 555/99, de 16 de dezembro (que estabeleceu o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE)).

Assim, o texto do n.º2 do artigo 34.º da última versão do Decreto-lei n.º 555/99 aponta agora – de forma inovatória neste domínio – para uma definição de *mera comunicação prévia*: “A comunicação prévia consiste numa declaração que, desde que corretamente instruída, *permite ao interessado proceder imediatamente à realização de determinadas operações urbanísticas* após o pagamento das taxas devidas, dispensando a prática de quaisquer atos permissivos” (itálico nosso). Contudo, embora substancialmente esta definição corresponde à *mera comunicação prévia* (cfr. ponto 6.2.), a verdade é que o legislador incorreu numa lamentável confusão sobre o *nomen iuris* desta figura ao manter a referência a “procedimento de mera comunicação prévia”, no respetivo preâmbulo, ou a “comunicação prévia com prazo”, no n.º1 do artigo 4.º, ou, ainda, por não proceder à especificação nas múltiplas referências à “comunicação prévia” (v.g., artigo 4.º, n.º4; artigo 34.º e 35.º).

Torna-se evidente que a previsão desta fórmula pelo RJUE significa a afirmação de um novo arquétipo de controlo das atividades urbanísticas dos particulares, que não é prévio e preventivo, mas agora posterior e sucessivo ao início da execução da concreta operação urbanística.

Desta forma, contrariamente ao que faz crer o legislador da nova versão do Decreto-lei n.º 555/99 ao inserir a “comunicação prévia” no capítulo II (referente aos procedimentos administrativos de controlo prévio), a *mera comunicação prévia* consiste numa verdadeira hipótese de *isenção de controlo prévio* ao início da execução das operações urbanísticas que cabem no seu âmbito (cfr. artigo 4.º, n.º4).<sup>350 351</sup>

Portanto, tal fórmula é radicalmente distinta dos *procedimentos de licenciamento* (tipicamente autorizativos), no âmbito dos quais o particular interessado na realização de uma dada operação urbanística projetada deve requerer à Administração (municipal) que se pronuncie acerca da conformidade legal e regulamentar desta, tendo para o efeito de aguardar até que surja uma decisão (de deferimento ou de indeferimento) por parte da autoridade administrativa que apreciou o seu pedido (artigos 18.º e ss.).

Difere também da *autorização de utilização de edifícios ou suas frações*, que põe termo a um procedimento administrativo no qual o interessado tem, mais uma vez, de aguardar pela apreciação e pela decisão da Administração, só podendo utilizar o edifício depois do proferimento desta (ou quando ocorra uma situação de deferimento tácito, pelo incumprimento do respetivo dever de decidir pela Administração) (artigos 62.º e ss.).

É igualmente oposta ao regime da “comunicação prévia” prevista na versão anterior do RJUE (introduzida pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro) – bastante próxima da “comunicação prévia com prazo” que vimos *supra*, no ponto 6.2 -, na sequência do qual o particular teria que aguardar o decurso de um prazo, no qual a Administração apreciava a pretensão, só estando adstrita ao cumprimento de um dever de decidir expressamente

---

<sup>350</sup> Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 2ª edição, CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, 2015, p. 255. Em rigor, é de sublinhar que esta “isenção” de controlo incide apenas sobre o controlo administrativo prévio da atividade urbanística, que não sobre a totalidade do controlo público, como sucede, verdadeiramente, com os casos de “isenção de controlo prévio” (cfr. artigos 6.º e 6.-A).

<sup>351</sup> Embora não desencadeando nenhum procedimento administrativo, a apresentação de mera comunicação prévia deve cumprir alguns requisitos formais: deve ser apresentada através da plataforma eletrónica (artigo 35.º, n.º1) e instruída nos termos do n.º4 do mesmo artigo e da Portaria 113/2015, de 22 de abril; deve ser exposta a um saneamento administrativo mínimo (artigo 35.º, n.7); pressupõe o pagamento de taxas (artigo 34.º, n.º3); aquando da comunicação de loteamentos ou operações equiparadas, deve ser prestada caução e celebrado instrumento notarial (artigo 44.º, n.º 3). Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito...*, cit., pp. 262 e 263.

(*rejeitando* ou *vetando*), quando, na sequência daquela apreciação, detetasse a desconformidade legal ou regulamentar da pretensão comunicada. Na ausência de rejeição, a lei ficcionava uma *admissão* da comunicação prévia, permitindo a início da operação urbanística pretendida pelo autor da comunicação.<sup>352</sup>

Com efeito, como já sabemos e aqui se reafirma, a apresentação da *mera comunicação prévia* permite ao interessado dar início, *imediatamente*, à pretensão urbanística projetada, sem esperar pelo transcurso de qualquer lapso temporal para a apreciação e pronúncia da Administração, como sucede no âmbito dos procedimentos urbanísticos de controlo prévio.

Assiste-se, por isto, – agora no sector urbanístico – à abolição de importantes espaços que tradicionalmente eram colocados sob a autoridade e o controlo prévio da Administração municipal, com uma opção evidente por novos paradigmas de controlo sucessivo das atividades urbanísticas privadas. Todavia, como alerta F. P. OLIVEIRA, será incorreto afirmar a ocorrência de um qualquer fenómeno de “liberalização das operações urbanísticas”, no sentido de a Administração não ser mais competente para *apreciar* a conformidade da pretensão comunicada com as normas aplicáveis, ou se a mesma não foi precedida das consultas obrigatórias ou se está em desconformidade com pronúncias vinculativas.<sup>353</sup>

Em verdade, como defende ainda F. P. OLIVEIRA, tal *dever de apreciação* por parte da Administração permanece, sendo agora acrescido<sup>354</sup>. Neste sentido, a Administração deve agora *reagir* (que não *rejeitar*), no sentido de *obstar* ou *impedir* a execução de uma

---

<sup>352</sup> Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito...*, cit., p. 256. Sobre esta “comunicação prévia” na versão anterior, *vid.* entre outros, D. LOPES, «A comunicação prévia e os novos paradigmas de controlo administrativo da actividade privada», *Direito Regional e Local* 14 (2011), pp. 7 a 22 (pp. 9 e ss.); F. P. OLIVEIRA, «Algumas questões de relevo no âmbito do regime jurídico da urbanização e edificação», in *Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*, coord. C. M. CEBOLA *et al.*, Quid Juris?, Lisboa, 2010, pp. 147 a 183 (pp. 148 e ss.); «As mais recentes alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação», *Direito Regional e Local* 10 (2010), pp. 3 a 14 (p. 12); «As dúvidas e as dificuldades da comunicação prévia de operações urbanísticas», *Direito Regional e Local* 14 (2011), pp. 26 a 38; *Direito do Urbanismo (Perguntas de Bolso, Respostas de Algabeira)*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 45 a 51; M. MENDONÇA DE CARVALHO, «Regime da edificação e urbanização – A comunicação prévia», *Direito Regional e Local* 14 (2011), pp. 22 a 25; C. J. BATALHÃO, «A comunicação prévia: do modelo teórico à experiência autárquica» ..., cit., pp. 65 e ss; P. GONÇALVES, «Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007», *Direito Regional e Local* 1 (2008), pp. 14 a 24 (pp. 16 e ss.); «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas» ...cit., pp. 84 e ss; F. P. OLIVEIRA *et al.*, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 339 e ss.; F. A. CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, 3º volume, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 159 e ss.

<sup>353</sup> Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito...*, cit., p. 257.

<sup>354</sup> Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito...*, cit., p. 257. A Autora refere que existe aqui um dever de apreciação acrescido “sob pena de responsabilidade por omissão, uma *culpa in vigilando*” (p. 257).



operação urbanística desconforme com as exigências normativas aplicáveis. Simplesmente, tal reação deve ser o resultado de uma apreciação *informal* (porque não tem nenhuma fase procedimental dedicada para o efeito) – por força dos princípios da cooperação e da boa-fé procedimental (artigo 60.º do CPA) - a efetuar imediatamente após a apresentação da *mera comunicação* prévia pelo interessado.<sup>355 356</sup>

No âmbito deste *controlo sucessivo* (que é bem diferente da “fiscalização sucessiva” referida pelo n.º8 do artigo 35.º), deve a Administração municipal informar antecipadamente o interessado da existência de qualquer desconformidade relativamente à sua pretensão e, caso este não proceda à sua correção, deve desencadear a aplicação das medidas de reposição da legalidade adequadas a impedir a sua execução, como, *v.g.*, o embargo de obra (artigos 102.º-B e ss.).<sup>357 358</sup>

Finalmente, é ainda de referir que a diminuição da intensidade (ou a supressão) do controlo público prévio que a consagração da *mera comunicação prévia* acarretou pressupôs uma responsabilização acrescida dos intervenientes nas operações urbanísticas<sup>359</sup>. Por isso, faz sentido afirmar a existência de um modelo assente, agora, no “controlo partilhado entre a Administração e os interessados”, na medida em que estes últimos realizam já uma forma

---

<sup>355</sup> Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito...*, cit., p. 258.

<sup>356</sup> Se a Administração não *reage*, presume o interessado que a sua obra está em conformidade com as disposições urbanísticas aplicáveis. Isto leva F. P. OLIVEIRA a defender que “se essa reação surgir tardiamente, num momento em que a obra já se encontra concluída, e daí decorrerem prejuízos para o interessado (...), haverá responsabilidade do município e até solidariamente dos membros da câmara municipal, nos termos do artigo 70.º”, cfr. *Direito...*, cit., p. 260.

<sup>357</sup> Entende F. P. OLIVEIRA que a “fiscalização sucessiva” referida no artigo 35.º, n.º 8 não corresponde à tradicional fiscalização municipal prevista nos artigos 93.º e ss., correspondendo, antes, a um *controlo sucessivo*, *vid. Direito...*, cit., pp. 258 e 259. Contudo, podemos sempre identificar este *controlo sucessivo* com uma tarefa administrativa de *fiscalização em sentido amplo*, como aquela que é afirmada pelo n.º3 do artigo 134.º do CPA (na versão resultante do Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro) (que estabelece o regime das comunicações prévias).

<sup>358</sup> Sobre a possibilidade de aposição de uma condição suspensiva ao ato administrativo (vinculado) que determine o embargo, por forma a contornar a exigência do pressuposto de “obra em curso” para aplicação desta medida, *vid. F. P. OLIVEIRA, Direito...*, cit., p. 259.

<sup>359</sup> Em sede de responsabilidade civil (artigo 100.º-A) e criminal (artigo 100.º). Nos casos de renúncia ao controlo público prévio da atuação urbanística dos particulares ocorre uma assunção clara do risco pelo “dono da obra”, que é quem beneficia da aceleração resultante daquela renúncia. Por isto, S. TAVARES DA SILVA (cfr. «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 61) afirmava que alguma doutrina apontava para importância de o “dono da obra” poder optar entre “o procedimento tradicional precedido de licença e o novo, isento desta”, visto o tradicional procedimento de licenciamento garantir um maior grau de segurança para o promotor. Ora, a versão mais recente do DL n.º 555/99 prevê já esta possibilidade no n.º6 do artigo 4.º, quando estabelece que “nas operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia pode o interessado, no requerimento inicial, optar pelo regime de licenciamento”.

da autocontrolo e a Administração assume, claramente, uma incumbência de regulação e supervisão (de “vigilância”) das atuações privadas no domínio urbanístico.<sup>360</sup>

## **8. A mera comunicação prévia como via de dissolução do momento autoritário: uma fórmula mais simples ou *simplista*?**

Como vimos referindo, a opção pela consagração da técnica de *mera comunicação prévia* no âmbito do ordenamento jurídico-administrativo português surge – qualquer que seja o desenho concreto que a figura assuma ao nível dos diferentes regimes legais, analisados por nós no ponto precedente – como alternativa (*mais simples*) à decisão administrativa autorizativa, implicando, assim, a privatização da responsabilidade pública envolvida na tarefa autorizativa ou, por outras palavras, pressupondo uma verdadeira *privatização material do procedimento administrativo autorizativo*.

Tendo isto em mente, deve agora ressaltar-se que, não obstante os vários pontos positivos que à sua introdução estão associados – nomeadamente em termos de *simplificação administrativa, desburocratização e eficiência* -, a *mera comunicação prévia* é uma fórmula que apresenta certos *limites*, que não podem deixar de ser encarados como *pontos negativos*. Com efeito, serve este ponto para investigar a limitação *formal e material* desta técnica, com uma menção especial (embora sempre aberta) ao *problema da proteção de terceiros*.

Destarte, *primo*, importa atentar na limitação *formal* ou *procedimental* desta técnica. Tal limitação decorre do facto de esta fórmula excluir (totalmente) qualquer tramitação procedimental: o interessado pode iniciar a sua atividade *imediatamente* após o cumprimento da obrigação de apresentação de *mera comunicação prévia* junto da Administração. Deste modo, tal conceção desconsidera que as atividades comunicadas – mesmo pressupondo o seu reduzido grau potencial de *risco* - podem colocar em causa as posições jurídicas subjetivas de terceiros. Precisamente por isto, mais do que considerar o procedimento autorizativo e as suas formalidades e condicionantes como obstáculos ou entraves ao acesso e ao exercício de uma atividade económica ou à realização de uma operação urbanística, é preciso ter em conta que, tradicionalmente, é no âmbito deste

---

<sup>360</sup> Cfr. F. P. OLIVEIRA, *Direito...*, cit., pp. 202 e 203.

procedimento que são conhecidos e ponderados os interesses e os direitos de terceiros potencialmente afetados pela outorga da autorização administrativa.<sup>361</sup>

*Secundo*, esta “desprocedimentalização” (como abolição do procedimento administrativo, no sentido do artigo 1.º, n.º1 do CPA) ocorre porque não existe nenhum tipo de ato administrativo a ser praticado, ou seja, não existe um qualquer modo de exteriorização da vontade da Administração Pública no contexto dos regimes de *mera comunicação prévia*. Esta dispensa da prática de qualquer ato decisório por parte da Administração operada por esta fórmula, acaba por apontar a sua limitação *material* ou *substantiva*.<sup>362</sup>

A ausência de uma declaração de vontade pela Administração significa um decréscimo de segurança para o interessado comunicante e, simultaneamente, conduz a uma mais efetiva responsabilização deste. Nestes termos, não pode, agora, o particular contar com a certeza de uma decisão autorizativa que ateste (e oficialize) a conformidade legal da sua pretensão, devendo assumir, *per se*, esta mesma tarefa (agora privada).

Mas a segurança fornecida pela existência de uma autorização administrativa não aproveita apenas ao interessado, valendo também para defesa de outros particulares (terceiros), que podem atacar esta decisão por via da *impugnação*, quando a mesma se revele lesiva dos seus direitos e interesses. Isto adquire um relevo acrescido, se considerarmos que a grande parte destes *terceiros* são “vizinhos” (v.g., vizinhos urbanísticos), inseridos no âmbito de verdadeiras “relações de vizinhança”. Relativamente a estas, a autorização desempenha uma função especial de conformação e ordenação, se for tido em conta que as mesmas podem ser representadas como relações jurídicas *poligonais* ou *multipolares*, i.é., como relações que juntam dois ou mais interesses, frequentemente contraditórios<sup>363</sup>. Portanto, a substituição do ato autorizativo pela *mera comunicação prévia* neste domínio só pode acarretar um decréscimo na certeza e na proteção dos interesses de terceiros, que surgem no contexto destas relações de “vizinhança”.<sup>364</sup>

---

<sup>361</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 389.

<sup>362</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 389 e 390.

<sup>363</sup> Como se sabe, estas relações afastam-se do tradicional “esquema referencial binário” (relações *simples* ou *bipolares*), cfr. J. J. G. CANOTILHO, «Relações Jurídicas Poligonais: Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente* 1 (1994), pp. 55 a 66 (p. 56); Sobre o relevo processual das relações *multipolares* ou *poligonais*, vid. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 59.

<sup>364</sup> Nesta linha – embora numa referência especial aos “vizinhos urbanísticos”, mas que julgamos extensível à atuação económica dos particulares - cfr. S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., pp. 64 e 65.

Com efeito, a possibilidade da ocorrência de conflitualidade no âmbito das relações horizontais entre particulares (interessado e terceiro) – após a “desintervenção” administrativa nestes domínios – é particularmente relevante. Simplesmente, como já vimos, os terceiros não têm agora uma decisão oficial da Administração que possam atacar. Assim sendo, a necessidade de garantir a tutela das posições jurídicas subjetivas de terceiros afetados pela atividade comunicada tem merecido uma atenção especial por parte da doutrina administrativista (sobretudo estrangeira).<sup>365</sup>

Perante a inexistência de um ato administrativo impugnável, pergunta-se contra o quê ou de que modo podem os “vizinhos” afetados reagir<sup>366</sup>. Em face deste problema, os autores têm adiantado três propostas de solução.

A primeira proposta é a que parece ser mais unânime: as relações de “vizinhança” aqui em causa devem ser remetidas para o âmbito do Direito Privado, procurando nas regras privadas e nos tribunais comuns a tutela dos direitos e interesses relevantes no âmbito daquelas relações. Ora, tal significa uma privatização desta tutela, podendo isto resultar no decréscimo da mesma.<sup>367</sup>

Uma segunda proposta aponta para a necessidade de reconhecer uma natureza jurídico-administrativa e uma relevância pública a este tipo de relações, colocando as mesmas na órbita do Direito Administrativo e no âmbito de jurisdição administrativa (como “jurisdição do interesse geral”). Argumentam os seu proponentes que será normal que o promotor responda da mesma forma que a Administração autorizante, visto ser ele que assume, agora, a responsabilidade pelo controlo da sua atividade. Portanto, tal conceção admite que, mesmo em face do recuo evidente da intervenção da Administração neste tipo de relações, estas continuem a estar integradas no âmbito do Direito Administrativo (ou de uma “versão sintética e adaptada do mesmo”).<sup>368</sup>

---

<sup>365</sup> A propósito da possibilidade certas posições jurídicas subjetivas de terceiros poderem ser afetadas pela realização de uma operação urbanística desconforme com a legalidade urbanística, questiona F. P. OLIVEIRA, se “será suficiente a previsão do n.º4 do artigo 34.º, do n.º8 do artigo 35.º e os poderes de fiscalização e de adoção de medidas de tutela de legalidade urbanística”, cfr. *Direito...*, cit., p. 264.

<sup>366</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 65.

<sup>367</sup> Cfr. S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 65 [esta Autora pergunta mesmo se a redução desta tutela será “o preço a pagar pela aceleração”]; J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., p. 390; M. RODRÍGUEZ FONT, «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», *Anuario del Gobierno Local* (2009), pp. 261 a 300 (p. 299).

<sup>368</sup> É esta a posição – pelo menos *de lege ferenda* – de J. ESTEVE PARDO, cfr. *Lecciones...*, cit., p. 390. *Vid.* sobre esta posição, S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 65; M. RODRÍGUEZ FONT, «Declaración responsable y comunicación

Uma terceira proposta defende a possibilidade de o terceiro continuar a reagir contra a Administração, atacando um ato administrativo *ficcionado* ou até mesmo *forçado*. Esta posição não pressupõe nenhuma alteração ao esquema clássico de responsabilidade pelo procedimento da Administração, admitindo, numa *primeira versão*, – alicerçando-se no princípio da confiança entre os terceiros e a Administração – a ficção de uma autorização (ato administrativo impugnável), ou, numa *segunda versão*, defendendo a provocação pelo terceiro de uma decisão administrativa (expressa ou presumida), suscetível de ser apreciada em sede de justiça administrativa.<sup>369 370</sup>

Embora esta última proposta se revele especialmente aliciante (até pelo elevado grau de proteção que proporciona à posição jurídica subjetiva do terceiro), temos que reconhecer que a mesma veicula uma certa “saudade” pelo ato administrativo autorizativo, instituto tão arreigado nos esquemas dogmáticos tradicionais típicos dos sistemas de administração executiva. Contudo, torna-se claro que esta tentativa de “repescar” a autorização administrativa é contrária à filosofia que presidiu à aprovação da “Diretiva Serviços” e que se repercutiu no plano interno com a consagração legal da *mera comunicação prévia*, associada à supressão ou “marginalização” da figura autorizativa.

Cumprindo a *ratio* desta proposta, julgamos que, como resulta da análise dos dados legais – à luz das alterações produzidas pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro sobre o a Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro (CPTA) –, é defensável que o *terceiro* afetado possa intentar uma *ação administrativa*, demandando para o efeito o *comunicante*, já que o CPTA admite agora que uma ação administrativa possa ter como destinatários *particulares* (cfr. n.º 9 do artigo 10.º do CPTA onde se prevê que estes possam ser demandados no âmbito de relações jurídico-administrativas que os envolvam com entidades públicas ou com outros particulares), prevendo-se na alínea h) do n.º 1 do artigo 37.º do CPTA que tal ação possa

---

previa: su operatividad en el ámbito local» ..., cit., pp. 299 e 300 [como destaca esta Autora, esta parece ser a proposta seguida pelo legislador italiano].

<sup>369</sup> Defendendo a primeira versão, S. TAVARES DA SILVA, «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo» ..., cit., p. 65; Em defesa da segunda versão, *vid.* M. RODRÍGUEZ FONT, «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local» ..., cit., pp. 299.

<sup>370</sup> Relativamente a esta problemática, concedia o artigo 83.º do Decreto-lei n.º 169/2012 (SIR) o direito de reclamação a *terceiros* relativamente às condições de funcionamento de qualquer estabelecimento industrial. A versão introduzida pelo Decreto-lei n.º 73/2015 manteve esta “reclamação” (artigo 83.º) e prevê, agora, a possibilidade de reação contenciosa contra “títulos digitais, bem como cada um dos atos, incluindo licenças, autorizações, aprovações, pareceres, registos ou outros atos permissivos” (artigo 84.º), que são assim considerados atos com eficácia externa, para os efeitos do artigo 51.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). Como indica agora o n.º1 do artigo 6.º-A, o título digital é sempre emitido pelo “Balcão do Empreendedor” aquando da submissão da *mera comunicação prévia*.

ser destinada à condenação à adoção ou abstenção de comportamentos por particulares. O n.º 3 do mesmo normativo refere a possibilidade de particulares que “violem vínculos jurídico-administrativos decorrentes de normas, atos administrativos ou contratos” ou ameacem violá-los, serem condenados pelos tribunais a adotarem ou absterem-se de adotar certo comportamento, “por forma a assegurar o cumprimento dos vínculos em causa”, ainda que exigindo que primeiro se solicite a intervenção da Administração.<sup>371</sup>

Enfim, atenta a limitação (material e formal) imputada aos regimes de *mera comunicação prévia* e a sua relação com o problema sensível da proteção de terceiros afetados, nas suas posições jurídicas, pela atividade comunicada, constata-se até que ponto pode esta fórmula revelar-se simplista na consideração (ou na desconsideração) da utilidade dos institutos tradicionais do Direito Administrativo, como é o caso do procedimento administrativo e do ato administrativo, como espaço idóneo para a afirmação e para o tratamento de todos os interesses concretamente relevantes.

## **Conclusão: O “crepúsculo” do ato autorizativo?**

A “iniciação” do jurista contemporâneo no Direito Administrativo e na sua Ciência ainda deve o seu êxito à apreensão e reflexão sobre os grandes quadros dogmáticos típicos deste ramo do Direito Público.

Uma das soluções tradicionais que este Direito oferece e cujo estudo ainda se impõe, consiste na conceção do ato administrativo autorizativo, como instrumento autoritário de controlo prévio da atividade privada.

Sem embargo, fala-se hoje em “crise” do Direito Administrativo, uma “crise” que é também um “crise” da estadualidade e da própria Administração Pública. É precisamente este fenómeno que vem agora questionar a estabilidade dogmática de certos institutos tradicionais do Direito Administrativo – como é o caso da autorização administrativa -,

---

<sup>371</sup> Acrescente-se que o terceiro pode ainda solicitar a adoção das *providências cautelares* adequadas para assegurar a utilidade da sentença a proferir (cfr. artigo 112.º, n.º 1 do CPTA). Menção especial merece o decretamento de embargo de obra nova, agora expressamente previsto na alínea g) do n.º 2 do artigo 112.º do CPTA, que pode ser solicitado por terceiro afetado, na sua posição jurídica, pela execução de operação urbanística sujeita, nos termos do RJUE, a *mera comunicação prévia*.

estabilidade que conformava ou “sossegava” a *forma mentis* do jurista interessado neste Direito.

1. Falar em “crise” do Direito Administrativo significa falar na miríade de inovações e transformações que confluem atualmente sobre este.

Destarte, um dos vetores essenciais de transformação deriva do fenómeno de privatização, fenómeno que foi potenciado pelas várias políticas de privatização da Administração Pública, levadas a cabo, sobretudo, desde a década de oitenta do século transato, tendo sido, assim, responsável por um impacto decisivo sobre o papel da Administração e do seu Direito.

Como alertam os autores, este fenómeno tem contribuído para a reconfiguração do binómio Estado-sociedade (uma sociedade já em si reforçada), o que permite falar, hoje, numa situação de concurso dos particulares na prossecução do interesse público. Uma prossecução que se julgava própria ou exclusiva do exercício de funções e tarefas públicas pela Administração.

A privatização de responsabilidades públicas desaguou na afirmação de uma nova *responsabilidade pública de garantia*. O principal instrumento concretizador desta nova missão administrativa consiste na *atividade de regulação*. Por isto mesmo, faz sentido afirmar que o *Estado garantidor* é hoje, cada vez mais, também, um *Estado regulador*, vinculado a uma nova *responsabilidade pública de regulação*.

Nesta linha, impõe-se uma abordagem do novo papel que o Estado desempenha na economia, com uma referência, igualmente, ao contexto de transformação que marca a regulação administrativa de polícia, que é hoje, em grande medida, uma regulação do risco.

Como sublinha a doutrina, começam a surgir novas fórmulas que comungam da finalidade reconhecida à atividade de polícia – campo de afirmação da autorização administrativa -, mas que divergem desta atividade nos meios ou instrumentos que convocam. Fala-se, agora, de uma atividade “neopolicial”, que alguns denominam de *neorregulação*.<sup>372</sup>

---

<sup>372</sup> A expressão “neopolicial” é usada para caracterizar esta atividade por E. MOREU CARBONELL, cfr «La Administración «Neopolicial». Autorización Administrativa y Sistemas Alternativos: Comunicación Previa y Declaración Responsable», in *El Impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2010, pp. 249 a 295 (pp. 267 e ss.).

Tais fórmulas assentam em esquemas de autorregulação privada publicamente regulada, que têm sido efetivadas pelo Estado regulador, por via do reforço ou ativação do “potencial endógeno” da sociedade, objetivos muitas vezes levados a cabo pela “imposição legal de deveres” de controlo sobre os particulares interessados (sobre uma sociedade, já o dissemos, que partilha com a Administração a prossecução de relevantes interesses públicos).

Esta autorregulação privada carece de uma abordagem regulatória por parte dos poderes públicos, que acabam por “instrumentalizar”, assim, os mecanismos que a consubstanciam (como aqueles que assentam na *mera comunicação prévia*), no cumprimento de certas missões, como as que eram tradicionalmente colocadas no âmbito da polícia administrativa. Adquire aqui pleno significado a expressão de G. ARENA: “as relações entre Administração e cidadãos podem basear-se não só na contraposição, mas também na colaboração, isto é, na aliança contra um adversário comum representado pela complexidade das sociedades modernas”.<sup>373</sup>

Porém, a opção pelos instrumentos de autorregulação privada deve muito a um outro fator de transformação da Administração Pública e do Direito Administrativo, a simplificação administrativa (procedimental).

As estratégias que pretendem alcançar esta simplificação, almejam, entre outros desígnios, granjear um quadro de eficiência para a Administração - na sua organização e atuação -, que tem colocado importantes interpelações ao Direito Administrativo. Nunca perdendo de vista que a simplificação administrativa tem uma especial relação com as políticas de desregulação, acrescentamos que eficiência implica um novo modelo de Administração, que seja capaz de conseguir níveis mais elevados de competitividade económica e que, ainda que de forma indireta, contribua para um grau maior de eficiência (e de investimento) por parte dos agentes privados.

Um dos instrumentos ou ferramentas que podem estar ao serviço das estratégias de simplificação administrativa são as TIC. A progressiva introdução de mecanismos eletrónicos no âmbito da Administração tem sido o escopo das várias políticas de *E-Government* ou *E-Administration*. A *informatização* que é pressuposta por estas tem

---

<sup>373</sup> Cfr. G. ARENA, «E- Government y Nuevos Modelos de Administración», *Revista de Administración Pública* 163 (2004), pp. 413 a 430 (p. 415). Referindo-se principalmente ao caso italiano, este Autor defende a existência de um novo modelo de Administração, a “*amministrazione condivisa*”, a incluir o modelo de “*coadministração*” e de “*administração da subsidiariedade*” e a ultrapassar o “*modelo bipolar*” (tradicional), cfr. «E- Government y Nuevos Modelos de Administración»..., cit., pp. 415 e ss.



comportado inúmeras vantagens, mas tem também suscitado problemas de ordem não apenas técnica, mas também jurídica. São estes últimos que mais têm convocado uma resposta efetiva por parte do Direito Administrativo.

2. Esta “radiografia” da situação contemporânea do Direito Administrativo – necessariamente limitada pelo escopo da nossa reflexão (será, deste modo, uma análise sempre “interessada”) – traduz já, em grande medida, o questionamento acerca do papel da autoridade administrativa, mormente na sua face autorizativa.

Todavia, importa ter em consideração que este processo conheceu novos e importantes desenvolvimentos com a “Diretiva Serviços” (Diretiva 2006/123/CE), que contribuiu, em definitivo, para a europeização dos Direitos autorizativos nacionais, pela afirmação de um *princípio ou regra geral de supressão ou abolição de toda a intervenção administrativa prévia ao início de certas atividades privadas*, em preferência por novos esquemas de intervenção administrativa *sucessiva* ou *posterior* àquele início.

O legislador português, em concretização do Direito europeu, optou pela consagração de dois tipos de comunicação prévia: a comunicação prévia com prazo e a *mera comunicação prévia* (Decreto-lei n.º 92/2010, cfr. artigo 8.º). Esta última viria também a ser introduzida como fórmula *alternativa* ou *complementar* da autorização administrativa primeiramente no âmbito económico (Decreto-lei n.º 48/2011; Decreto-lei n.º 169/2012), mas depois também no âmbito urbanístico (Decreto-lei n.º 555/99, alterado pelo Decreto-lei n.º 136/2014).

Importa reter que esta nova técnica de controlo da atividade dos particulares significa – de uma forma verdadeiramente inovatória entre nós - uma certa “marginalização” ou subalternização da autorização administrativa, na medida em que pressupõe a substituição dos tradicionais esquemas de *controlo público prévio*, não só por expedientes de *controlo privado prévio* – como sucede, precisamente, no caso da *mera comunicação prévia* -, exigindo também o reforço ou a instituição de novas modalidades de *controlo público sucessivo*.

Contudo, se a *mera comunicação prévia* é um produto da simplificação administrativa, a mesma consegue revelar-se também, em última análise, como simplista, seja por força das suas limitações formais e materiais, seja pela insuficiente salvaguarda das posições jurídicas subjetivas de terceiros.

3. Como se infere, a *mera comunicação prévia* foi objeto, entre nós, de uma consagração legal sobretudo sectorial. Ainda assim, a opção pela mesma traduz um rasgo inovatório que vem confrontar a figura dogmática do ato autorizativo, implicando uma certa reconstrução do exercício da autoridade administrativa, exercida, deste modo, cada vez mais pela via de um *controlo posterior* ou *sucessivo* da atividade dos particulares.

Isto significa que a introdução desta fórmula não implica qualquer dissolução *absoluta* do momento autoritário no controlo público prévio daquelas atuações: esta introdução não é um “*requiem*” ou até mesmo o “canto do cisne” da decisão autorizativa. Em termos gerais, o ato autorizativo sobrevive a esta inovação. Importará, contudo, criar as necessárias “condições de convivência” entre estas duas técnicas.

Ademais, a própria “Diretiva Serviços” e o Decreto-lei que procedeu à sua transposição para o ordenamento jurídico interno (Decreto-lei n.º 92/2010) admitem, como tivemos a oportunidade de constatar, - o que indica a sobrevivência de uma figura muito arraigada na cultura jurídica administrativa continental – a manutenção e até a criação de regimes autorizativos com base numa “razão imperiosa de interesse geral” ou “de interesse público” (na terminologia do Decreto-lei n.º 92/2010), o que – atentos os tipos de conceitos apresentados nas listas legais não taxativas do n.º8 do artigo 4º da Diretiva 2006/123/CE e do n.º1 do artigo 30.º do Decreto-lei n.º 92/2010 – pode justificar uma margem apreciável de estabelecimento destes regimes. Como *condição de estabilidade* da autorização administrativa, esta possibilidade tem mesmo contribuído para a afirmação desta técnica como sendo a *regra*, em relação à *mera comunicação prévia*.<sup>374</sup>

Em suma, se a consagração desta técnica tem sido uma novidade cujo verdadeiro sentido ainda está por apurar, pode adiantar-se que tal não concorre (na estado atual de desenvolvimento desta técnica), como decorre do exposto, para a afirmação de um “*novo Direito Administrativo*” ou para a “*morte*” deste *Direito*. Contribui, apenas, como julgamos, para o surgimento de um *Direito Administrativo* necessariamente *transformado*.

Será que com a introdução desta fórmula os princípios jurídicos basilares do *Direito Administrativo* (v.g., princípio da legalidade) cedem passo perante um “*princípio do mercado*”? Qual será a evolução da sua previsão legal entre nós? Será uma opção suscetível de ser absorvida pelo *Direito Administrativo* geral (como parece apontar a consagração legal

---

<sup>374</sup> Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Lecciones...*, cit., pp. 391 e 392.

de um preceito como o artigo 134.º do CPA)? Estas são algumas interrogações colocadas pelo surgimento da *mera comunicação prévia* no Direito português. Com as mesmas se demonstra que a nossa reflexão está condenada à incompletude por força dos desenvolvimentos vindouros, sendo tarefa impossível descrever, com esta dissertação, a “história do futuro” da *mera comunicação prévia*.

## Bibliografia

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas, Madrid, 2004.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, «Introducción a los Problemas Jurídicos de la Normalización Industrial: Normalización Industrial y Sistema de Fuentes», *Revista de Administración Pública* 147 (1998).
- ALVES, Luís, *O Regime Jurídico do “Licenciamento Zero”*, Almedina, Coimbra, 2012.
- AMAN, Alfred. C., «Administrative Law for a New Century», in *Province of Administrative Law*, ed. M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *O Direito Administrativo sem Estado – Crise ou Fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- AUBY, Jean-Bernard, «La bataille de San Romano Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», (2012) (disponível *on-line* em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/09/Auby-3.pdf>>).
- ARENA, Gregorio, «E- Government y Nuevos Modelos de Administración», *Revista de Administración Pública* 163 (2004).
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- BADGER, Mark, *et al.*, *The Connected Republic: Changing the Way We Govern*, CISCO, EUA (2004) (disponível *on-line* em: <[http://www.cisco.com/c/dam/global/en\\_ca/assets/pdf/Cisco\\_The\\_Connected\\_Republic.pdf](http://www.cisco.com/c/dam/global/en_ca/assets/pdf/Cisco_The_Connected_Republic.pdf)>).
- BALDWIN, Robert, *et al.*, «Introduction: Regulation—the Field and the Developing Agenda», in *The Oxford Handbook of Regulation*, ed. R. BALDWIN *et al.*, Oxford University Press, 2015.

BALDWIN, Robert, *et al.*, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012.

BATALHÃO, Carlos José, «A comunicação prévia: do modelo teórico à experiência autárquica», *Direito Regional e Local*, 14 (2011).

BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.

BERMEJO VERA, José,

- «Prólogo», in *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000

- «La Administración Inspectora», *Revista de Administración Pública*, 147 (1998).

BULLINGER, Martin, «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas 69 (1991).

CALVÃO, Filipa Urbano, «Licenciamento Industrial», in *Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*, coord. C. M. CEBOLA *et al.*, Quid Juris?, Lisboa, 2010.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno, *Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

CANALS I AMETLLER, Dolors,

- «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», in *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, coord. A. GALÀN GALÀN/C. PRIETO ROMERO, Huygens, Madrid, 2011

- *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.

J. J. G. CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes,

- «A Governança do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social (Considerações Preambulares)», in *Entre discursos e culturas jurídicas*, coord. J. J. G. CANOTILHO/L. L. STRECK, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003

- «O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também», *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- «Relações Jurídicas Poligonais: Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente* 1 (1994).

CARLOS DOS SANTOS, António, *et al.*, *Direito Económico*, 7ª edição, Almedina, Coimbra.

CASSESE, Sabino,

- «New paths for administrative law: A manifesto», *International Journal of Constitutional Law* 3 (2012), Oxford University Press and New York University School of Law
- «La Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo», *in Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè Editore, Milano, 2010
- «“Le droit tout puissant et unique de la société” - Paradossi del diritto amministrativo», *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4 (2009)
- «La Era de Las Reformas Administrativas», *in La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006
- «Las redes como figura organizativa de la colaboración», *in La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

CASTELLS, Manuel

- *A Galáxia Internet – Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedades*, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007
- «A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política», *in A Sociedade em rede: do Conhecimento à Política*, org. M. CASTELLS e G. CARDOSO (2005) (disponível [on-line](http://cies.iscte.iul.pt/destaques/documents/Sociedade_em_Rede_CC.pdf) em: <[http://cies.iscte.iul.pt/destaques/documents/Sociedade\\_em\\_Rede\\_CC.pdf](http://cies.iscte.iul.pt/destaques/documents/Sociedade_em_Rede_CC.pdf)>).

CAUPERS, João, *Introdução à ciência da administração pública*, Âncora Editora, Lisboa, 2002.

CREVELD, Martin van, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, 1999.

CHAMPAUD, Claude, «Régulation et Droit Économique», *Revue internationale de droit économique* 1 (2002).

COHEN, Elie, «De la réglementation étatique et administrative à la régulation», *Problèmes économiques* 2680 (2000).

- CUBERO MARCOS, José Ignacio, *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi, Cisur Menor, 2013.
- CUÉTARA MARTINEZ, Juan M., «La Regulación Subsiguiente a La Liberalización y Privatización de Servicios Públicos», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, 3º volume, Almedina, Coimbra, 2010.
- COSTA DE MESQUITA, António Luís, «Processo administrativo», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume IV, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984.
- DARNACULETTA I GARDELLA, Mercè, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Universitat de Girona, Girona, 2003 (disponível on-line em: <<http://hdl.handle.net/10803/7681>>).
- DELVOLVÉ, Pierre, «La privatisation du service de l'État», *Pouvoirs* 117 (2006).
- DEN HERTOOG, Johan, «General Theories of Regulation», in *Encyclopedia of Law and Economics* (1999), (disponível on-line em: <<http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/19806>>).
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo/OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- DUNFORD, Michael, «Theories of Regulation», *Environment and Planning D: Society and Space*, Volume 8 (1990) (disponível on-line em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.464.4421&rep=rep1&type=pdf>>).
- DUNN, William N./MILLER, David Y., «A Critique of the New Public Management and the Neo-Weberian State: Advancing a Critical Theory of Administration», *Public Organization Review* 7 (2007).

ESTEVE PARDO, José,

- *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2015
- «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* 8 (2014)
- «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad», *Documentación Administrativa: Nueva Época* 1 (2014), (disponível *on-line* em: <[dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945777](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945777)>)
- «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)», *Revista de Administración Pública* 183 (2010)
- «La regulación de la economía desde el Estado garante», (2007), (disponível *on-line* em: [http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n\\_Esteve.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf))
- *Autorregulación, Génesis y Efectos*, Arazandi, Navarra, 2002.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «Regímenes de Intervención Administrativa: Autorización, Comunicación Previa y Declaración Responsable», *Revista catalana de dret públic* 42 (2011).

FREEMAN, Jody, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law* (2009) (disponível *on-line* em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=165988](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165988)>).

FREITAS DO AMARAL, Diogo,

- *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012
- *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª edição. Almedina, Coimbra, 2012
- «Estado», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume II, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984.

GARCIA, Maria da Glória F. P. Dias, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.

GIDDENS, Anthony,

- *O Mundo na Era da Globalização*, 8ª edição, Editorial Presença, Lisboa, 2012
- *Sociologia*, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008
- *A Europa na Era Global*, Editorial Presença, Lisboa, 2007.

GOMES, Carla Amado,

- *Introdução ao Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2014



- *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Edição da Autora, Lisboa, 2012, (disponível *on-line* em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/cg\\_ma\\_17157.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_ma_17157.pdf)>).

GONÇALVES, Pedro,

- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

- «Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote “new public governance”», in *O Governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013

- *Programa de Direito Administrativo II: Crise económico-financeira e Direito Administrativo, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Administrativo: 2011/2012*, (disponível *on-line* em: <http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/aulas/programa.pdf>)

- «Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas», in *I Jornadas Luso-Espanolas de Urbanismo (Actas)*, Almedina, Coimbra, 2009

- «La Transposición de la Directiva de Servicios en Portugal», *Impacto de La Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES (2009) (disponível *on-line* em: <<http://www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php>>)

- «Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007», *Direito Regional e Local* 1 (2008)

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2008

- *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

- «O Acto Administrativo Informático (O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)», *Scientia Iuridica*, 265/267 (1997).

HANSSON, Sven Ove, «Risk», in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (2014) (disponível *on-line* em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/risk/>>).

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, «The potential impact of Social Sciences on Administrative Law», in *La mutation du droit administratif en Europe*, ed. M. Ruffert, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2007.

KAMARCK, Elaine C., *The End of Government (as know it)*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2001 (disponível *on-line* em: <[http://www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/Events/Papers/CBGLunch\\_12-6-01\\_Kamarck.pdf](http://www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/Events/Papers/CBGLunch_12-6-01_Kamarck.pdf)>).

LAGUNA DE PAZ, José Carlos,

- «Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios», *Deloitte/CISS* 54 (2011) (disponível on-line em: <[http://www.ciss.es/publico/deloitte/2011\\_54\\_A\\_032.pdf](http://www.ciss.es/publico/deloitte/2011_54_A_032.pdf)>)
- «Regulación, Externalización de Actividades Administrativas y Autorregulación», *Revista de Administración Pública*, 185 (2011)
- «Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas», *Impacto de La Transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES (2009) (disponível on-line em: <<http://www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php>>)
- *La Autorización Administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 2006.

LOPES, Dulce,

- «A comunicação prévia e os novos paradigmas de controlo administrativo da actividade privada», *Direito Regional e Local* 14 (2011)
- «Repercussões do Licenciamento Zero na Gestão Municipal», *XXXI Colóquio da ATAM*, 13 de outubro de 2011, Guarda (disponível on-line em: <[www.atam.pt/novidades/documentos/category/94-2011?download=947:d-lobes](http://www.atam.pt/novidades/documentos/category/94-2011?download=947:d-lobes)>).

LÓPEZ MENUDO, Francisco, «La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva* 14 (2010).

LOUREIRO, João Carlos, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

LUHMANN, Niklas, *Modern Society Shocked by Its Risks*, The Social Sciences Research Centre Occasional Paper 17, Hong Kong (1996).

MAJONE, Giandomenico,,

- *The Transformation of Regulatory State, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, (2010) (disponível on-line em: <[http://www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2010/10/Paper\\_Majone\\_RegulatoryState\\_sept2010.pdf](http://www.osservatorioair.it/wpcontent/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf)>)
- «Theories of Regulation», in *Regulating Europe*, ed. Giandomenico Majone, Routledge, 1996.

MAYNTZ, Renate, «La teoria della governance: sfide e prospettive», *Rivista Italiana di Scienza Politica* 1 (1999).

- M. M. L. MARQUES *et al.*, *Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração: Comentário ao Decreto-lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro (RJACSR)*, Almedina, Coimbra, 2016.
- M. M. L. MARQUES *et al.*, *Sistema da Indústria Responsável – Comentário ao novo regime de acesso à atividade industrial (Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de agosto)*, Almedina, Coimbra, 2014.
- M. M. L. MARQUES *et al.*, *Regime Jurídico do Licenciamento Zero, Comentado*, Almedina, Coimbra, 2012.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão,  
- *Uma Administração pública em rede, Associação para a promoção e desenvolvimento da sociedade de informação (APDSI) (2007)* (disponível *on-line* em:  
<[http://www.apdsi.pt/uploads/news/id547/4.5\\_maria%20leitao%20marques\\_070626.pdf](http://www.apdsi.pt/uploads/news/id547/4.5_maria%20leitao%20marques_070626.pdf)>)  
- «Simplificar para competir», *Revista Empreender* 3 (2007), pp. 4 a 5 (p. 4) (disponível *on-line* em: <[http://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/308F46B0-75CF-4174-B48C-9CDCBF50B170/164421/Empreender3\\_WEB.pdf](http://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/308F46B0-75CF-4174-B48C-9CDCBF50B170/164421/Empreender3_WEB.pdf)>).
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, «Sentido y Formas de la Privatización de la Administración Pública», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «De la simplificación de la administración publica», *Revista de Administración Pública*, 147 (1998).
- MASUCCI, Alfonso, *L'Atto Amministrativo Informatico: Primi Lineamenti di Una Ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993.
- MENDES, Joana, «La réforme du système administratif Portugais: new public management ou Etat néo-wébèrien?», *Revue française d'administration publique* 119 (2006).
- MENDONÇA DE CARVALHO, Marcelo, «Regime da edificação e urbanização – A comunicação prévia», *Direito Regional e Local* 14 (2011).
- MENESES DO VALE, Luís, *Metodologia do Direito – Guião das Aulas Práticas*, 6ª versão, polic., Coimbra 2011/2012.

METZGER, Gillian E., «Privatization as Delegation: Reformulating State Action in Private Delegation Terms», *Columbia Law Review*, Volume 6 103 (2003).

MORCILLO MORENO, Juana, «Una crisis marcada por la globalización: intervención, desregulación y autorregulación regulada», *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 6 Congreso, INAP (2012).

MOREIRA, Vital,

- *Programa da disciplina de “Direito público da regulação”*, Universidade de Coimbra, 2012 (disponível on-line em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>)

- «Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001

- *Auto-regulação profissional e Administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997.

MOREU CARBONELL, Elisa, cfr «La Administración «Neopolicial». Autorización Administrativa y Sistemas Alternativos: Comunicación Previa y Declaración Responsable», in *El Impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2010.

MUÑOZ MACHADO, Santiago,

- «Hacia un nuevo Derecho Administrativo», in *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, coord. Avelino Blasco Esteve, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011

- «Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas» *Revista Española de la Función Consultiva* 14 (2010).

NOGUERA DE LA MOELA, Belén, «El impacto de la Directiva de Servicios sobre el sector del comercio: en especial, el caso de Cataluña», *Revista de Administración Pública* 184 (2011).

OLIVEIRA, Fernanda Paula,

- *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 2ª edição, CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, 2015

- *Direito do Urbanismo (Perguntas de Bolso, Respostas de Algibeira)*, Almedina, Coimbra, 2013

- «As dúvidas e as dificuldades da comunicação prévia de operações urbanísticas», *Direito Regional e Local* 14 (2011)
- «Algumas questões de relevo no âmbito do regime jurídico da urbanização e edificação», in *Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*, coord. C. M. CEBOLA et al., Quid Juris?, Lisboa, 2010
- «As mais recentes alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação», *Direito Regional e Local* 10 (2010).

OLIVEIRA, Fernanda Paula, et al., *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

OSBORNE, David, *Reinventing Government: What a Difference a Strategy Makes*, 7th Global Forum on Reinventing Government, Viena, 2007 (disponível *on-line* em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan025253.pdf>>).

OSBORNE, David/GAEBLER, Ted, *Reinventing Government*, Penguin Books, Nova Iorque, 1993.

OTERO, Paulo,

- «A Crise: Um Novo Direito Administrativo», in *A Crise e o Direito*, coord. De J. B. Gouveia e N. Piçarra, Almedina, Coimbra, 2013
- *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013
- «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

PAREJO ALFONSO,

- Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.ª edição, Tirant, Valência, 2012
- «El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, 153 (2000).

PFIFFNER, James P., «Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency», in *Institutionenbildung in Regierung und Verwaltung: Festschrift fur Klaus Konig*, eds. A. Benz, et al., Duncker & Humbolt, Berlim (2004).

POLLITT, Christopher C. / BOUCKAERT, Geert, *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

- PORTOCARRERO, Marta, *Modelos de simplificação administrativa*, Universidade Católica, Porto, 2002.
- POSNER, Richard Allen, *Theories of Economic Regulation*, Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions, 1974 (disponível *on-line* em: <<http://core.ac.uk/download/pdf/6690483.pdf>>).
- QUADROS, Fausto «Ciência da Administração», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume I, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, «Las Transformaciones del Derecho Administrativo a Resultas de las Privatizaciones», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «El impacto de la Directiva de Servicios en el Procedimiento Administrativo: Autorización, Declaración Responsable y Comunicación», *Revista Jurídica de Navarra* 49 (2010).
- R. RIVERO ORTEGA, «Simplificación administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la directiva de servicios», *Revista catalana de dret públic*, 42 (2011).
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», *Anuario del Gobierno Local* (2009).
- ROSENAU, James N., / CZEMPIEL, Ernst-Otto, *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- SANCHES, José Luís Saldanha, «A Regulação: História Breve de um Conceito», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60 (2000).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo – Parte geral*, Tecnos, Madrid, 2005.
- SAVAS, Edward S., *Privatization and Public-Private Partnerships* (2005) (disponível *on-line* em: <<http://down.cenet.org.cn/upfile/37/200711622729132.pdf>>).

SHLEIFER, Andrei, «Understanding Regulation», *Harvard University, European Financial Management*, Volume 11 (2005) (disponível *on-line* em: <[http://scholar.harvard.edu/shleifer/files/02\\_eufm00121.pdf](http://scholar.harvard.edu/shleifer/files/02_eufm00121.pdf)>).

SOARES, Rogério Ehrhardt,

- «Acto administrativo», in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume I, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1984
- *Direito administrativo: lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*, Coimbra, 1978.

STARR, Paul, «The Meaning of Privatization», *Yale Law & Policy Review*, Volume 6 (1998).

STIGLITZ, Joseph Eugene/ KALDOR, Mary, *Em Busca de Segurança – Protecção sem Protecionismo e o Desafio da Governança Global*, Bertrand Editora, Lisboa.

STOBER, Rolf, *Direito Administrativo Económico Geral*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008.

SUNSTEIN, Cass Robert, *Simpler: The Future of Government*, Simon & Schuster Paperbacks, New York, 2013.

TARRÉS VIVÉS, Marc, «Las normas técnicas en el Derecho Administrativo», *Documentación Administrativa* 265-266 (2003).

TAVARES DA SILVA, Suzana,

- *Direito da Energia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
  - *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010
  - «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo», *RevCedoua*, ano III 1 (2000)
  - *Actuações Informais da Administração – Verdade ou Mito? (novas formas de actuação administrativa sob a óptica do direito do ambiente)*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998.
- TEUBNER, Günther, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, Volume 17, 2 (1983).

THOMPSON, Grahame et al (ed.), *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Sage, Londres, 1991.

- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos,  
- *A Justiça Administrativa*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2012  
- *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, «Privatización de Grandes Servicios Públicos», in *Os Caminhos ad Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- WAHL, Rainer, *Los Últimos Cincuenta Años de Derecho Administrativo Alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- WALKER, Antonio Garrigues, «Prólogo», in J. ALLI ARANGUREN, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas, Madrid, 2004.

## Documentos

- «EUROPA 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo», [COM(2010) 2020 final, de 3 de março].
- OCDE (2011), *Administrative Simplification in Poland: Making Policies Perform, Cutting Red Tape*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264097261-en>>).
- OCDE (2010), *Why Is Administrative Simplification So Complicated?: Looking beyond 2010, Cutting Red Tape*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264089754-en>>).
- OCDE (2008), *Making Life Easy for Citizens and Businesses in Portugal: Administrative Simplification and e-Government*, OCDE, Paris (disponível *on-line*: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264048263-en>>).
- OCDE (2007), *Administrative Simplification in the Netherlands, Cutting Red Tape*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264037496-en>>).
- OCDE (2007), *Comparing Administrative Burdens across Countries, Cutting Red Tape*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264037502-en>>).
- OCDE (2007), *e-Government as A Tool for Transformation*, OCDE, 2007 (disponível *on-line* em: <[http://www.eurim.org.uk/activities/tgdialogues/E-Government\\_as\\_a\\_Tool\\_for\\_Transformation.pdf](http://www.eurim.org.uk/activities/tgdialogues/E-Government_as_a_Tool_for_Transformation.pdf)>).



- OCDE (2005), *e-Government for Better Government*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264018341-en>>).
- OCDE (2003), *From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264100688-en>>).
- OCDE (2003), *The e-Government Imperative*, OCDE, Paris (disponível *on-line* em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264101197-en>>).
- «Governança Europeia – Um livro branco», [COM (2001) 428 final, de 25 de julho – Jornal Oficial C 287 de 12.10.2001].