Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Melo, Joaquim Calisto Figueiredo, 1985-

O direito da regulação e as entidades reguladoras independentes em Portugal

http://hdl.handle.net/11067/2279

Metadados

Data de Publicação 2016-04-29

Resumo O mercado na sua vertente económica de livre concorrência depende da regulação para colmatar as falhas de mercado. Nesse sentido, o objecto do presente trabalho alcança não só o contexto histórico do surgimento das primeiras entidades reguladoras independentes a nível mundial, com enfoque naturalmente no caso Português, mas também o momento e os contornos da entrada em vigor da Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores pr...

Palavras Chave Autoridades administrativas independentes - Portugal, Autoridades administrativas independentes, Mercados - Direito e legislação - Portugal, Mercados - Direito e legislação

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-15T11:48:27Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O direito da regulação e as entidades reguladoras independentes em Portugal

Realizado por:
Joaquim Calisto Figueiredo Melo
Orientado por:
Prof.ª Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo

Constituição do Júri:

Presidente:	Prof. Doutor Afonso Filipe Pereira d'Oliveira Martins
Orientadora:	Prof.ª Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Arguente:	Prof. Doutor Manuel Carlos Lopes Porto

Dissertação aprovada em: 24 de Junho de 2015

Lisboa

2015

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O Direito da Regulação e as Entidades Reguladoras Independentes em Portugal

Joaquim Calisto Figueiredo Melo

Lisboa

Março 2015

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O Direito da Regulação e as Entidades Reguladoras Independentes em Portugal

Joaquim Calisto Figueiredo Melo

Lisboa

Março 2015

Joaquim Calisto Figueiredo Melo

O Direito da Regulação e as Entidades Reguladoras Independentes em Portugal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Empresariais

Orientadora: Prof.ª Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo

Lisboa

Março 2015

Ficha Técnica

Autor Joaquim Calisto Figueiredo Melo

Orientadora Prof.ª Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo

Título O Direito da Regulação e as Entidades Reguladoras Independentes em Portugal

Local Lisboa

Ano 2015

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

MELO, Joaquim Calisto Figueiredo, 1985-

O Direito da Regulação e as Entidades Reguladoras Independentes em Portugal / Joaquim Calisto Figueiredo Melo ; orientado por Maria Eduarda de Almeida Azevedo. - Lisboa : [s.n.], 2015. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - AZEVEDO, Maria Eduarda de Almeida, 1956-

LCSH
1. Autoridades administrativas independentes - Portugal
2. Autoridades administrativas independentes
3. Mercados - Direito e legislação - Portugal
4. Mercados - Direito e legislação
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
6. Teses - Portugal - Lisboa

1. Independent regulatory commissions - Portugal
2. Independent regulatory commissions
3. Markets - Law and legislation - Portugal
4. Markets - Law and legislation
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
6. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC
1. KKQ2610.M45 2015

Ao meu Pai, Calisto Melo, pelo apoio incondicional ao longo de todo o meu percurso de vida e académico, cujos valores têm sido os pilares orientadores de todas as minhas decisões e conquistas, fazendo sempre *jus* à sua máxima de vida, tantas vezes proferida … " *Acima da Lei só a tua consciência*"…

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, o meu eterno agradecimento à Professora Doutora Maria Eduarda Azevedo, por todo o empenho na minha formação desde a licenciatura até ao mestrado, foi verdadeiramente decisivo o seu apoio e disponibilidade em todos os momentos da minha formação.

O meu sincero agradecimento à Universidade Lusíada de Lisboa, pelos instrumentos que sempre puseram ao dispor para que a minha aprendizagem fosse mais enriquecedora. Este agradecimento abrange toda a estrutura, mas gostaria de atribuir um especial enfoque à Mediateca/Biblioteca pela disponibilidade e ajuda que sempre me prestaram.

Um especial agradecimento a todos os meus familiares e amigos que me acompanharam em todas as horas, apoio que foi fulcral para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Finalmente, o meu obrigado à Biblioteca da Procuradoria-Geral da República pelo apoio incansável prestado nas consultas bibliográficas de obras e trabalhos, sem os quais não teria sido possível realizar este trabalho.

“Existem duas ideias fundamentais que se encontram etimologicamente associadas ao conceito de regulação económica: uma primeira, a ideia de estabelecimento e implementação de regras; e uma segunda, a ideia de manter ou estabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema”

AZEVEDO, Maria Eduarda – Temas de direito da economia. Coimbra : Almedina, 2013. p. 187

APRESENTAÇÃO

O Direito da Regulação e as Entidades Reguladoras Independentes em Portugal

Joaquim Calisto Figueiredo Melo

O mercado na sua vertente económica de livre concorrência depende da regulação para colmatar as falhas de mercado. Nesse sentido, o objecto do presente trabalho alcança não só o contexto histórico do surgimento das primeiras entidades reguladoras independentes a nível mundial, com enfoque naturalmente no caso Português, mas também o momento e os contornos da entrada em vigor da Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, no nosso ordenamento jurídico.

Na primeira parte deste trabalho, procedeu-se à contextualização histórica que se iniciou no Estado Liberal, percorreu o Estado Intervencionista e que culminou no Estado Regulador, sublinhando as razões económico-sociais das respectivas alterações de paradigma, bem como os mecanismos reguladores adoptados em cada momento.

Na segunda parte, foram dissecadas as influências que ditaram o surgimento das entidades reguladoras independentes na Europa e em especial no nosso País, levando sempre em cogitação o seu fim principal, que é como já se disse o de colmatar as falhas de mercado.

Por último, na terceira parte deste trabalho, procedemos a um estudo comparativo que teve como objecto a Lei nº 67/2013 de 28 de Agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes, bastante focado no quesito "independência" em relação às expectativas da sociedade em geral, ante-projecto e pareceres emitidos por entidades reguladoras independentes acerca desta Lei, que teve como objectivo além de dotar as entidades reguladoras de uma maior independência, uniformizar o quadro regulatório Português.

Palavras-chave: Regulação, Lei-quadro, entidades reguladoras independentes, Estado regulador.

PRESENTATION

The Law Regulation and the Independent Regulatory bodies in Portugal

Joaquim Calisto Figueiredo Melo

As we are living in a economical open market nowadays, where the competition is unlimited, it is mandatory to have some entity to control, organized and fight against its failures, regulation (regulação) is the name we give to that specific activity which regulates the market.

In order to understand what regulation is about, this essay is going to explain all the historical context and its significance, as we know, it's impossible to understand the present if we don't have any kind of knowledge about the past, history help us to learn the future. We will also see how did the first(s) Regulation entity(s) appeared in Europa, such as in Portugal, which we'll specify, and see till the moment of “Lei quadro” implementation of independent administrative entity’s where the gold was to regulate public, private and cooperative organizations.

At the first step of this paper, historical context was talked, it all started at the Liberal State , come to the Interventionist State, which gave rise to the Regulation State, highlighting all the economical and social reasons as its methodology.

At part number two, it was talked about how did it exactly appeared in Europe and what was their influences, and Portugal is going to be stated, always in order to defeat the flaws at the market.

Lastly but not least, at the third part, a balance between Lei nº 67/2013 de 28 de Agosto and Lei-quadro of administrative entitys is going to be done, always focusing the “independence” coefficient related with society expectations in general, and their intentions to standardize the process of Portuguese Regulation Board.

Keywords: Regulation; Law of regulation; independent directors entities; Gouvernment regulator.

LISTA DE ALGUMAS ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

AC	-	Autoridade da Concorrência
AL.	-	Alínea
ANACOM	-	Autoridade Reguladora em Portugal das Comunicações Postais e das Comunicações Electrónicas
AR	-	Agências Reguladoras
ARTº	-	Artigo
AUE	-	Acto Unico Europeu
CE	-	Comunidade Europeia
CEE	-	Comunidade Económica Europeia
CF.	-	Conferir
CMVM	-	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CRP	-	Constituição da Republica Portuguesa
DECO	-	Associação Portuguesa para a defesa do Consumidor
ER	-	Entidades Reguladoras
ERCS	-	Entidade Reguladora para Comunicação Social
ERI	-	Entidade Reguladora Independente
ERSAR	-	Entidade Reguladora dos Serviços de Àguas e Resíduos
ERSE	-	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
ETC.	-	Et cetera
IMTT	-	Instituto da Mobilidade dos Transportes Terrestres
INAC	-	Instituto Nacional de Aviação Civil
P.P.P	-	Parecerias Público-Privadas
P.E	-	Por exemplo
SS.	-	Seguintes
VOL.	-	Volume
LQER	-	Lei-quadro das Entidades Reguladoras
UEM	-	União Económica e Monetária

SUMÁRIO

1. Introdução 19
Parte I 21
2. O surgimento da regulação no panorama mundial 21
2.1. Intervencionismo económico 24
2.1.1. O advento Europeu 29
2.1.2. O prenúncio da mudança 31
2.2. Da política intervencionista para uma política neo-liberal 33
2.2.1. Um novo modelo de governação 36
2.2.2. O novo modelo no escopo da construção europeia 40
3. A regulação 51
3.1. O Estado regulador 53
3.2. O conceito de regulação 53
3.3. Regulação social 56
Parte II 59
4. O surgimento da regulação independente 59
4.1. As características das entidades reguladoras independentes 60
4.1.1. Objecto 61
4.1.2. Independência 61
4.1.3. Neutralidade 63
4.1.4. Imparcialidade 63
4.2. Os poderes das entidades reguladoras independentes 64
4.2.1. Poder “para-normativo” 64
4.2.2. Poder “para-executivo” 65
4.2.3. Poder “para-jurisdicional” 65
4.3. O controlo das entidades reguladoras independentes 66
4.4. Conceito amplo *versus* conceito restrito 68
4.5. Incompatibilidades Jurídico-Constitucionais 69
4.5.1. Legitimidade 72
4.6. Causas do surgimento das entidades reguladoras independentes 74
5. O florescimento das entidades reguladoras na Europa 79
5.1. Os mecanismos integradores da regulação na União Europeia 81
6. O caso Português 87
6.1. As Constituições Económicas Portuguesas 87
6.1.1. A Constituição de 1933 87

6.1.2. A Constituição de 1976 90
6.1.3. A revisão de 1989 91
6.1.4. A revisão de 1997 93
7. Alteração de paradigma em Portugal 95
7.1. As entidades reguladoras independentes em Portugal 95
7.2. A concorrência 98
Parte III 101
8. A Lei-quadro das entidades reguladoras (Lei nº 67/2013) 101
8.1. Ante-Projecto de Lei-quadro 103
8.2. As directrizes europeias / memorando com a Troika 105
8.3. A garantia de independência 106
8.3.1. Independência orgânica 108
8.3.2. Designação de órgãos do Conselho de Administração 108
8.3.3. Estatuto remuneratório 109
8.3.4. Duração e cessação dos mandatos 109
8.3.5. Regime de impedimentos e incompatibilidades 110
8.3.6. Independência funcional 114
8.3.7. Independência financeira 115
8.3.8. Poderes das entidades reguladoras 117
8.4. Processo de criação fusão ou cisão das entidades reguladoras 118
9. Conclusões 121
Referências 125
Bibliografia 133

1. INTRODUÇÃO

A cadeira de Direito da Regulação faz parte do curso de Direito (4º ano) Pós-Bolonha. Foi ministrada na Universidade Lusíada de Lisboa aquando da nossa passagem pelos bancos da faculdade pela Professora Doutora Maria Eduarda Azevedo.

Os temas e as problemáticas aliciaram-nos para nos debruçarmos sobre uma área que tem vindo a ganhar cada vez mais importância, não só pela abrangência de temas que a matéria comporta, mas também pelo método que cada país encontra para dar resposta a uma necessidade imperativa, nos dias que correm, que é a de regular os mercados para combater as falhas de mercado.

Num panorama marcado pela cada vez mais assumida globalização, a regulação é uma figura central no âmbito do Direito Económico, assistindo-se a uma profunda alteração do modelo de desenvolvimento económico e social na maioria das sociedades modernas e desenvolvidas, fruto, sobretudo da globalização económica e social.

O funcionamento do mercado global assenta necessariamente na liberdade de criar e investir, bem como, nos limites necessariamente impostos pelo Estado com vista a evitar os monopólios por parte de todos os agentes económicos numa determinada área.

Esta evolução obriga, inevitavelmente, a rever o papel do Estado, designadamente das suas funções sociais, supervisionamento das actividades económicas e enquadramento dos diferentes operadores com diferentes culturas de organização, evoluindo do modelo de Estado Vertical e integrado, para um modelo de Estado Garantia, protegendo e garantindo os direitos básicos do cidadão, bem como fiscalizando a provisão dos bens económicos e sociais nucleares.

Mas, nem sempre foi assim. Existiu uma primeira fase marcada por ideais claramente liberais assentes numa separação total entre o Estado e a Economia, passando ainda na primeira metade do século XX, para uma fase intervencionista que postulava ideais completamente inversos ao período liberal, pois neste período o Estado e a economia eram complementos um do outro.

Apesar do mito do período intervencionista, a partir dos anos 80, fruto de várias ocorrências, entre as quais o segundo grande choque petrolífero e as duas grandes guerras, toda a actividade intervencionista foi posta em causa dando lugar a novas

correntes idealistas, que iniciaram a sua ascensão num movimento que foi apelidado de neo-liberal e ao qual tem intrinsecamente ligado o fenómeno da regulação.

Nesse seguimento, a abordagem do trabalho passará necessariamente pelo contexto histórico mundial, sob o qual surgiram as primeiras entidades reguladoras independentes, a forma como se alastraram pela Europa e finalmente como foi essa implementação feita em Portugal.

O caso Português é naturalmente alvo de uma maior incidência, já que através do percurso histórico do nosso País, será possível perceber as razões da necessidade de implementação de uma lei com objectivos unificadores e que permitisse garantir estabilidade aos mercados.

Nesse sentido, cumpre passar em análise os períodos mais marcantes da história Portuguesa, que passam necessariamente pelas Constituições e suas revisões, as quais contemplaram importantes mudanças tanto a nível societário, como a nível económico, pois apesar dessa diferenciação ser feita pela própria Constituição, a verdade é que são realidades indissociáveis.

A regulação faz cada vez mais parte do nosso quotidiano, num mundo com uma economia cada vez mais competitiva, urge pensar em modos de actuação coerentes, eficazes e que sobretudo não colidam com a actuação dos agentes económicos, mas que ao mesmo tempo permitam colmatar as falhas de mercado.

Após compreendermos a essência, o nascimento e o crescimento das entidades reguladoras (ER)[1], iremos dissecar a nova Lei-quadro das entidades reguladoras em Portugal (Lei nº 67/2013, de 28 de Agosto "**Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo**") e avaliar de que forma a sua implementação no nosso ordenamento jurídico vai ou não alterar a eficácia com que as entidades fiscalizam e garantem o justo e bom funcionamento do mercado.

De salientar, que devido ao facto desta Lei ser nova (2013), os recursos disponíveis para uma análise aprofundada são escassos, pelo que será tentada uma comparação com outras leis, opiniões de autores e pareceres das próprias entidades reguladoras sobre o tema.

[1] Este será doravante o termo utilizado para fazer referência às Entidades Reguladoras.

PARTE I

2. O SURGIMENTO DA REGULAÇÃO NO PANORAMA MUNDIAL

Seria impossível falar da Regulação como a conhecemos hoje em dia sem recuar no tempo, mais precisamente cerca de três séculos atrás. Neste período, foi assimilado todo o resultado de uma política em que imperou desde o liberalismo ao intervencionismo, culminando no neo-liberalismo.

No séc. XVIII e durante o início do séc. XIX, a par da revolução industrial, nascia o liberalismo económico que apregoava o superior interesse do indivíduo e da sociedade em relação ao Estado, sufragando inspirações de pensadores como Montesquieu.

Nesta época não era apenas Montesquieu que propagava socialmente este pensamento, também vários economistas desse tempo o fizeram, como foi o caso de Adam Smith[2], eles defendiam a teoria do Estado mínimo. Progressivamente os ideais de liberdade, tanto na vertente social como na vertente económica, acabaram por imperar criando a pouco e pouco uma cisão entre Estado e Sociedade[3], cisão que favoreceu a classe burguesa que se batia nesta época na luta contra a monarquia absolutista.

Foi por isso, uma época em que o sector privado dominava por completo o sector público, tendo como consequência directa a separação quase total entre o Estado e a sociedade, numa óptica de construção política liberal, que assumiu desde início que o sector privado e o sector público eram opostos que nunca se deveriam encontrar.[4]

Deste modo, o modelo económico vigente na época era um modelo assente no ideal "*laissez-faire, laissez-passer le monde va de soit*", ou seja, era um mercado deixado ao acaso, completamente livre, assente na ideia de que ele próprio sem interferências

[2] Adam Smith foi um economista proveniente da Escócia e tornou-se um grande teórico do liberalismo económico no século XVIII. Era apoiado em larga escala pela burguesia da época, cujos principais objectivos eram o fim dos direitos feudais e do mercantilismo.
[3] Cf., GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias, da Justiça Administrativa em Portugal, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994, pág. 271 e ss
[4] Cf., SOARES, Rogério Ehrtardt, Direito Público e Sociedade Técnica, Coimbra, Atlântica Editora, 1969, pág. 39 e ss

do Estado encontraria e colmataria as falhas de mercado, pois acreditava-se que existiria uma "mão invisível"[5] quase como se de uma forma divina se tratasse.

O circuito económico passou a ser dominado pelo consumidor, enquanto fomentador do mercado, sendo os negócios constituídos à base de contractos que gozavam de uma grande autonomia e discricionariedade.

A par da implementação do modelo liberal foi a desintervenção do Estado na vida económica, já que o Estado era considerado desajustado às funções económicas. O Estado deveria desassociar-se de qualquer intervenção na actividade económica de forma a deixar o mercado aberto à livre concorrência dos agentes económicos privados, nas palavras de Luis S. Cabral de Moncada, podemos afirmar que " para o pensamento liberal clássico bem como para marxismo, seu alter-ego, a economia era rainha e o direito seu servo obediente.*"*[6].

O papel do Estado[7]deveria ser apenas o de mero garante da defesa de direitos fundamentais, bem como o de responsável pela feitura de leis e garantia da provisão de bens públicos de primeira necessidade[8]. Temos assim, um Estado mínimo reduzido a uma posição meramente formalista.

No que diz respeito às finanças públicas, o pensamento da Escola Clássica defendia a autonomia das finanças face à economia. O recurso à moeda foi evitado, já que esta poderia provocar inflações galopantes.

Também a carga fiscal do liberalismo incidia sobre poucas actividades, dando preferência às grandes fortunas, sendo o imposto um instrumento sem conotação com

[5] Ainda sobre a "mão invisível", Maria Eduarda Azevedo entende que esta era a forma que o Estado liberal encontrava para colmatar as falhas de mercado, na medida em que "na representação liberal clássica, a economia não carecia de ser regulada externamente, uma vez que o mercado podia ele mesmo reagir sobre os factores de perturbação porventura emergentes do mecanismo da "mão invisível*",* de Adam Smith". Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 195

[6] Cf., MONCADA, Luis S. Cabral, Direito Económico, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág.8

[7] Sobre a concepção liberal do Estado, também sob o ponto de vista pessoal de cada cidadão, Luis. S Cabral Moncada faz uma caracterização interessante ao afirmar que a "concepção do Estado distingue-se das outras consoante o fim prosseguido. Qual será o fim do Estado para a concepção liberal? É a liberdade individual. Segundo esta concepção de Estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Dizer que o Estado tem como fim o desenvolvimento da liberdade individual significa também dizer que não tem um fim próprio, coincidindo o seu fim com os fins múltiplos dos indivíduos. A tarefa do Estado não consiste, portanto, em prescrever fins para cada cidadão mas em actuar de modo a que cada cidadão possa alcançar livremente os seus próprios fins individuais; o Estado deve garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem. O Estado liberal não se preocupa nem com a salvação da alma nem com a virtude nem com o bem-estar económico, mas só com a garantia das condições externas para que cada cidadão possa prosseguir os seus fins individuais". Cf., MONCADA, Luis S. Cabral, Direito Económico, op. cit., pág.23 e 24

[8] Cf., GONÇALVES, Pedro, A Concessão de Serviços Públicos, Coimbra, Almedina, 1999, pág. 101

a redistribuição da riqueza. A intenção era a de limitar o poder do Estado, evitando que este impusesse sacrifícios ao povo que eram vistos como sacrifícios desnecessários.

Nesse sentido, Figueiredo Dias, entende que o Liberalismo defendeu um Estado Mínimo e uma Sociedade Máxima.[9]

Destarte, pelo mundo surgiam os primeiros sinais de mudança, as novas tecnologias fomentadas pela revolução industrial deixavam adivinhar uma profunda alteração do mundo operário, a substituição do homem pela máquina que em muitas fábricas e campos começava a criar um grave problema de desemprego.

Aliados a estes factores estavam ainda as falhas de mercado, às quais o Estado liberal amplamente limitado na sua função não era capaz de dar resposta.

No seguimento dessas mudanças, o capitalismo liberal lançou mão de um instrumento jurídico, nomeadamente a concessão[10], que se traduzia no fundo por passar a gestão de alguns serviços públicos para a gestão privada.

Todas estas transformações levaram ao surgimento de formas de regulação pública da economia, a par da criação de normas e institutos que visavam ordenar a actividade económica, lançando limites ou concedendo autorizações aos sujeitos económicos, com vista à correcção do mercado.

Tal mudança significou uma grande alteração aos princípios liberais, contudo essas alterações não foram suficientes para conseguir evitar a exploração operária, os baixos salários, a inexistência de um serviço de prestação de cuidados básicos nem tão pouco garantias de apoio na velhice.

Com efeito, a pouco e pouco, era patente a queda iminente do Estado liberal. A confiança no mercado começava a ser posta em causa e o liberalismo económico que até então gozava de um estatuto quase intocável, começou a dar sinais de ruptura.

Em primeiro lugar, começava a ser perceptível que o mercado para um correcto funcionamento não pode ser deixado livre, como fomentavam as teorias liberalistas: o mercado precisava, invariavelmente, de ser controlado. Por outro lado era patente que este tipo de modelo não era apto a corrigir as temíveis falhas de mercado, deixando brechas que já não poderiam mais ser ignoradas. São bons exemplos os acordos

[9] Cf., DIAS, José Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula, Direito Administrativo, Coimbra, CEFA, 2003, pág. 18

[10] Cf., AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, vol. I, 1986, pág.78

firmados entre empresas, nos quais eram combinados valores previamente estudados de venda de determinados produtos ou serviços, aniquilando por completo o ideal de concorrência.

Por essa razão, no final do século XIX alguns países tinham o seu circuito económico completamente viciado e fora de controlo, obrigando o Estado a adoptar medidas artificiais de concorrência, como foi o caso dos Estados Unidos, quando criou o *Sherman Act* (1897)[11].

A grande depressão aliada ao empobrecimento do sistema económico trouxeram à superfície a incapacidade do Estado liberal em combater as falhas de mercado (market failures)[12], marcando assim o inicio de uma alteração de paradigma que se consubstanciou na passagem de um estado liberal para um estado intervencionista.

2.1. INTERVENCIONISMO ECONÓMICO

Após a crise de 1929, a intervenção pública ganhou um novo alento. Mas não só esta crise contribuiu para a implementação do intervencionismo económico. Esta alteração deveu-se também a factores como: a Revolução Industrial[13]; a Primeira Guerra Mundial que rompe com os ideais do liberalismo económico; a Segunda Guerra Mundial que impôs a necessidade de um Estado que controlasse a grande escassez de recursos e mão-de-obra; as crises cíclicas da economia que se formaram em espirais incontroláveis; a formação de monopólios que afectavam directamente e de forma grave a concepção liberal até então de organização e desenvolvimento da economia; o aumento das disparidades económico-sociais com cada vez mais pessoas a viver no limiar da pobreza e, por fim, o esgotamento de recursos naturais, frutos das guerras e da estagnação da economia.

Com a certeza do falhanço liberalista e o abandono dos seus ideais, o Estado passou a assumir um papel preponderante na vida do comum cidadão, actuando nas áreas

[11] Criada por John Sherman, a lei Sherman, foi um mecanismo de regulação que tinha como função primordial garantir a concorrência entre as empresas, evitando que qualquer uma delas pelo tamanho ou influência ditassem as regras do mercado e por conseguinte que tivessem o controlo total do mesmo.

[12] JOÃO, Confraria, Regulação e Concorrência, Desafios do Século XXI, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª edição, 2011, pág.59 e ss.

[13] Durante o decorrer do século XIX, grandes alterações económicas e sociais que ocorreram alteraram o quadro em que se inseriram os ideais liberais. As implicações das descobertas científicas, que conheceram um aumento vertiginoso desde o inicio da revolução industrial, bem como o aparecimento de fábricas de dimensões nunca antes vistas, ocasionaram a formação de enormes aglomerados urbanos, representando em si, uma mudança profunda na via social e política dos países industrializados, o que necessariamente levou a uma profunda alteração no modo como as relações sociais se protagonizavam, o que implicava que o Estado fosse abarcando cada vez mais papéis de intervenção directa, como forma de solucionar os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos que eram uma nova realidade desta época.

económicas e sociais, passando de uma mão "invisível" para uma intervenção directa, bastante visível, apoiada em grande parte pela população que não queria de volta o ideal "*laissez-faire, laissez-passer*".

Nesse sentido, podemos afirmar que existiu uma crescente certeza de que o Estado era efectivamente necessário, tanto a nível social como económico, neste último com o objectivo de colmatar as falhas de mercado.

Esta intervenção directa foi conseguida através da ampliação das áreas sobre as quais o Estado exercia a sua competência, numa clara afirmação do novo paradigma que se havia instalado, com total renegação pela doutrina clássica e seus desígnios.

O Estado alienado da sociedade dá lugar a um Estado comprometido com a mesma. Eduardo Paz Ferreira entende que nesta época o "Estado abdica de formas puramente unilaterais de actuação para procurar associar às suas decisões os cidadãos"[14].

Com efeito, a Administração Pública do passado liberal, restringida à sua posição "mínima", deu lugar a um novo paradigma de Administração, a qual exercia um papel fulcral na organização e gestão de toda a esfera social, traduzindo um aumento de responsabilidade Estadual, que passou a substituir os privados na prossecução do interesse público.

Estas alterações, como já se disse, foram fruto de factores como a I Guerra Mundial, factores que pela sua importância histórica não podem deixar de ser enquadradas no nosso estudo de uma forma mais pormenorizada.

Destarte, a I Guerra Mundial foi o ponto de ruptura com o liberalismo. A Guerra[15] provocou o aumento da inflação, bem como do desemprego, que a par da necessidade de armamento, deixou de lado milhões de pessoas que morreram por falta de apoio e comida.

[14] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, Lisboa, AAFDL, 2001, pág.339

[15] Segundo Vital Moreira " foi a guerra e o pós-guerra que definitivamente fizeram valer a intervenção económica do Estado, não apenas para regular o próprio funcionamento da economia, mas também para garantir a satisfação de determinados objectivos sociais, que a "questão social" tinha posto em relevo (segurança social, segurança no trabalho, contratação colectiva, etc.) No leste da Europa a revolução Russa de 1917 inaugurava o movimento de substituição do próprio capitalismo por uma nova ordem económica baseada na propriedade colectiva dos meios de produção. Na Alemanha a Constituição de Weimar, de 1919, introduzira pela primeira vez a economia na Constituição, fazendo daquela uma questão básica do Estado. Na Itália, o fascismo triunfante, desde 1923 encaminhava-se para um regime em que todos os aspectos da sociedade, incluído a economia, eram colocados sob a alçada da direcção do Estado. Eram apenas sinais do que estava para vir. A crise de 1929, iniciada nos Estados Unidos, obrigou a maior parte dos países a fazer da economia uma questão fundamental do Governo." Cf., MOREIRA, Vital ,Auto-Regulação Profissional e Administração Publica, Coimbra, Almedina, pág. 17 e 18.

Foram anos difíceis para os países da Europa mas que provocaram o despertar das classes mais numerosas, como a classe operária, que passou a exigir do Estado um comprometimento na garantia de satisfações básicas sociais, que até então eram áreas assumidas pelos privados. Porém, todos estes problemas originavam um problema ainda maior que era a falta de capacidade da população para contribuir financeiramente para a máquina do Estado.

Nesse pressuposto, o Estado foi obrigado a tomar medidas, tais como, o combate ao desemprego, a implementação da obrigatoriedade de contratar seguros, responsabilizando os patrões pelos riscos inerentes da actividade dos seus trabalhadores.

A já referida crise de 1929 nos Estados Unidos, foi talvez a maior crise de sempre. Durante os anos que se lhe seguiram, a maioria dos países adoptou a economia como estandarte das campanhas políticas[16], prova do impacto que este acontecimento teve nas consciências da população à escala mundial. Era por isso urgente recuperar a confiança nos mercados e garantir que acontecimentos como a quinta-feira negra de 24 de Outubro de 1929 não se haveriam de repetir.

Os Estados Unidos pela mão do Presidente Roosevelt, implementaram uma política reformista denominada *new deal*[17], que passou pelo investimento em obras públicas para fomentar o emprego, controlar os preços, bem como a produção. Também as horas de trabalho foram limitadas com vista a dar oportunidade a outras pessoas de desempenharem as mesmas tarefas, a par da implementação de sistemas de segurança social, assim como de seguros e de assistência no trabalho.

Toda a conjuntura vivida nestes anos propiciou a infiltração de correntes de pensamento económico como as correntes Keynesianas[18], ao mesmo tempo que eram influenciados por uma política socialista que favorecia claramente o sector público.

[16] Cf., GALBRAITH, John Kenneth, The Great Crash, Boston, Houghton Mifflin Compan, 1955, pág 88 e ss.

[17] *New Deal,* foi a expressão utilizada pelo programa de recuperação económica em 1933 nos Estados Unidos, pela mão do então Presidente Franklin Roosevelt, para combater os efeitos da Grande Depressão e retomar a economia do país. Os principais objectivos eram a imediata ajuda aos milhares de desempregados que a Segurança Social Norte Americana não conseguia mais ajudar. O *New Deal*, visava através dos seus planos recuperar a agricultura e a indústria. Esta nova política teve a sua origem em John Maynard Keynes, ou seja, pautava-se pela intervenção do Estado na produção, através da construção de grandes obras públicas, que tinham como objectivo atingir níveis elevados de emprego.
As primeiras medidas foram o embargo do ouro e a consequente desvalorização do dólar, para que as exportações subissem e a procura aumentasse, levando ao consequente aumento de produção fabril e agrícola.

[18] O Keynesianismo é uma doutrina de pensamento económico do século XX, inspirada na obra do economista John Maynard Keynes**.** Essa doutrina defendia que, ao invés de outros pensamentos como o

Existem autores como é o caso de Marcelo Rebelo de Sousa, que entendem que além do Estado social, foram criados mais dois Estados: o Estado de Legalidade Socialista e o Estado de Inspiração Fascista, ambos ligados pelo facto de serem antiliberais, divergindo apenas no tocante à intensidade do intervencionismo público.[19]

Keynes defendia a ideia de que era preciso apostar no investimento e fomentar a realização de despesas públicas, já que segundo o mesmo, essas despesas iriam compensar a retracção de investimento por parte dos privados, sendo o empréstimo público uma alternativa viável para financiar os projectos.

Nessa base, apelou à feitura de grandes obras públicas, mesmo que não tivessem uma necessidade urgente, facto que resulta numa completa divergência com as ideologias liberais, já que ao invés do Estado conter a despesa pública, aumenta-a, divergindo totalmente das teorias que atribuíam ao Estado um papel neutro ou de mera garantia de direitos básicos.

Com efeito, chegou-se ao apogeu do intervencionismo financeiro, onde a economia e as finanças eram um todo, situação na qual o Estado era assumidamente o líder económico e tinha uma função fundamental na estabilização da economia. Este idealismo deu a Keynes um protagonismo sem fronteiras, o seu contributo para a recuperação económica; para o desenvolvimento de políticas sociais; para o fomento do emprego[20] e por conseguinte na diminuição da inflação, foram modelos que vários países Europeus quiseram copiar para aplicação nacional.

Porém e apesar dos alegados progressos vividos, algumas personalidades influentes da época, como foi o caso de Hansen[21], ficaram preocupados com eventuais efeitos inflatórios, tendo por isso defendido o abrandamento do endividamento que era contrário ao postulado por Keynes.

Nos países envolvidos na guerra foi tempo de planificar a economia. Sendo o Estado responsável pela utilização de recursos, advindo desse facto um cada vez mais forte sector público[22], que provocou um ainda maior intervencionismo nos países que foram

---

pensamento liberal de Adam Smith**,** a economia não tende automaticamente para um equilíbrio, Keynes entendia que ela necessitava de sofrer intervenções por parte do Estado, pois não existe um mercado perfeito e cabe ao Estado promover esse equilíbrio**.**

[19] Cf., SOUSA, Marcelo Rebelo de, Lições de Direito Administrativo, Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1995, pág..28

[20] Cf., FRANCO, António L. Sousa, Finanças Públicas e Direito Financeiro, Coimbra, Almedina, 1992, 4ª ed., vol. I., pág.64 e ss.

[21] Cf., HANSEN, Alvin, Fiscal Policy and Business Cycles, London-New York, Allen & Unwin, 1941.

[22] Cf., WAR, Alan Milward, Economy and Society, 1939-1945, Berkeley, University of California Press, 1977, pág.69 e ss.

directamente atingidos. Como se disse, a instabilidade e a depressão foram factores desencadeadores do dirigismo de guerra, causando um aumento da despesa pública a par de um aumento de impostos.

O Pós-Guerra trouxe o surgimento de grandes sectores públicos empresariais, que no fundo prosseguiram situações já existentes antes da guerra, como foi o caso de Itália, a nacionalização de empresas industriais como aconteceu na Áustria e Inglaterra. A produção de bens e serviços como as despesas militares, dotaram o Estado de uma importância basilar e em consequência aumentaram o seu poder de intervenção tanto na economia como na sociedade.[23]

Com efeito, os vencedores da Guerra foram os Aliados, o que influenciou de certo modo países sem tradições socialistas, que acabaram de alguma forma por copiar as orientações intervencionistas.

O Pós-Guerra ficou assim marcado pelos ideais socialistas, que procuraram recuperar a economia, bem como pela forma de intervenção do Estado na economia que passou a dominar todo o circuito financeiro, mas que postulava elevados impostos e orçamento dispendiosos.

Ao invés do Estado liberal, o Estado intervencionista passou a estar no topo da pirâmide, como meio para atingir o bem-estar social. Foram implementados projectos de cooperação a nível mundial, que passaram a ditar as formas de diálogo entre os países, mantendo sempre o respeito pela identidade e valores de cada nação.

Estavam, assim, criadas as condições para o surgimento de organizações internacionais, que passariam a ditar as regras da economia a que muitos chamaram uma nova ordem económica internacional.

O intervencionismo que dominava a maioria dos países criou um enorme aumento da influência das autoridades públicas na gestão do sistema económico, tornando a área de acção pública um sector fundamental para o equilíbrio do mercado. Esse facto contribuiu necessariamente para o crescimento da despesa pública no produto nacional, sendo um dos factores principais a necessidade de uma regulação

[23] Cf., FRANCO. António L. Sousa, Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro, op. cit., pág.459 e ss.

económica que sofria uma tendência monopolista e obrigou o estado a controlar determinados sectores económicos[24].

Da mesma forma que havia acontecido na recuperação da Grande Depressão, a prosperidade tinha na sua base a ligação dualista Estado-economia, ligação que ganhou ainda mais consistência no segundo Pós-Guerra, na medida em que as áreas sociais foram merecedoras de uma especial atenção: em primeira linha para dar resposta aos problemas que advieram da reconstrução e, mais tarde, para lidar com os problemas que surgiram devido ao aumento populacional, bem como uma indústria cada vez mais complexa.

Sendo a sua área de actuação cada vez mais alargada, o Estado incluiu no seu orçamento a cobertura de riscos sociais, que deu origem à criação da Segurança Social, bem como para fomento de garantias ao nível da saúde e educação.

Temos assim, uma alteração não só quantitativa mas também qualitativa no que concerne à actividade da Administração Pública, que além de ser mais alargada, passou a cobrir áreas de intervenção mais abrangentes que passavam por garantir serviços e bens essenciais. A Administração já não servia apenas para fazer leis, mas também para prestar serviços fundamentais aos cidadãos.

Destarte, no final da década, deu-se um abrandamento do crescimento a par de um aumento considerável de preços, que provocaram reacções de medo e descoordenação.

Era chegado o momento em que as vozes criticantes das medidas Keynesianas formaram uma oposição com fundamentos, que pela mão de Milton Friedman, bem como pela influência da Escola de Chicago, reivindicavam a necessidade urgente de controlar a massa monetária para que a mesma não ultrapassasse determinados limites.[25]

2.1.1. O ADVENTO EUROPEU

Pela sua importância, não poderíamos deixar de fazer menção que foi neste período, ainda na década de 50, que se iniciou o processo de integração Europeia, que se deveu ao Plano Schuman.

[24] Cf., FRANCO, António L. Sousa, Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro, op. cit., pág.494 e ss.
[25] Cf., FRANCO, António L. Sousa, Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro, op. cit., pág.472.

Jean Omer Marie Gabriel Monnet considerava que era necessário construir os Estados Unidos da Europa, devido à profunda mutação que o mundo sofrera nos pós-guerras e que, os países da Europa isoladamente não conseguiam dar resposta satisfatória.

A guerra tinha provado que os países vizinhos necessitavam de uma política "comum" para evitar as guerras que traziam a desgraça e o caos económico.[26] Nessa medida foi com naturalidade que Alemanha, França, Itália e os países do Benelux, acordaram no nascimento da CECA no dia 18 de Abril de 1952. Logo após a conferência de Messina, a Comissão Spaak sugeriu a criação da CEE e da CEEA, tendo a Declaração Schuman elencado os contornos do processo de integração, baseados sobretudo em respostas às necessidades de forma gradual e flexível[27].

Os anos seguintes foram marcados por uma estável e pujante situação económica a nível internacional, com taxas de crescimento a bater todos os *records*, o que potenciou ainda o privilégio do sector público como mecanismo de fomento de crescimento económico. Esta supremacia do sector público limitava quase por completo a iniciativa privada.

A nível internacional foi também um período em que muitas ex-colónias se libertaram dos seus colonizadores, ou seja, muitas ex-colónias proclamaram a sua independência, o que ajudou a promover uma mundialização do desenvolvimento económico.

Na Europa, a CEE criara o mercado comum assente nas "quatro liberdades"; a livre circulação de pessoas; a liberdade de estabelecimento; a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de circulação de capitais. Um mercado comum saudável implicava não só a livre circulação de pessoas mas também a circulação de factores de produção.[28]

Com efeito, a criação do mercado comum veio alterar o panorama nacional dos países integradores, na medida em que houve um decréscimo acentuado da autonomia económica de cada nação face ao projecto Europeu, o que não agradou a todos.

[26] UNIÃO EUROPEIA, A história da União Europeia [Em linha]. Bruxelas, EU, 2015.
[27] GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche. Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, The Messina Conference [Em linha]. Sanem, CVCE, 2015.
[28] Quanto à livre circulação de factores de produção, Manuel Carlos Lopes Porto entende que é uma mais-valia quando refere que, "nos seus termos o comércio acaba assim por ser um modo de exportar a vantagem proporcionada pela abundância de um determinado factor: por exemplo um pais de mão-de-obra, que pode ser proporcionado igualmente, pela mesma razão e com consequências idênticas" Cf., PORTO, Manuel Carlos Lopes, Teoria da Integração e Politicas Comunitárias, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, pág. 308

Efectivamente, o processo de integração Europeia, começou a acusar algumas dificuldades por volta dos anos sessenta, dificuldades que provocaram o desaceleramento imediato de todos os esforços de integração, apoiados por algumas correntes que defendiam maior autonomia dos Estados.

2.1.2. O PRENÚNCIO DA MUDANÇA

Chegados à década de setenta, começaram a surgir sinais preocupantes oriundos da área energética. Estes sinais adivinhavam uma nova crise económica, a partir da qual, muitos começaram a duvidar da capacidade do Estado intervencionista como Estado capaz de responder aos novos problemas. Por um lado, existiam flutuações cíclicas, por outro a pesada máquina do Estado exercia uma forte condicionante à economia.[29]

O sector energético que provocou as primeiras inquietações, marcou uma alteração profunda na economia mundial. Teve início com o 1º Choque Petrolífero e veio pôr termo a um ciclo de prosperidade[30] que se tinha iniciado ainda nos anos trinta. Sendo o período após este choque de constante aumento de taxas de inflação, provocou uma resposta imediata dos países industrializados, no sentido de implementarem políticas monetárias, com o objectivo de retomar a produção, conter a inflação e potenciar as exportações.

Efectivamente, nem todos os Estados conseguiram aguentar o embate destas pressões sem ter que recorrer ao crédito internacional. Esses países não conseguiram gerir, de forma interna, o aumento da taxa de inflação, nem dar resposta às reivindicações do sector produtivo, o que influenciou todo o sistema interno, não contemplando outra saída senão o pedido de financiamento a outros países, sob pena de uma estagnação completa da economia. Nessa medida o FMI teve um papel preponderante, mas ao mesmo tempo impôs condições que passavam pela obrigação desses países não introduzirem medidas que restringissem a economia.

Apesar de todos os esforços de contenção das espirais recessivas, no ano de 1979, ocorreu o segundo choque petrolífero, fruto da revolução Iraniana, que determinou, a partir de então, uma vulnerabilidade assumida em relação aos países produtores de petróleo. A já existente crise tornou-se um verdadeiro pesadelo, com efeitos que não conheceram limites, a flutuação de preços foi uma constante, bem como ciclos cada

[29] Cf., MARTINEZ, Pedro Soares, Economia Política, Economia Política, Coimbra, Almedina, 10ª ed., pág. 338 e ss.
[30] Cf., SANTOS, Máximo dos, A Participação da Comunidade Europeia na Organização Mundial do Comércio, Em Torno da Revisão do Tratado de Maastricht, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 161 e ss.

vez mais fortes e frequentes do fenómeno da recessão. Nessa medida os anos setenta ficaram marcados pelo aumento desmedido de taxas de inflação, bem como do aumento vertiginoso do desemprego.[31]

Estavam criadas as condições para a crítica internacional ao modelo intervencionista, que começou a ser apontado como o causador dos défices e incapaz de resolver as crises. Era cada vez mais sedimentada a ideia de que o crescimento do sector público não ajudava ao equilíbrio do mercado, pelo contrário, representava um pesado entrave ao investimento que paralisava toda a economia.

Ficou patente que o Estado não conseguiu desempenhar com sucesso esta tarefa de "senhor único e absoluto" da economia, desde logo, pela sua franca ineficácia em gerir os recursos que tinha ao seu dispor, aliado ao enorme custo que a "máquina" obrigava a despender[32].

É possível indicar que a crise no Estado intervencionista foi causada pelo próprio estado intervencionista. A má gestão dos serviços do Estado e a falta de resposta a problemas basilares societários levaram a défices orçamentais recorrentes[33], com consequências irreversíveis para a população em geral, como o aumento da pobreza e do desemprego, resultando em condições precárias de vida e o vertiginoso aumento da temível dívida pública, que progredia a passos largos, na mesma proporção das medidas de intervenção que se impunham.

Por um lado, a dívida aumentava, pelo outro, diminuía a possibilidade de interligação do Estado com a iniciativa privada, o que em *ultima ratio* leva à efectiva falta de concorrência e consequente desvantagem para o cidadão comum, que se via privado

[31] Cf., HAMILTON, James D., Uncovering Financial Markets Expectations of Inflation, Journal of Political Economy, nº 83, 1985, pág.1224 e ss.

[32] Os elevados custos do sector público e os atrasos que o Intervencionismo provocaram são também identificados por Maria Eduarda Azevedo quando afirma que o Estado Intervencionista era ineficaz devido ao "elevado custo financeiro do sector publico, que respondia por défices orçamentais persistentes e aparentemente incontroláveis, exigindo dos Governos o recurso sistemático ao empréstimo com as repercussões inevitáveis seja no volume da divida, seja na estrutura da despesa.", atribuindo também a este Estado uma responsabilidade pelo atraso em todos os níveis societários "a intervenção publica em quase todos os domínios da vida económica e social não havia deixado afirmar o mercado, nem robustecer a iniciativa privada, comprometendo as regras de conduta de uma economia mista" Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.182

[33] Estes défices, segundo João Nuno Calvão, deviam-se ao "envelhecimento da população e à quebra da taxa de natalidade" que obviamente "colocam em causa a sustentabilidade do financiamento dos sistemas de Segurança Social de vários países europeus, num período em que o arrefecimento do crescimento económico se traduz na redução de receitas públicas.
Ora, o aumento das despesas sociais e o decréscimo das receitas disponíveis provocam défices orçamentais cada vez maiores, pelo que a crise (falência?) do Estado Providência é fruto das dificuldades do Estado Fiscal." Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, Serviços de Interesse Económico Geral, Coimbra: Almedina, 2008, pag.36

de acesso a preços mais competitivos, resultando num custo de vida bastante superior ao desejado.

É facto que o modelo intervencionista não conseguiu acompanhar a evolução global que era acompanhada pelo acréscimo da população, pelo esgotamento dos fundos para investimento em obras e manutenção e por um problema de fundo estrutural que era a corrupção oriunda do próprio Estado, sendo por essa razão muito difícil de combater, já que as entidades fiscalizadoras eram entidades que não eram independentes do Estado, logo a sua transparência estava ferida de morte *ab initio*.

Face a tudo isto, foi com naturalidade que foram revistas as condições das relações entre o Estado e a economia, que acabaram por diminuir consideravelmente a intervenção do Estado na economia, sem que isso queira dizer que o Estado tenha voltado às concepções liberalistas no seu papel de garantia.

2.2. DA POLÍTICA INTERVENCIONISTA PARA UMA POLÍTICA NEO-LIBERAL

Em meados dos anos 80, era chegado o momento de aceitar a ineficácia total do Estado. Toda a corrente intervencionista tinha falhado e já ninguém acreditava nesse modelo obsoleto, cujas raízes remontavam ao início do século e que em nada se aproximavam de um modelo ajustado e global, que correspondesse efectivamente às verdadeiras necessidades sociais de bem-estar, num mundo que também ele tinha sofrido alterações profundas, nomeadamente alterações fruto do fenómeno da globalização.

Esse momento em que se sentiu a necessidade de uma mudança de base, mais libertadora das influências do Estado, ficou conhecido como revolução neo-liberal, ou como alguns lhe chamam a crise do Estado-providência.[34]

No contexto de mercado neo-liberal, o Estado deixaria de controlar a economia, pelo menos directamente, nas palavras de Eduardo Paz Ferreira:

> São anos em que muitas das principais universidades vivem sob influência de autores de inspiração liberal, fortemente anti-Keynesianos, e em que florescem as correntes monetaristas e das expectativas racionais, que com diferentes variantes apresentam, como ponto em comum, uma profunda desconfiança quanto às virtualidades da intervenção do Estado na Economia[35].

[34] Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit., pág.36
[35] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, op. cit., pág.357

Agora, o Estado actuaria como um mero captador de interesses, agindo como mediador dos agentes económicos, no sentido de captar o maior investimento possível de cada um deles.

Percebeu-se que seria mais inteligente entregar as tarefas que incumbiam ao Estado a privados, pois estes, além de uma maior rentabilização dos meios, conseguiriam exonerar e libertar o Estado dessa tarefa, deixando-o mais disponível para atender a outro tipo de necessidades.

Assiste-se, por isso, a uma crescente intervenção dos privados no bem comum e a sua eficácia é cada vez mais reconhecida, surgindo assim pela primeira vez conceitos como a desregulamentação, liberalização e privatização.

Nas palavras de Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira:

> ao contrário da economia baseada na intervenção económica do Estado e nos serviços públicos directamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e na concorrência, depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante. Na nova economia de mercado, tão importante como uma cultura de concorrência é uma cultura de regulação[36].

Assim, após os anos oitenta, com a descredibilização da intervenção do Estado, dando proeminência aos alargados segmentos dos serviços públicos, o fracasso das orientações e políticas económicas dos anos setenta e as consequências negativas emergentes da segunda crise do petróleo, desencadearam fortes críticas quer relativamente à magnitude do serviço público, quer à inflexibilidade das políticas do sector público, que mereceram vivo repúdio, por obstarem a uma melhor competitividade e aumento da produção.[37]

Surgiam as críticas ao modelo de progressismo macroeconómico, praticado durante muitos anos nos países industrializados, em consequência do idealismo de Keynes de impulso à despesa pública para suscitar a procura, influenciada pelas teorias socialistas ao encontro dos interesses do sector, a qual não conseguiu respostas

[36] Cf., MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA Vital, A Mão Visível, Mercado e Regulação, Almedina, pág.15
[37] Cf., ELGAR, Edward, The growth of the public sector: theories and international evidence, Cheltenham, Aldershot, 1993, pág.56 e ss.

proporcionais para a actualização e adequação, reclamadas, como se disse, pelo desejado crescimento da produção e concorrência adequada[38].

Levantaram-se as vozes às deficiências da intervenção do Estado, criticando-se o exagerado preço do serviço público, criador de défices orçamentais recorrentes e absolutamente imprevisíveis, que obrigaram os Governos a empréstimos sucessivos para controlar as contas públicas, aumentando o montante da dívida e o fardo das despesas acrescidas inerentes.[39]

Tal posição foi largamente ampliada, tanto pelo processo de globalização, como pela integração europeia, que suavizou valências sociais importantes e deu um impulso determinante para a criação e consolidação da união monetária.

De salientar, que o intervencionismo na maior parte dos sectores económicos e sociais não deixou cimentar o mercado e muito menos fortalecer a iniciativa privada, pondo em causa as regras de comportamento indispensáveis numa economia mista e os sinais veiculados pelos sistemas de preços imprescindíveis à eficiência dos mercados.

Desta forma, resultou evidente assumir que, durante esse lapso temporal, se tinha sonegado a hipótese de conjugar uma estreita conjugação entre os sectores público e privado, como era desejado.

Pelo que, sentiu-se a necessidade de repensar o papel e funções do Estado, dividido entre a globalização, a preponderância dos países mais ricos e o crescimento dos grandes blocos económicos, como salienta Sousa Franco[40], exortando uma nova postura do Estado e de iniciativa dos privados tanto na economia como na sociedade em geral.

Regista-se, assim, uma renovação e metamorfose do paradigma económico, com um novo modelo de governação, aumentando o papel e o desempenho dos privados para o sector público, o que propiciou a interiorização dos valores e práticas do "*new public management*"[41], tendentes à reformulação do papel do Estado.

Aliás, uma situação, onde o Estado, colocado numa posição mais secundária, ao contrário de agir de forma directa, dá prevalência a aproveitar o substrato da

[38] Cf.,GILBERT, N., Transformation of the Welfare State, The Silent Surrender of Public Responsibility, Oxford, Oxford University Press, 2004, pág.86 e ss.
[39] Cf., PEREIRA, Paulo Trigo; AFONSO, António; ARCANJO, Manuela; SANTOS, José Carlos Gomes, Economia e Finanças Publicas, Escolar Editora, 2005, pág.34 e ss.
[40] Cf., FRANCO, António L. Sousa, Finanças Públicas e Direito Financeiro, op. cit., pág.67 e ss.
[41] Cf., ESTORNINHO, Maria João, A Fuga para o Direito Privado, Coimbra, Almedina, 1996, pág.48; Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.184

sociedade com o objectivo de tirar o maior partido das potencialidades privadas para prosseguir finalidades do serviço público, fomentando políticas com vista à realidade das privatizações e seus ideais.

Ensaia-se assim, uma reestruturação de funções dos públicos e privados, de que emana a restrição das responsabilidades cometidas ao sector público registando-se o crescimento intervencionista dos agentes privados na concretização do bem comum, dando-se, de alguma forma, prioridade à sociedade em prejuízo do Estado, com uma repercussão notória nos segmentos das relações públicas e privadas, sendo estas consideradas de grande interesse público.

Neste contexto, recorre-se de alguma forma, a uma estratégia contemplada no século XIX e posta em prática ao tempo do apogeu do intervencionismo, altura em que os privados foram chamados a exercer cargos e as inerentes responsabilidades no serviço público. Contudo, antes o sector privado limitava-se a colaborar nas tarefas secundárias do Estado, depois, os privados participam igualmente nas tarefas importantes do Estado, alguns até de forma espontânea[42].

Ao contrário do que antes sucedia, os agentes privados deixam de ser os cidadãos socialmente desvinculados do Estado liberal, assumindo aqui um desempenho activo, partilhando com o Estado a difícil missão de levar a bom termo os objectivos institucionais inerentes.[43]

Assiste-se assim, a um papel crucial dos privados na realização de actividades de interesse público, afigurando-se inequívoco que a governação não reveste uma prerrogativa apenas do poder público, mas também dos particulares.[44]

2.2.1. UM NOVO MODELO DE GOVERNAÇÃO

Chegados quase aos Anos 90, surge o esplendor do neo-liberalismo alicerçado pelas teorias monetaristas, tendo os sectores neo-liberais considerado os sectores públicos e as suas incapacidades de colmatar as falhas de mercado, como as principais causas da crise instalada.

[42] Cf., FREEMAN, Jody, Private parties, public and the new administrative law, Law Rev., vol.52, nº3, 2000, pág.823 e 824
[43] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.184
[44] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.184.

Consequentemente, começou a aceitar-se uma menor intervenção do Estado na economia e as teorias Keynesianistas ultrapassadas pelas teorias neo-liberais[45], como bem sustenta Fernando Araújo.

Defendido entre outros autores por Friedman e Hayek, o monetarismo assumiu uma noção de liquidez diferente do protagonizado por Keynes, preconizando uma solução que olvidou reanimar os procedimentos compensatórios e reduzir, ao máximo, as discricionariedades das autoridades[46], como sustenta Sousa Franco. Nesta perspectiva, o estudo do aspecto monetário foi sem dúvida uma mais-valia importante no escopo desta corrente económica.

Assim, no pressuposto da fixação da procura da moeda, da falência e ineficácia das suas políticas estabilizadoras, do reduzido valor do multiplicador de Keynes e bem assim a fixação das normas monetárias, o novo paradigma económico baseou-se no aspecto primordial da fixação do circuito e função monetária, devendo os bancos centrais voltar a desenvolver a política macroeconómica, sob a égide deste novo paradigma.

De facto, este novo paradigma reclama o rejuvenescimento do mercado, a par do aumento exponencial da concorrência, apostando numa iniciativa privada persistente, indispensável à concretização do bem comum[47], passando até pela discussão das fronteiras e dos modelos de selecção entre os públicos e privados.

De salientar que o monetarismo foi seguido, sobretudo nos Estados Unidos e Inglaterra, ao mesmo tempo que surgia a teoria do "*supply-side economics*", que defendeu a baixa de impostos sobre a oferta global[48].

Tentava-se assim fomentar o investimento e a consequente produtividade, apoiando a iniciativa dos privados, mas por seu turno, quebrar ou pelo menos limitar o crescimento do sector público como restauração estrutural do mercado.

O regresso aos mercados na Europa ditou novas definições de liberalização, desregulação e privatização[49] que, repentinamente, traçaram a alteração de paradigma económico.

[45] Cf., ARAUJO, Fernando, Introdução à Economia, vol. II, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2004, pág.1354
[46] Cf., FRANCO, António L. Sousa, Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro, op. cit., pág.273 e ss.
[47] Cf., NUNES, A. J. Avelãs, O Keynesianismo e a Contra-revolução Monetarista, Coimbra, Bol. Cien. Econo., vol. XXXV, 1992, pág.1 e 2.
[48] Cf., NABAIS, José Casalta, Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2005, pág.63 e 64.

Assim, em concreto, a liberalização desencadeou o início da concorrência de actividades, outrora prosseguidas em exclusivo público, possibilitando o surgimento de empresas privadas ao lado de empresas públicas.[50]

Por seu turno, a desregulação determinou quase o desaparecimento de limitações à entrada de mercadorias e dos privados ao mercado, acolhendo o binómio concorrência/entidade reguladora.[51]

Finalmente, as privatizações designadas inicialmente por alguns autores de "desnacionalizações", justificaram-se por preocupações de uma melhor garantia e resposta às carências vitais da sociedade. Por via da reestruturação dos sectores, onde a iniciativa privada pode agir mais eficientemente, outras são mais propícias aos serviços públicos, tornando-se inequivocamente como as palavras de ordem do novo tráfego mercantil, consubstanciada e justificada no lema "Menos Estado, Melhor Estado"[52], como bem salienta Maria Eduarda Azevedo na obra citada.

De salientar ainda, que as privatizações com sistemas económicos menos intervencionistas, deram decididamente um passo importante para revitalizar a eficácia em diferentes áreas, permitindo alguma flexibilidade na resposta às carências públicas por meio dos agentes privados, tornando-se, até, numa prioridade dos agentes políticos nacionais.[53]

Acresce que, as privatizações ditaram a diminuição da intervenção do sector público na economia, a par da diminuição das responsabilidades da Administração Pública.

Na realidade, a superior responsabilidade do Estado foi deslocada, na sua execução, para os privados mercê da liberalização, apesar de fixada na óptica do sector público[54].

Por elementar justiça, salientamos nesta questão das "privatizações" o modelo Inglês, por ter sido o primeiro na Europa. Foi para alguns autores um exemplo a seguir, mormente para os países pouco experimentados na privatização de sectores relevantes da economia, revestindo aquelas uma medida política de louvável coragem e uma mais-valia da provisão pública.

---

[49] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.185.
[50] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.185.
[51] Cf., CABRAL, Nazaré Costa, O Principio da Desregulação e o Sector Bancário, RFDUL, vol. XXXVIII, nº2, pág.410 e ss.
[52] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.185.
[53] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, Coimbra, Almedina, 2003, pág.234 e ss.
[54] Cf., GONÇALVES, Pedro, A Concessão de Serviços Púbicos, Coimbra, Almedina, 1999, pág.20 e ss.

Assim, depois de privatizarem muitas empresas públicas, as privatizações atingem também os serviços Públicos, fruto das posições generalizadas à falta de eficiência e burocracite desses serviços.[55]

Desta forma, a nova matriz económica deu especial relevo à valoração da provisão pública, tendo os serviços da Administração Pública começado a utilizar recorrentemente o direito privado, incentivando a soluções cada vez mais privatistas[56], como muito bem ilustra Pedro Gonçalves.

Mas a desintervenção pública no contexto económico-financeiro não ditou, de forma alguma, o retorno ao Estado liberal, pois, o novo Estado (neo-liberal) não aconteceu, somente por razões de ordem ideológica.

Foram decisivos, ou pelo menos relevantes, as causas inerentes à necessidade de conter o défice e a dívida pública, com vista a uma boa regulação orçamental como as exigidas pelo PEC aos países da Comunidade Europeia.

Destarte, seguindo as novas sugestões de política económica, o orçamento registou de novo, um lugar fulcral no campo das questões macroeconómicas, desencadeando o ressurgimento da relevância do direito económico como um segmento jurídico importante do direito financeiro, gradualmente autónomo[57].

Assim, o orçamento desta forma dinamizado, começou a ser visto como a forma ideal para reforçar a contenção da despesa pública, ou seja, foi o instrumento por excelência para conter a despesa como impunha a Europa.[58]

Nesse escopo e por inerência específica, aumentou-se igualmente a supervisão parlamentar, bem assim como a fiscalização externa da receita e da despesa, com uma acrescida necessidade de prosseguir uma boa gestão pública-financeira.

Simultaneamente, nas novas sociedades de economia mista[59], reduziram-se também as despesas, utilizando formas de financiamento e gestão privados com uma adequada resposta à melhoria dos interesses dos cidadãos em geral.

[55] Cf.,BRETON, Albert; WINTROBE, Roland, The Logic of Burocratic Conduct, Cambridge University Press, 1982, pág.13 e ss.
[56] Cf.,GONÇALVES, Pedro, O Contrato Administrativo, Coimbra, Almedina, 2004, pág.46 e 47.
[57] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, op. cit., pág.136 e ss.
[58] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, op. cit., pág.135 e ss.
[59] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, op cit., pág.172

Também no aspecto tributário, assistiu-se a uma abertura fiscal nunca antes vista, muito por culpa da globalização. Abertura fiscal que inicialmente foi bem recebida, mas que mais tarde, ao ter baixado substancialmente as taxas, provocou um enorme desequilíbrio quer dos impostos fiscais, quer dos impostos suportados pelos diversos contribuintes.

Chegando mesmo à deslocação da tributação das empresas, do rendimento, do capital e dos rendimentos profissionais, procurando ainda contrariar o chamado declínio do poder fiscal parlamentar, ligado à transferência do poder relativo aos impostos[60].

Isto, no quadro baseado no desiderato de incutir aos contribuintes a vontade de pagar os impostos, contrariando soluções de substituição da autorização parlamentar dos impostos por regras fixas com larga aceitação. Possibilitando também, a correcção a abusos da tributação pela via do referendo, procurando-se, como bem salienta Diogo Leite Campos, um novo contrato social dos impostos no qual o contribuinte percebe, aceita e concorda que sejam cobrados impostos[61].

2.2.2. O NOVO MODELO NO ESCOPO DA CONSTRUÇÃO EUROPEIA

Caminhando no tempo, é forçoso salientar que as grandes metamorfoses políticas e económicas e bem assim a construção da Europa advieram, fundamentalmente, da Queda do Muro de Berlim, que desencadeou um revés das ideologias e das principais doutrinas vigentes, surgindo novos modelos político-económicos[62].

Esta conjuntura veio modificar o panorama global, ditando o ponto final ao mundo dualista do pós-guerra, baseado em duas políticas opostas, iniciando-se assim, a via para uma Europa unida.

Paralelamente, à união da Alemanha e verificados os requisitos aprovados no CE, iniciou-se o percurso da candidatura dos PECO's à EU, respeitando os princípios do Estado de Direito Democrático e a Economia de Mercado[63].

[60] Cf., NABAIS, José Casalta, Por um Estado Fiscal Suportável, op. cit., pág.139 e ss.
[61] Cf., CAMPOS, Diogo Leite, O Novo Contrato Social, dos Impostos às Contribuições, Rev. AO nº 3, 2005, pág.649 e ss.
[62] Cf., BRETHERTON, Charlotte; PONTON, Geoffrey, Global Politics ,An Introduction, Oxford, Blackwell, 1996,pág.120 e ss.
[63] Cf., MAYHEW, Alain, Recreating Europe, The European Union´s Policy Towards Central and Eastern Europe, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pág.87 e ss.

Este percurso de expansão, concentrou aturadas preocupações para a concretização de reformas cruciais dos próprios Estados e bem assim da União Europeia, amplamente alargada, como não há memória.

Para tal desiderato e verificação dos requisitos económicos exigíveis, os países/candidatos empreenderam reformas de privatizações dos serviços, substituindo o modelo colectivista pela economia de mercado, criando novos modelos financeiros para cumprimento de tais requisitos.[64]

Na realidade, a "Perestroika" e a "Glasnot" surtiram uma alteração muito considerável na União Soviética, designadamente, o desaparecimento das economias de índole colectivista. Também em outros Estados do Leste[65], determinaram o aparecimento de economias mistas, deixando de prioritizar os serviços públicos e intervenção estatal, temática das economias tradicionais[66].

Após os anos oitenta, a integração europeia deparou-se com o surgimento do mercado interno, a realização da UEM, na alteração da Comunidade em União e a extensão aos Estados da Europa Central e também Oriental, marcando determinantemente a matriz da integração europeia superando o Grande Mercado, o desafio do Novo Século[67].

O Mercado interno, advindo do Acto Único Europeu[68], a que não foi alheio o Relatório Cecchini e os custos da não Europa, admitiu as vantagens de um espaço a nível territorial e financeiro comum, sem obstáculos no que tange às quatro liberdades de circulação.[69]

Um autêntico mercado que não conhece fronteiras no seu seio, sem intervenção exclusiva dos serviços públicos que possam impedir a interdisciplinaridade das economias nacionais, alargando-se o direito de livre circulação aos cidadãos, indiciando a ultrapassagem da concepção mercantilista na esteira do mercado comum[70].

---

[64] Cf., MATEUS, Augusto; BRITO J. M. Brandão de; MARTINS, Victor, Portugal XXI. Cenários de desenvolvimento, Venda-Nova, Bertrand, 1995, pág..28 e ss.
[65] Cf., MOREIRA, Vital, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, op. cit., pág.19.
[66] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, op. cit., ,pág.115 e ss.
[67] Cf.,AZEVEDO, Maria Eduarda*,* A Europa em Movimento*,* Apostas e Desafios no Limiar do Novo Século*,* Lisboa, Editorial Noticias, 1997, pág.331 e ss.
[68] Doravante AUE
[69] Cf., ALVARES, Pedro, Maastricht. A Europa e o Futuro, Mem-Martins, Publicações Europa-América, 1992, pág.44 e ss.
[70] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, Direito Europeu. Instituições e Políticas da União, op. cit., pág.22 e ss.

De facto, o mercado interno iria repercutir-se no encontro das economias nacionais, incentivando os investimentos do sector privado para uma Europa em movimento e em correlação económica, com redução das políticas independentes e uma menor burocracia das fronteiras.

No entanto, pese embora as mutações limitadas que acrescentou, o AUE desenvolveu vias funcionalistas, salientadas no relatório Delors, na compreensão da união económica e monetária como o aperfeiçoamento do processo do mercado interno, consubstanciando apenas um todo, advindo assim uma nova perspectiva de mercado, com uma moeda única, um verdadeiro enlace político-económico.[71]

Assiste-se, de seguida, ainda no princípio dos Anos 90, através do Tratado de Maastricht, à segunda maior revisão do Tratado da CEE, fomentando-se uma substituição de fundo no projecto de integração, não apenas no campo económico e neo-funcionalista que influenciou o conceito da CEE e continuada com o AUE, mas, fundamentalmente vocacionada a um panorama global da integração europeia[72], ultrapassando-se, assim, uma mera reforma com parâmetros limitados.

Nesta perspectiva, inclui-se igualmente o sector político, na óptica do espírito federal da integração europeia, com repercussões inequívocas no confronto de poderes entre os Estados-nação e as estruturas da Comunidade Europeia.[73]

No entanto, convirá salientar que com Maastricht, não foi pretensão dos Estados membros a mutação da Comunidade num Estado Federal, mantendo-se a situação original, salvo a criação da União Económica e Monetária[74] e a sua inerente autoridade supranacional[75], consubstanciando como o início do Estado Federal, acabando por repercutir-se, não só na base dualista das bases da União, mas ainda na UEM e sua filosofia subjacente.

Desta forma e neste contexto, aparece a UE[76], projecto já aflorado desde os Anos 50, assimilando o conceito de uma nova cidadania, novo paradigma de decisão, com competências partilhadas e acolhimento da cooperação entre Governos, a nível das

[71] Cf.,CUNHA, Paulo de Pitta e, Reflexões sobre a União Europeia, Direito Europeu, Instituições e Políticas da União, op. cit., pág.184 e ss.
[72] Cf., MAIOR, Paulo Vila, A Europa e os Desafios do Seculo XXI, visão crítica dos Tratados de Maastricht e de Amesterdão, Porto, Universidade Fernando Pessoa, 1977, pág.23 e ss.
[73] Cf.,CUNHA, Paulo de Pitta e,,Reflexões sobre a União Europeia, Rev. Banca nº21, 1992, pág.111 e ss.
[74] Doravante UEM
[75] Cf.,CUNHA, Paulo de Pitta e, Direito Europeu, Instituições e Políticas da União, op. cit., , pág.257 e ss.
[76] Cf.,QUADROS, Fausto de, Direito da União Europeia, Direito da União Europeia, Coimbra, Almedina, 2004, pág.53 e ss.

políticas comuns externas e de segurança, bem como da justiça e dos assuntos internos.

Estendem-se, consequentemente, os segmentos da actuação da Comunidade a sectores que ultrapassavam a vertente económica e onde os Estados eram dotados de prerrogativas no âmbito do direito internacional, numa Europa, cada vez mais em movimento com alterações institucionais.[77]

Porém, o aspecto mais profundo do Tratado foi o nascimento da UEM, considerando a moeda única como uma vinculação efectiva, reclamando regras rígidas em sede de orçamentos, aproximando-se dos modelos dos parlamentos nacionais ou pelo menos de suas especificidades.[78]

Desta sorte, a integração monetária veio de encontro ao antigo anseio expresso no plano Werner,[79] concluindo o mercado único – moeda única, assistindo-se à hipótese de uma passagem de poderes para as autoridades supranacionais atinentes à questão da moeda, já que até aí, os países Europeus incorriam em limitações específicas de soberania encapuçada numa soberania partilhada[80].

Pretendia-se a concretização de um momento mais renovado de integração, em duas valências, uma económica e outra monetária e também, na implementação da moeda única, valorizando-se o surgimento de um espaço monetário único numa deliberação manifestamente política, representando, por isso, a UEM o maior avanço no processo de integração Europeia[81].

O Tratado de Maastricht, no contexto de integração monetária, obrigou que a entrada dos Estados membros no Euro fosse condicionada à satisfação de pressupostos únicos com normas convergentes das economias, pese embora, segundo alguns autores, como Mundell, entenderem não significar a zona Euro uma zona monetária óptima[82], dada a falta de pressupostos essenciais, tais como o carácter flexível dos factores de produção, especialmente do trabalho e de processos de transferência imediatas da Comunidade para os Estados Membros.

---

[77] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, Direito Europeu, Instituições e Políticas da União, op. cit., pág.24 e ss

[78] Cf., DYSON, Kenneth; FEARTHSTONE, Kevin, The road to Maastricht, negotiating economic and monetary union, Oxford, Oxford University Press, 1999, pág.25 e ss.

[79] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, A União Económica e Monetária e as Perspectivas da Integração Europeia, op. cit., pág.87 e ss.

[80] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, A Integração Europeia No Dobrar do Século, Coimbra, Almedina, 2003, pág.13

[81] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, A Integração Europeia No Dobrar do Século, pág.24

[82] Cf., VIEIRA, Isabel Viegas, A União Monetária Europeia na Perspectiva da Teoria das Zonas Monetárias Óptimas, Ensaios de Homenagem a Manuel Jacinto Nunes, Lisboa, ISEG/UTL, 1996, pág.373 e ss.

Elegendo apenas as condições de padronização nominal como requisito de entrada na UEM, tais parâmetros denunciaram a enorme preocupação e tendência para conceder à estabilização dos preços e à imposição de pressupostos financeiros adequados, um papel decisivo, quiçá único, manifestando uma postura diversa da teoria de Keynes que ditava e pugnava por metas a alcançar de harmonia com as orientações políticas dos Estados[83].

Uma meta trazida de Friedman, que desafiou publicamente a corrente Keynesiana, que acreditava que a inflação resolveria o problema do desemprego.

Friedman pressionou os Governos a adoptarem medidas inflexíveis no que diz respeito à inflação. No entanto, a imposição de alcançar o objectivo de uma inflação mínima ou inexistente, obrigou a reajustes de preços e salários, mais caros e problemáticos, uma vez que se exigia a respectiva baixa, como era desejado.

Desta forma, a orientação da política monetária alcançou uma tónica deflacionista, em oposição ao desenvolvimento da economia, bem como ao fomento do mercado de trabalho, atenta a inflexibilidade do BCE, perante o quase iminente aumento dos preços. Aplicaram-se os princípios do Estado liberal, colocando o mercado a solucionar os momentos de crise através da baixa dos salários entre outras medidas[84].

Estávamos perante um quadro de inspiração cariz liberal-conservadora e monetarista, que à data da negociação de Maastricht tentou alterar a corrente Keynesiana, no contexto da política económica. Também na Alemanha sobre a égide do Banco Central e a inerente estabilidade, acentuou-se o método monetário e orçamental, voltando à disciplina clássica[85], condição da Alemanha para aceitar o abandono da sua valiosa moeda[86].

Fomentou-se a prática duma disciplina monetária e orçamental relevantes como suporte do crescimento sustentado, pressionados pelas metas de convergências exigidas pelos Estados Membros.

[83] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, A União Económica e Monetária e o Objectivo da Moeda Única, op. cit., pág.6 e ss.
[84] Cf., NUNES, A.J Avelãs, A Constituição Europeia, A Constitucionalização do Neoliberalismo, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág.119 e ss.
[85] Cf., FERRERA, Eduardo Paz, Da Divida Publica e das Garantias dos Credores do Estado, op. cit., pág.124.
[86] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, Direito Europeu. Instituições e Políticas da União, Coimbra, Almedina, 2006, pág.40.

Neste aspecto, algumas das linhas de orientação de Maastricht sofreram críticas em termos de objectividade económica, por exemplo, a introdução de normas atinentes à dívida pública entre os critérios relativos à convergência económica[87].

Convergência essa justificada, ou pelos limites ao aumento do sector público, ou das consequências negativas para os restantes membros, pelo aumento da divida de um qualquer Estado, ou então, do pressuposto de que a integração e seu processo aumentavam a tendência dos Governos a preferirem o endividamento ao aumento da carga fiscal. Argumentos não pacíficos para alguns autores como é o caso de Eduardo Paz Ferreira[88].

De resto, a inflexibilidade das regras orçamentais em tempo de recessão económica, com agravamento do défice dos Governos, motivou fortes censuras na Europa e naturalmente dentro de cada país[89].

Os critérios, para tal, ajustados a favor de finanças públicas sólidas, não levaram em linha de conta as especificidades dos diversos espaços económicos nacionais e as diversas consequências emergentes das condições impostas.[90]

Surge assim um quadro para o qual a União Europeia não conseguiu dar suprimento, ignorando as circunstâncias realistas do desenvolvimento, o emprego e o bem-estar social, sendo responsável pelo retardamento na reabilitação económica dos diversos Estados, entendendo alguns autores, como Paulo de Pitta e Cunha[91], que se deveria deixar, para mais tarde, a tomada de decisões fulcrais à integração monetária e sua irreversibilidade.

De facto, a escolha de padrões uniformes emergiu da inequívoca diferenciação dos Estados referente, quer à situação das finanças, quer ao quantitativo acumulado da dívida, a que não foram alheios os parâmetros de inscrição do orçamento e o tipo de formalização do défice, desencadeando uma decisão una, uma vez que o acolhimento

[87] Cf., FERRERA, Eduardo Paz, Da Divida Publica e das Garantias dos Credores do Estado, op. cit., pág.126 e ss.
[88] Cf., FERRERA, Eduardo Paz, Da Divida Publica e das Garantias dos Credores do Estado, op. cit., ,pág.127.
[89] CUNHA, Paulo de Pitta e, A União Económica e Monetária e o Objectivo da Moeda Única, Coimbra, Almedina, 1997, pág.10 e ss.
[90] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Notas Sobre a Decisão Financeira e a União Económica e Monetária, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 2006, pág.758 e ss.
[91] CUNHA, Paulo de Pitta e, Reflexões sobre a União Europeia, Rev. Banca nº 21, 1992,pág.116 e ss.

de decisões diversas obstava à definição de uma política macroeconómica global e coerente, como *in casu* se impunha[92].

Por outro lado, registava-se um esforço no encontro das economias dos Estados Membros, como condição *sine qua non* da entrada na zona euro, havendo um esforço comum financeiro para assegurar a respectiva convergência. Segundo alguns autores, como Gonçalo Gentil Anastácio[93], existem vantagens numa solução de federalismo orçamental, apesar da conhecida oposição a tal projecto por outros países.

Com efeito, o desiderato da união preconizada em Maastricht não foi alcançado, desde logo, pela falta de expressão e mobilidade do orçamento da comunidade, configurado no Pacote Delors II, legitimando a polémica do carácter central da execução das finalidades da consonância das economias face à UEM e seus pressupostos.[94]

Desde logo, porque a renovação deste tipo de compromisso para além de 1999, estava longe de qualquer segurança, havendo pouco tempo para suprir as lacunas das políticas nacionais orientadas para a convergência nominal, havendo a preocupação de proteger os Estados mais pobres prejudicados pela atracção para as regiões do Centro do Espaço Económico integrado, conforme nos diz Paulo da Pitta e Cunha.[95]

Nesta conjuntura, a criação da UEM pressupôs a renúncia dos Estados-Membros à potencialidade de regular o crédito, bem como as relações de carácter económico e financeiro, não precavendo as consequências de uma profunda integração política emergente da mais alargada transferência de poderes para a Comunidade[96], como atrás se referiu.

Foi sem dúvida, uma limitação dos meios de política económica, que passaram a uma direcção comum, quebrando o inerente comprometimento, com implicações consequentes numa radical reestruturação política com carisma federal.

Com efeito, a EU com a UEM, pretendeu de forma insofismável, vencer determinantemente e de forma pré-ordenada, a aposta em uma moeda única

[92] Cf., FERRERA, Eduardo Paz, Da Divida Publica e das Garantias dos Credores do Estado, op. cit., pág.124 e ss.
[93] Cf., ANASTACIO, Gonçalo Gentil, Disciplina e Federalismo Orçamental na Zona Euro, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol.II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág.785 e 786.
[94] Cf., HITIRIS,T., Does the European Union need a federal budget ?, Current politics and Economics of Europe, vol. 6, 1996, pág.229
[95] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, A Revisão Institucional e a Convergência Económica, Problemas dos Pequenos e Médios Estados membros, Rev. FDL, vol. XXXVII, nº 1, 1995, pág.219.
[96] CUNHA, Paulo Pitta e, A UEM e as perspectivas da Integração Europeia, A União Europeia na Encruzilhada, Coimbra, Almedina, 1996, pág.8 e ss.

duradoura e indutora da confiança da Europa, para assim pôr termo aos movimentos de acentuada especulação, conforme diz Manuel Carlos Lopes Porto[97].

Pese embora as vantagens reconhecidas, a que cabe fazer *jus*, a moeda única desencadeou também dissabores. Assim, com o termo da autonomia dos países na triagem da política monetária, a UEM adoptou um sentido limitado, considerando que a finalidade da estabilidade poderia ser potencialmente condutora a políticas de contenção permanente[98], o que veio a verificar-se.

No que tange aos critérios de convergência, acabaram precocemente por consubstanciar uma exigência a continuar, na terceira fase da UEM, como garante da ordem orçamental, tendo subjacente a defesa de que umas finanças públicas sólidas constituam condição *sine qua non* ao crescimento sustentável, conforme nos diz Eduardo Paz Ferreira[99].

Mercê do reiterado empenho dos países do Sul, conhecidos pelos seus inconstantes orçamentos, que terá levado os Estados Membros ao PEC, em 1997, no CE de Amesterdão, meses antes do início da UEM, conjugando a obrigação da exigência orçamental que Maastricht defendia e preconizava.[100]

Sendo que o Pacto exigiu uma meta de médio prazo para os Países-Membros atingirem quadros próximos do equilíbrio ou, até mais, ditando normas para a superintendência do orçamento, sendo assim possível responderem os Estados às alterações cíclicas, de forma a não ultrapassar o valor de referência do PIB[101].

O PEC, para se certificar do rigoroso cumprimento dos critérios impostos, estabeleceu um mecanismo de vigilância orientado na avaliação de programas de estabilidade e submetidos, anualmente, ao Conselho e à Comissão, aglomerando as finalidades orçamentais e indicando as medidas para assegurar os valores da dívida.

Esta via, proporcionava o acompanhamento progressivo e regular da actividade económica de cada país membro, fiscalizar a conformidade económica com as condições impostas, obrigando o Conselho, por parte da Comissão, a lançar um aviso instantâneo aquando da verificação de qualquer desvio substancial do orçamento no

[97] Cf., PORTO, Manuel Carlos Lopes, A União Monetária e os processos de convergência, A União Europeia na Encruzilhada, Coimbra, Almedina, 1996, pág.101 e ss.
[98] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e, Direito Europeu, Instituições e Politicas da União, op. cit., pág.16 e ss.
[99] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, op. cit., pág.132.
[100] Cf., EVANS, P. ; KARRAS, G., Convergence revisited, Journal of Monetary Economics, vol. 37, nº 2, 1997, pág.249 e ss.
[101] Cf., HAHN, Hugo J., The Stability Pact for European Monetary Union: compilance with deficit limit as a constant legal duty, CMLR nº1, 1998, pág.77 e ss.

que concerne às linhas orientadoras programáticas, com a finalidade de assegurar a confiança da moeda única europeia e o papel do PEC.[102]

Finalmente, para além de normas sobre as Finanças Publicas com vista à desejada estabilidade do orçamento, criaram-se também normas para a imposição de sanções inerentes à falta de cumprimento das mesmas, para colmatar défices exagerados, que consubstanciou a entrega de um depósito, substituído por multa, no termo de dois anos, conforme a Disciplina do Pacto de Estabilidade e Crescimento[103].

Curiosamente, os Estados que atingissem um défice excessivo, acabavam por contribuir para financiar o orçamento comunitário, uma vez que este seria beneficiário, quer dos juros, quer das respectivas multas, ficando assim esses Estados, por assim dizer, contribuintes efectivos do orçamento europeu, conforme refere Paulo de Pitta e Cunha[104].

No entanto, para além do compromisso político, as sanções previstas actuam como medida profilática, empenhando-se os Estados Membros no estrito respeito do Pacto, promovendo-se a coerência entre as Finanças Públicas e os constrangimentos orçamentais dos Estados Membros da UE.

Assim, podemos dizer que a alegada manutenção da estabilidade dos preços e a aplicação de condições financeiras transparentes, sustentam, à evidência, os ideais liberais conservadores que estiveram na base da UEM.

Com efeito, apesar de uma entrada positiva, o PEC, acabou para muitos Governos, por se tornar o inverso. Nesse sentido, o PEC começou a restringir a actuação dos Estados-Membros no que diz respeito às suas políticas orçamentais, na medida em que os restringia no modo de intervenção sobre a conjuntura económica.

Muita tinta correu à volta do PEC, que alternaram entre a abolição e a revisão urgente, no sentido de uma maior flexibilização[105], mormente em despesas de investimento, merecendo até severas críticas e o conhecido desabafo do Presidente Prodi em 2002

[102] Cf., PEREIRA,Paulo Trigo; AFONSO, António; ARCANJO, Manuela e SANTOS, José Carlos Gomes, Economia e Finanças Públicas, Lisboa, Escolar Editora, 2005, pág.503 e ss.
[103] Cf., MORAIS, Luis D. S., Portugal e os Défices Excessivos - O Pilar Economico da União Económica e Monetária e a Disciplina do "Pacto de Estabilidade e Crescimento", Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol.II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág.815 e ss.
[104] Cf., CUNHA, Paulo de Pitta e , A União Monetária e o Pacto de Estabilidade, Instituições e Políticas da União, Coimbra, Almedina, 2006, pág.252 e ss.
[105] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Finanças Publicas e Contratos da Administração, Estudos em Memoria do Professor Doutor António Marques dos Santos, vol.II, Coimbra, Almedina, 2005, pág.433 e ss.

ao jornal Francês "Le Monde", ao apelidá-lo de "estúpido", "bem como todas as decisões que são rígidas".

Posteriormente, a Convenção sobre o Futuro da Europa, prestou-lhe alguma atenção, eivada por um anterior propósito reformista, conforme refere Maria Eduarda Azevedo em "A Convenção sobre o futuro da Europa"[106].

Também, em 2005, a revisão dos Regulamentos na base do PEC, não logrou alcançar a abertura anunciada, apenas subsistindo as referências dos défices admitidos e a forma de cálculo das sanções aplicadas casuisticamente ao incumprimento dos Estados.

Nesse pressuposto, os países da zona euro, viram os seus orçamentos limitados pelo PEC, onde o racionamento orçamental marcava o ponto fulcral.

Com o PEC, como sustenta Sousa Franco[107], conseguiu-se chegar ao âmago do vigor orçamental dos Estados Membros, profundamente ajustado à noção de soberania, onde, face a grandes pressões, a política orçamental ficou submetida aos princípios dos défices orçamentais restritivos da liberdade de acção dos Governos[108], sendo no entanto, sempre possível, invocar o princípio da subsidiariedade, descurando os poderes progressivos da Comunidade, comprimindo os poderes orçamentais nacionais.

Acresce que se evidencia uma melhoria à limitação da soberania fiscal nacional, através do sistema de harmonização tributária, como em assuntos relacionados com a fiscalização dos auxílios do Estado, o que motivou o recurso a formas de suprir o rigor do Pacto.[109]

De entre essas formas, poderemos destacar, para além de normas de carácter financeiro, as politicas de privatizações vocacionadas para a redução da dívida, bem como as parcerias público-privadas que provocaram uma mutação ascendente na forma como os serviços são postos à disposição do consumidor na prossecução do interesse público.

---

[106] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, A Convenção sobre o futuro da Europa, Reflexões e testemunhos, Grupo Parlamentar do PSD, 2004, pág.43.
[107] Cf., FRANCO, António L. Sousa, Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro, FDL, 1972, vol. I, pág.389 e ss.
[108] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Da Dívida Pública e Das Garantias dos Credores do Estado, op. cit., pág.124 e ss.
[109] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Notas Sobre a Decisão Financeira e a União Económica e Monetária, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra, Coimbra Editora, vol.I, pág.758 e ss.

Assim, podemos afirmar que o Tratado da União Europeia, provou que era necessária uma Constituição Económica Europeia, com uma ligação estreita entre a área política e económica,[110]ligação essa que pode ser entendida como uma actuação concertada entre agentes políticos, conduzindo tal ligação a um nível superior de integração de cariz igualmente político.[111]

Estavam assim em aberto, os pressupostos para a implementação da Regulação como a conhecemos hoje em dia e que já não é passível de não ser aplicada.

[110] Cf., CURTIN, Deirdre, The constitutional structure of the Union, a Europe of bits and pieces, CMLR nº 3-4,1993, pág.174 e ss.

[111] Cf**.,** PIRES, Francisco Lucas, Da Europa Económica à Europa Política, A Europa após Maastricht, Ciclo de Colóquios, Lisboa, INCM, 1992, pág.28 e ss.

3. A REGULAÇÃO

Como se disse no ponto anterior, a revolução neo-liberal ou a crise do Estado intervencionista acabou por alterar de forma profunda toda a sistemática das relações do Estado com as regras da economia.

A realização do interesse público ganhava assim um novo alento, numa época em que era preciso dar resposta ao fenómeno da globalização, à emergência de grandes potências e ao crescimento abrupto da população em geral.

Este novo paradigma regulador cria um novo modelo de governação, que dá ao Estado menos poderes de intervenção e que abre portas à iniciativa privada em áreas que eram públicas por excelência.

Esta iniciativa privada era fomentada pelo Estado, que agora passa actuar como um captador de potenciais privados para a realização de fins públicos, levando assim, a uma intervenção dos privados na prossecução do bem comum.

Assim, já não existe o particular descomprometido com as funções sociais, nem o particular que apenas utiliza os serviços que lhe são concedidos pelo Estado, agora o particular tem poder de iniciativa e de intervenção, lado a lado com o Estado, prossegue o interesse público.

Estas alterações provocaram o surgimento de algumas novidades no panorama económico, a consequente redução de intervenção do Estado fez desencadear processos que para a época era novos e arrojados, falamos da liberalização, desregulamentação e privatização.

A liberalização, nas palavras de João Nuno Calvão da Silva, não deve ser confundida com privatização:

> Frequentemente, os movimentos de privatização e liberalização surgem associados: o desmantelamento dos monopólios públicos determina, as mais das vezes, a entrada em cena de operadores privados.
>
> No entanto não há coincidência entre os dois conceitos: privatização, como vimos significa a passagem para a esfera privada dos serviços de titularidade estadual, enquanto liberalização implica o fim dos exclusivos ou monopólios na prestação de serviços públicos.[112]

[112] Cf., SILVA, João Nuno Calvão, Mercado e Estado, op. cit., pág.44

A desregulamentação passa pela eliminação das barreiras atinentes à livre circulação e concorrência, incentivando assim as liberdades económicas.

Nas palavras de Eduardo Paz Ferreira, a desregulamentação consiste "no desmantelamento dos controles à actividade económica privada, permitindo o seu acesso a actividades anteriormente desenvolvidas em regime de monopólio pelo sector público."[113]

As privatizações, como já se explicou, significam a passagem de sectores que eram do Estado para os privados, numa óptica de menor intervencionismo estadual e que resultam num Estado melhor, mais capaz e eficaz a responder às necessidades colectivas.

Alguns acontecimentos a nível global contribuíram também para sedimentar o conceito de privatizações, entre os quais, a queda do império Soviético e o fim das economias colectivistas. Acontecimentos que alteraram profundamente as relações do Estado com a economia, criando um novo tipo de relação, que passou a caracterizar a actuação do Estado através da regulação, ou seja, o Estado intervém na economia de forma indirecta.

Temos por um lado a retracção da actividade do Estado de forma directa e, por outro, o aumento da regulação numa óptica de "freermarkets, more regulation"[114].

A iniciativa privada passa a reger-se por uma regulação cada vez mais sofisticada, tendo sempre em vista, não só a garantia de concorrência, como também, a garantia de serviços considerados públicos e que outrora eram garantidos pelo Estado.

A economia e o mercado tiveram necessariamente que se adaptar à nova realidade. A partir dos anos 80, o papel do Estado sofreu alterações profundas, na medida em que viu as suas funções que outrora eram exercidas directamente pelo Estado, passarem a ser exercidas por particulares, sem que no entanto o seu papel fosse completamente posto de lado, isto porque o Estado ganhou o estatuto de parceiro na obtenção do bem comum e principalmente, o estatuto de árbitro do jogo da economia e suas vicissitudes.

[113] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz - Direito da Economia, op. cit., pág.385
[114] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.186

3.1. O ESTADO REGULADOR

A desintervenção do Estado e o surgimento do Estado regulador são pressupostos de um sistema económico onde impera a concorrência. Este novo modelo de intervenção não tem como objectivo substituir a concorrência, mas antes, suprir as falhas de mercado.

O mercado é o objectivo da regulação, ou seja, a abertura do mercado passa a ser uma prioridade do Estado que acompanha a sua actuação pela feitura de leis de defesa da concorrência e de combate às falhas de mercado.

O Estado regulador veio provar que os anteriores modelos (liberal e socialista) estavam errados e que o Estado não tem que ser extremo ao ponto de deixar apenas salvaguardadas as missões de base no caso liberal, mas também não necessita de intervir directamente na esfera económica no caso socialista.

O Estado regulador é o Estado no meio-termo do liberalismo e do intervencionismo. Sem voltar à intervenção nem ao liberalismo do "laissez-faire", tem a função de garantia da realização e prossecução do interesse público, feita de forma inovadora que se consubstancia num dever de garantia. Este dever de garantia liberta o Estado da satisfação dos serviços básicos, para poder concentrar-se na realização e controle dos sectores privatizados, bem como na garantia dos direitos dos cidadãos.

Este Estado regulador tem assim dois objectivos bem delimitados: garantir o correcto funcionamento dos serviços privatizados e garantir também os direitos dos cidadãos.

Pese embora o Estado regulador tenha em si, quando comparado com o Estado intervencionista, uma menor intervenção na economia, essa mesma razão faz aumentar ainda mais o papel do Estado como regulador. Este paradoxo foi apelidado por alguns autores como «re-regulação», que no fundo é a substituição da cultura do controlo prévio pelo controlo sucessivo.

3.2. O CONCEITO DE REGULAÇÃO

Surge assim, cada vez mais, presente o conceito de regulação económica, que podemos justificá-lo nas palavras de Maria Eduarda Azevedo "Regular o quê? Regular para quê?[115]"

[115] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág. 187

Regular a Economia passa por impor regras/legislação para que o tráfego económico saiba o que pode ou não fazer e, assim todos os agentes económicos possam actuar em pé de igualdade.

Significa isto que a todos devem ser dadas as mesmas oportunidades, de modo a submeter o tráfego económico a um dos mais basilares preceitos do Direito: a garantia de igualdade entre sujeitos.

Igualdade, que tal como noutras áreas do Direito, só pode ser conseguida se tratarmos o que é igual de forma igual e o que é diferente de forma diferente, ou seja, deve ser evitado, a todo o custo, situações de monopólio por parte de empresas dominantes, pois esse tipo de situações consubstancia consequências extremamente prejudiciais ao consumidor e bem assim ao próprio Estado.

Na realidade uma economia cada vez mais global trará necessariamente soluções também elas cada vez mais globais, na medida em que é impossível dissociar o impacto que outras economias têm no nosso país, uma vez que dependemos directa e indirectamente do resto do mundo, nomeadamente da Europa, que tem uma influência directa na nossa conjuntura económica e por sinal na nossa legislação.

Essa legislação precisa de ir ao encontro de vários interesses, tão diversos quanto os sujeitos económicos que formam o mercado. Por um lado temos o Estado, por outro as Empresas. No final, surge o consumidor/cidadão, que precisa de ter garantida a sua protecção no escopo destas relações, confiando no Estado que, por sua vez, tem que confiar nas próprias entidades, a garantia dessa protecção[116].

Assim, a regulação visa sobretudo: o fomento da concorrência; o controlo das falhas de mercado; a protecção do consumidor comum; a garantia da prossecução do interesse público.

O fomento da concorrência pode ser visto num prisma de abertura de mercado, ou seja, incumbe ao Estado defender a concorrência através da regulação, criando os mecanismos que garantam que as empresas concorrem entre si em pé de igualdade, evitando, assim, os monopólios.

No que tange às falhas de mercado, incumbe ao Estado a difícil tarefa de balizar os interesses dos agentes económicos com os interesses sociais, na medida em que podem existir situações nas quais por razões ambientais, apenas pode existir um

[116] Cf., FERNANDO, Araújo, Teoria Económica do Contrato, Coimbra, Almedina, pág.197 e ss.

agente económico de um determinado sector, cabendo ao Estado fazer esse controlo, de modo a que o consumidor não se veja obrigado a adquirir um único serviço por uma única empresa que o presta (p.e. antenas de telecomunicações usadas por mais que uma operadora).

A protecção do consumidor comum, é sem dúvida, a função mais importante da regulação. Proteger o consumidor da posição dominante e hegemónica de alguns agentes económicos é uma condição fundamental de um Estado de Direito Democrático, na medida em que não seria sensato deixar ao livre arbítrio o preço da água e da electricidade, pois como se sabe são serviços essenciais. O consumidor tem que ser protegido e os seus interesses acautelados pelo Estado, principalmente quando falamos de *public utilities*.

O interesse público deve ser sempre um objectivo presente na regulação, a prestação de serviços que outrora faziam parte do espectro do Estado e que doravante passaram a ser prestados por privados, nomeadamente, no que concerne à prestação de serviços essenciais, deve merecer uma especial atenção do Direito da Regulação por algumas tratarem de matérias Constitucionalmente consagradas.

Resta traduzir em curtas palavras o que é a regulação, mas a definição não é tão simples como se poderia imaginar. Existe uma diversidade de definições quanto maior a diversidade de autores. É aliás um problema reconhecido por Eduardo Paz Ferreira, quando o mesmo afirma que a "noção de regulação económica está longe de ser pacífica nos seus limites, objectivos e instrumentos, variando muito as utilizações dadas ao mesmo termo"[117].

Também o Professor Vital Moreira reconhece esta dificuldade em definir um conceito exacto de Regulação[118], ao referir que o conceito de regulação está longe de um consenso unânime e que existem tantas definições como autores.

Podemos referenciar outros autores estrangeiros como Mitnick, que entende que a regulação é simplesmente o controlo público administrativo da actividade privada[119], ou Moran[120], que entende que a regulação é um sistema segundo o qual existe uma restrição dos indivíduos ou instituições.

[117] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz , Direito da Economia, op. cit., pág.393
[118] Cf., MOREIRA, Vital, Auto Regulação Profissional e Administração Publica, op. cit., pág.34
[119] Cf., MITNICK, B.M., The Political Economy of Regulation, New York, Columbia University Press,1980.
[120] Cf., MORAN, M., Theoris of Regulation and Changes in Regulation, the case of financial markets, Political Studies, nº35-2, 1986.

A grande disparidade de conceitos permite no entanto falar em duas vertentes presentes em todos eles: uma vertente em sentido amplo que abrange toda a intervenção económica e uma vertente em sentido mais restrito que se traduz na intervenção indirecta do Estado na economia.

Pese embora a dificuldade na definição exacta, entendemos que a explicação de conceito dada por Vital Moreira[121] é a mais lúcida, pois refere-se ao conceito de regulação como um conceito que:

> deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não forma normativa. Na regulação haverá assim que distinguir os instrumentos de regulamentação normativa (lei ou outro instrumento) e as medidas administrativas ou outras de intervenção (concertação convencional, polícia administrativa, subsídios e outros incentivos, medidas de política financeira e monetária, etc.) O essencial do conceito de regulação é o de alterar os comportamentos dos agentes económicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras de mercado[122].

3.3. REGULAÇÃO SOCIAL

A regulação não tem como único objectivo garantir que o mercado funcione sem falhas, a regulação é também a prossecução de interesses sociais, e quando assim é, podemos falar de uma regulação social.

Esta regulação social detém, em si, as problemáticas ligadas à segurança e saúde do trabalhador, bem como aos direitos dos consumidores.

A segurança e saúde no trabalho é uma preocupação que vem desde os primórdios da construção europeia.

O Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, teve como principal corolário a nível social a melhoria das condições de vida e trabalho dos trabalhadores, tal como é postulado no seu artº 3º.

---

[121] Vital Moreira vai ainda mais longe ao indicar várias modalidades de regulação "No seguimento da doutrina americana, é hoje corrente a distinção entre «regulação económica» e «regulação social». A distinção baseia-se no objecto e finalidades da regulação. A regulação «económica» propriamente dita tem por objecto e justificação a regulação dessa actividade em si e por si (entrada na actividade, mercados e preços, quantidades e natureza dos produtos, etc.). A regulação «social» tem finalidades exteriores à actividade económica, como a protecção ambiental, a segurança e outros interesses dos consumidores.
Na literatura americana a regulação económica é considerada a «regulação tradicional» (old style regulation), enquanto a regulação social é a «regulação moderna» (modern style regulation). Como nota um autor (Elkin, 1966:60), esta segunda forma de regulação resistiu à vaga desreguladora dos anos oitenta, que atingiu sobretudo a regulação tradicional." Cf., MOREIRA, Vital, Auto Regulação Profissional e Administração Pública, op. cit., pág. 39

[122] Cf., MOREIRA, Vital, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, op. cit., pág.36

Também o Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atómica, teve como incumbência a criação de normas protectoras das condições sanitárias dos trabalhadores, tal como referia o artº 2º desse diploma.

Esta temática foi também prevista no Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia, no artº 118º, que obrigava a Comissão a colaborar com os Estados, na prossecução da defesa da higiene no trabalho e condições de vida do trabalhador.

Para a prossecução deste objectivo foram criadas também várias directivas, tendo sido criada a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho (89/391CEE), sendo que estas medidas foram, mais tarde, implementadas pelo Regulamento (CE) nº 1654/2003.

Os direitos dos consumidores também englobam esta noção de regulação social, pois entende-se que é necessário proteger a parte mais fraca das relações económicas que, normalmente, é o consumidor comum.

PARTE II

4. O SURGIMENTO DA REGULAÇÃO INDEPENDENTE

Como já foi dito, a partir da Segunda Grande Guerra, surgiram novos desafios aos quais era necessário dar resposta. A passagem de funções públicas do Estado para os privados através das privatizações, bem como a abertura de sectores que eram monopólios púbicos à iniciativa privada, passaram a incumbir no Estado o dever de criar regulamentação que desse resposta à necessidade de fiscalização dos mercados.

A regulação económica e também a social passa a ser o novo projecto que o Estado tinha que assegurar. Porém, essa tarefa teria de ser confiada a uma entidade que fosse independente do Estado, dada a sua má reputação no passado como "mau gestor".

Dessa necessidade, surgiram as entidades reguladoras independentes que tiveram a sua origem no outro lado do Atlântico, mais precisamente nos Estados Unidos da América, com o sistema institucional de regulação Norte-Americano baseado nas *independent agencies*[123] criadas pelo *New Deal*.

Estas *independent agencies* tinham características particulares que as tornavam numa mais-valia se comparadas com a regulação estadual directa: gozam de um regime de independência em relação às restantes estruturas administrativas, tanto em sentido orgânico como em sentido funcional, a inamovibilidade dos seus membros e a sua irresponsabilidade política fazem *jus* à verdadeira independência destas entidades. Sendo a designação dos seus membros feita mediante parâmetros que dão valor ao mérito e aptidão técnico-profissional, bem como a não consumação dos mandatos em função de eleições presidências (em épocas diferentes das eleições) para garantir uma actuação transparente.

[123] Ainda sobre as *independent agencies*, João Nuno Calvão da Silva refere que as mesmas "surgem como uma tentativa de o Poder Público controlar os excessos das corporations e, sobretudo, de limitar os efeitos perversos da concorrência selvagem.
Na verdade, ao contrário do que sucedeu na Europa, onde as ARI surgiram num contexto de desmantelamento das barreiras estatais ao livre funcionamento do mercado, na génese das independe agencies americanas está a razão inversa: a necessidade de conter os efeitos nefastos derivados da livre concorrência.
Nos anos 70/80 do séc. XIX criaram-se diversas Comissions regulatorias ao nível estadual, sobretudo no sector ferroviário, onde a livre competição havia conduzido a monopólios e tarifas discriminatórias. Em vários Estado do Oeste, surgiram comissions dotadas de amplos poderes regulamentares e de fixação de tarifas (strong comissions), enquanto nos Estado do Leste estes organismos se limitavam a competências consultivas (weak comissions)." Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit., pág.131

As Comissões Reguladoras Independentes de figurino americano foram uma forma de resposta a duas perigosas realidades, a primeira era evitar os monopólios naturais e a segunda separar a regulação da política o mais possível.

A propagação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, em torno dos anos trinta, com vista a estabilizar a economia e a proteger os mais desfavorecidos contra as oscilações dos mercados, bem como para evitar que o Estado criasse entraves ao desenvolvimento económico, já que as ideologias na época eram predominantemente conservadoras.

Nessa época, existia uma clara desconfiança do Congresso em relação ao Presidente, pelo que se impunham as necessárias limitações no que diz respeito à relação deste com estas entidades. O próprio termo utilizado para definir estas agências pretende reforçar a sua independência do poder político.[124]

Assim, podemos afirmar que a criação destas entidades deveu-se a uma verdadeira necessidade de regulação, consubstanciada na necessidade de separar o Governo da economia que, na realidade Americana, se poderá traduzir pela separação do poder executivo na figura do Presidente do poder legislativo mormente o Congresso. Assim e como referido, a desconfiança do Congresso em relação ao Presidente assentavam no receio que este acumulasse funções que fossem contra a separação entre a economia e os interesses do mesmo.

4.1. AS CARACTERÍSTICAS DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

As ERI´s[125] não são todas iguais, já que a criação destas entidades sofreu episódios diferenciados, tanto no que diz respeito ao seu aparecimento, como ao seu funcionamento. A diversidade a nível de organização e de estrutura, bem como a dificuldade da sua definição, tornam penoso circunscrever uma categoria de ERI´s ou isolar um conjunto de normas comuns a todos eles.

[124] No tocante a esta temática, Maria Eduarda Azevedo faz uma síntese bastante elucidativa sobre o aparecimento das agências independentes: "A agência independente é um modelo institucionalizado nos EUA pelo New Deal, não podendo o surto que a figura conheceu nos anos 30 ser dissociado da conjuntura económica que motivou uma atitude intervencionista por parte de um Estado geneticamente liberal. Nesse caso, foi a atitude de desconfiança do Congresso em relação ao Presidente Roosevelt e à sua Administração que levou o Capitólio a preferir confiar as funções de assegurar e acompanhar a aplicação dos diplomas sobre as reformas económicas a "agencies" colocadas fora do poder de direcção da Casa Branca". Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.198

[125] Este será o termo utilizado para referir Entidades Reguladoras Independentes.

Pese embora toda a divergência que se equaciona relativamente a este assunto, podemos encontrar alguns pontos comuns em todas elas, mormente quanto ao seu objecto, independência, imparcialidade e neutralidade.

4.1.1. OBJECTO

Os vários autores indicam que existem duas áreas de actuação muito diferenciadas. Temos uma área que é impulsionada pela salvaguarda de alguns Direitos Fundamentais, existindo outra que trata da regulação de algumas áreas da economia como por exemplo a concorrência.

Sem outros indicadores que seria fastidioso elencar, adoptamos a delimitação do objecto das ERI´s nas palavras de Vital Moreira e Fernanda Maçãs, que entendem que as mesmas:

> visam corresponder a necessidades que se fazem sentir em dois domínios fundamentais: por um lado, assegurar a regulação de sectores sensíveis ou estratégicos, cuja a actividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência; por outro lado, proteger os direitos dos administrados, em especial, os novos direitos à transparência e à informação, contra o risco da actuação burocrática e arbitrária da Administração.[126]

4.1.2. INDEPENDÊNCIA

Uma das principais características que se pode destacar como característica geral a todas as Entidades Reguladoras Independentes, é sem dúvida a independência.

Criada a necessidade de reformulação da intervenção do Estado na economia, houve de facto a preocupação de não ser apenas o privado a garantir a prossecução do interesse público, tendo também o Estado uma palavra a dizer.

As estruturas administrativas do Estado Intervencionista, lentas e muitas vezes reveladoras de opções políticas e causas pouco claras, não eram solução para o novo modelo da regulação.

É na independência que podemos distinguir as ERI´s das restantes instituições administrativas, tanto a nível de estrutura como a nível de função.

[126] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág.24

Vital Moreira descreve três tipos de independência: a independência orgânica, independência funcional e independência em relação aos operadores de mercado.[127]

A independência orgânica é avaliada pela composição dos seus dirigentes, forma de eleição e destituição dos seus órgãos, bem como o regime de incompatibilidades.

Assim, os titulares de órgãos nas ERI´s são escolhidos pelas suas aptidões técnicas necessárias para a função que vão desempenhar, podendo no entanto serem eleitos cidadãos de renome nas áreas da função a que se candidatam. A duração dos mandatos sofre alterações de ERI para ERI, devendo, no entanto, respeitar sempre o princípio da independência, sendo certo que o mesmo é irrenovável e não pode coincidir a sua eleição com o período de eleições do Governo.[128]

Existe também, ao nível dos mandatos, o chamado princípio da irrevogabilidade, que se traduz na proibição de remoção discricionária de qualquer titular de órgão sem ser nos fundamentos que a lei o permita.

Não menos importante, ainda, quanto à independência orgânica, o sistema de incompatibilidades, é por norma um sistema bastante exigente, que proíbe qualquer cumulação de funções que obstem à transparência dos órgãos das ERI´s, para evitar transferências de interesses ou outros favorecimentos.

No que tange à independência funcional, esta resume-se na "ausência de ordens e de instruções ou mesmo de directivas vinculantes; inexistência de controlo de mérito ou da obrigatoriedade da prestação de contas em relação à orientação definida"[129]. Pese embora todas estas ausências de controlo, as EIR´s estão obviamente obrigadas a respeitar as decisões dos Tribunais.

Relativamente à independência em relação aos operadores de mercado, devem ser impostas normas e garantias para que os titulares dos órgãos das EIR´s não desempenhem as suas funções segundo interesses de grupos económicos[130] para os

[127] Cf., MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.27; no mesmo sentido e acolhendo as orientações perfilhadas por Vital Moreira e Fernanda Maçãs Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit.,157

[128] Cf., MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.26

[129] Cf., MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.28

[130] Esta problemática não é uma questão exclusiva das ERI´s, acontece embora com diferentes graus de intensidade, em quase toda a Administração Pública. No entanto quando a abrangência é mais limitada, os titulares destes órgãos devido à sua aptidão técnica bem como à sua formação especializada no sector em causa, têm necessariamente um contacto mais pessoal e privilegiado com os agentes económicos do seu sector. Esta situação não é negativa no seu todo, pois é patente que este contacto tem que existir forçosamente, até para melhor desempenho das suas competências, no entanto se não existirem barreiras apropriadas, podemos abrir portas a situações menos claras de favorecimentos de interesses e outras formas de corrupção. Nesse sentido deverá existir um acompanhamento constante, no sentido de

quais tenham desempenhado funções ou venham a desempenhar, em período imediatamente a seguir ao mandato da direcção da ERI. Também neste quesito deve ser implementada uma tendência de não renovação de cargos. Vital Moreira e Fernanda Maças entendem que:

> a independência em relação aos interessados envolvidos na actividade regulada, decorrente na ausência de título representativo na designação dos membros dirigentes e da forma de proceder à sua escolha, assente essencialmente em critérios que permitam a nomeação de personalidades realmente independentes dos interesses em jogo[131]

Todos os quesitos acima descritos têm como primordial função isentar a actuação das EIR´s, que através de mecanismos próprios garantem o cumprimento destes quesitos basilares de independência.

4.1.3. NEUTRALIDADE

A neutralidade é um critério que muitos autores consideram decisivo a par da independência.

Os agentes titulares de órgãos nos ERI´s devem fundamentar as suas decisões em conceitos meramente técnicos, sem qualquer conteúdo político ou ideológico.

Assim sendo todas as inclusões nos quadros dos órgãos das ERI´s devem ser pautadas pelo critério da tecnicidade devendo essas inclusões terem como corolário a certeza de que as pessoas escolhidas detêm uma elevada preparação científica, situação apelidada por Vital Moreira e Fernanda Maçãs por "Governo dos Sábios"[132].

Entende-se por isso que as ERI´s têm como objectivo garantir uma neutralidade política da gestão administrativa, que iliba qualquer suspeita de interferência política ou tendenciosa.

4.1.4. IMPARCIALIDADE

No que diz respeito à imparcialidade, esta, não pode ser vista da mesma forma a que o vulgo dia a dia nos evidencia, através da barra dos Tribunais, ou seja, enquanto um

as próprias entidades criarem mecanismos de defesa efectivos para acautelarem estas situações perante grandes grupos económicos, para evitar a todo o custo que exista uma relação de cumplicidade entre regulador e regulado.

[131] CF., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.28 (negrito nosso)

[132] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.29

Juiz decide a causa como uma parte não interessada na mesma, a Administração, ela própria, é parte na causa.

Apesar de também as ERI´s terem que dar garantias de imparcialidade, o alcance dessa garantia é diferente do normal conceito de imparcialidade, sem que no entanto se deixe a sua essência de lado através da obrigação da Administração valorar os interesses privados e públicos, sem prejudicar ou favorecer nenhum deles, avaliando a situação de uma forma isenta e imparcial garantindo que não existe nenhuma suspeita discriminatória em relação a alguma das partes.

4.2. OS PODERES DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

As ERI´s tal como vimos anteriormente detêm personalidade jurídica, bem como autonomia financeira e patrimonial, resta saber como e com que poderes podem estas entidades prosseguir o seu objectivo.

Nesse pressuposto existem três poderes que são dados a estas entidades e que não levantam divergências por parte da doutrina, são eles: o poder "para-normativo", "para-executivo" e "para-jurisdicional".

4.2.1. PODER "PARA-NORMATIVO"

O poder "para-normativo" está ligado à matéria de aprovação de regulamentos, ou seja, na definição de João Nuno Calvão, tratam-se de poderes regulamentares.[133]

O poder regulamentar deve ser limitado ao seu quadro legal próprio, que deve identificar de forma explícita quais as áreas sobre as quais cada entidade pode regulamentar, evitando, assim, que o seu poder extravase para áreas que não são da sua competência.[134]

De salientar que também a actuação destas entidades deve respeitar em absoluto os princípios democráticos, ou seja, deve a sua actuação respeitar as Constituições, bem como leis de valor superior, as quais não podem ser beliscadas por nenhuma actuação ou legislação criada por estes órgãos.

[133]Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit., pág.158
[134]Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit., pág.162

4.2.2. PODER "PARA-EXECUTIVO"

As ERI´s, para que as suas actuações possam ser acompanhadas de alguma força, podem supervisionar um determinado sector de actividade. Para essa finalidade gozam de "amplos poderes de investigação e inspecção, que lhes permite aceder a locais, inquirir testemunhos de funcionários e agentes, aceder a documentos e dossiers, ou exigir a obtenção de dados, sem limitações".[135]

Também é permitido às ERI´s a instauração de procedimentos judiciais, bem como a aplicação de sanções e mediação de conflitos entre intervenientes do respectivo sector.

Sendo certo que o papel das ERI´s é o de prevenir, conciliar e arbitrar, evitando sempre a punição, o certo é que sem este poder executivo forte, as ERI´s não teriam forma de combater as irregularidades do sector em que actuam, sendo de salientar que também este poder à semelhança do poder normativo deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, bem como respeitar os princípios Constitucionais atinentes. O mesmo é dizer que que todos os direitos e garantias devem ser respeitados aos visados, Vital Moreira e Fernanda Maçãs referem mesmo que "o direito de audiência, e aplicação de sanções tem de obedecer ao princípio da imparcialidade, da proporcionalidade ou da proibição do arbítrio, da legalidade, bem como o da proibição da aplicação retroactiva da lei sancionatória mais grave"[136]

4.2.3. PODER "PARA-JURISDICIONAL"

O último poder, o poder "para-jurisdicional" está intrinsecamente ligado à aplicação de contra ordenações às entidades supervisionadas, que pode passar pela aplicação de coimas, ou em *ultima ratio* pode mesmo dar origem à cassação da autorização da prática da actividade.

Mas não só de coercibilidade é feita a actuação das ERI´s, elas detêm também o poder de resolução de conflitos. A função jurisdicional pode definir-se como toda a actividade que têm como objectivo a resolução de um conflito, sem que isso queira dizer que as partes estejam impedidas de recorrer aos Tribunais se assim entenderem.

[135] CF., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.33
[136] CF., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.34

4.3. O CONTROLO DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

Ao termos elencado todas as características das ERI´s mormente a sua principal característica que é a independência, poderia erradamente permanecer a ideia que estas entidades não sofrem de qualquer tipo de controlo. De facto os actos das ERI´s não estão sujeitos ao controlo de órgãos do poder executivo, mas essa não sujeição não pode ser vista de forma absoluta.

Em termos práticos podemos dar como exemplo os recursos para os Tribunais de decisões proferidas pelas ERI´s onde pode ser analisada a sua actuação, bem como o cumprimento da lei.

Não se pode assim falar de independência das ERI´s de forma imperativa, só porque os seus actos não estão sujeitos a nenhum tipo de supervisão do poder executivo, encontrando-se sim, limitadas pelo controlo jurisdicional das suas actividades, no âmbito da sua actuação[137].

Apesar de se reclamar, por alguns, a imunidade jurisdicional das ERI´s, em virtude da sua autonomia, a mesma mostra-se inconciliável com o carácter administrativo que lhes é inerente, como a garantia do Estado de Direito, que, por inerência categórica, submete as autoridades Públicas ao direito, sendo da competência dos Tribunais valorar a sua actuação, de acordo com o Direito e a Lei aplicável.

No entanto, e considerando os poderes discricionários que genericamente estão cometidos a estas entidades, esta particularidade desencadeia uma limitação da supervisão jurisdicional inerente, por estarmos perante a figura duma discricionariedade técnica, conexa com sua actividade administrativa, como bem sustentam Vital Moreira e Fernanda Maçãs[138].

Com efeito, apesar de estarem em causa actividades administrativas das ERI´s, tanto podem ser os tribunais administrativos ou os comuns a efectuar a supervisão jurisdicional dos seus actos nos Estados com sistema de justiça administrativa independente da justiça ordinária. Dependendo do próprio legislador que atribui tal prerrogativa, quer aos tribunais administrativos, que controlam a legalidade da actuação da autoridade levada a cabo pelas ERI´s, quer aos tribunais comuns.

[137] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.37
[138] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.37

A independência das ERI´s está igualmente limitada, porque consubstanciam o carácter administrativo e fazem uso de verbas estaduais[139], ficando submetidas à fiscalização do Tribunal de Contas e, algumas vezes, submetidas às entidades Governamentais no âmbito fiscal e económico.

Apesar de o Executivo não ter legitimidade para controlar as orientações perfilhadas pelos Órgãos da Administração das ERI´s, estes vêm-se obrigados a dar contas da sua actuação ao longo do ano.

Por seu turno, através da discussão e aprovação do respectivo orçamento, considerando as metas propostas e os fundos disponíveis, torna possível, igualmente, a fiscalização dos resultados obtidos anualmente.

As ERI´s que beneficiam de independência financeira, bem como patrimonial, têm receitas próprias e não são obrigadas a seguir as normas contabilísticas dos serviços públicos, sendo supervisionadas pelas autoridades fiscais encarregadas do orçamento, cabendo esse controlo, essencialmente e numa fase final, ao Tribunal de Contas.

Em outras situações, as ERI´s não dispõem de independência financeira nem tão pouco qualquer património, acabando por ser subsidiadas pelo orçamento do Estado, e consequentemente têm a obrigação de acatar as normas contabilísticas da Administração pública.

Acontece ainda em alguns casos, as ERI´s verem-se obrigadas a responder junto das respectivas Comissões Parlamentares, como meio de controlo, como acontece nas ERI´s norte-americanas, podendo ser chamadas à Comissão do Congresso, a fim de apresentarem justificações ou discutir pontos sobre a sua actuação.

Outra forma de controlo emerge do tipo de publicidade a que as ERI´s estejam sujeitas, quanto aos seus mecanismos e também no que se refere às suas resoluções e aos seus relatórios de actividades, significando assim, uma forma de legitimação e de responsabilidade das ERI´s[140].

As entidades públicas podem ver o termo à sua existência pelo mesmo sujeito responsável pela sua criação, por regra, o legislador. No entanto, quanto às ERI´s, derivado ao facto de a sua criação, algumas vezes, ter por objectivo a garantia de

[139] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.37
[140] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.39

direitos tutelados Constitucionalmente, surge aqui uma limitação ao legislador, que não as pode extinguir sem atribuir as suas funções a um departamento Estatal ou outra entidade.

O legislador delibera, ainda que genericamente quanto aos poderes cometidos às ERI´s, traçando as linhas e os objectivos que devem desenvolver e bem assim as inerentes funções à prossecução dos seus objectivos.

Considerando que as ERI´s vão incidir sobre áreas delicadas, onde se salientam manifestas questões técnicas e o conflito entre direitos e bens constitucionalmente consagrados, nas relações entre as ERI´s e o legislador há, contudo, margem para uma alargada discricionariedade que este lhes atribui.[141]

4.4. CONCEITO AMPLO *VERSUS* CONCEITO RESTRITO

Na sequência do que se referiu, as ERI`s não constituem uma figura unificada, pelo contrário, sendo possível as normas referidas subsistirem numa determinada entidade classificada ou identificada pela lei ou doutrina como ERI, derivado àquela falta de unificação.

Neste contexto consequente, a doutrina francesa aponta, para além de um conceito estrito, um conceito amplo ou aberto de ERI[142]. Na esteira dum conceito estrito, apenas consubstanciariam o conceito de ERI, as instituições com verdadeiro poder normativo e de decisão, ficando de fora as entidades com poderes unicamente consultivos e não vinculativos.

Ainda conforme doutrina partilhada por outros autores, as ERI´s são autoridades administrativas que se identificam pela sua autonomia e neutralidade[143], sem prejuízo de sua especificidade funcional.

Assim, neste conceito amplo de ERI, o critério determinante é predominantemente, a qualidade e competência dos respectivos agentes, bem como a sua autonomia quanto ao Executivo atinente aos interesses em causa e o carácter político neutral da sua actuação, em detrimento da competência ou atribuições que lhe estejam cometidas.

A concepção de independência alcança aqui uma leitura específica e que tem uma repercussão relativa[144], não pondo de parte a fiscalização dos seus procedimentos e

[141] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.39
[142] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.39
[143] Cf., RODRIGUEZ, Betancor, Las Administraciones Independientes, Tecnos, Madrid, 1994, pág.25

influenciada pelo Executivo, que para além das restrições à actuação normativa, integra a eleição dos corpos da direcção e do respectivo controlo financeiro.

Quanto à natureza da actividade das ERI´s, estas podem assumir atribuições próximas da actividade jurisdicional ou administrativa. Porquanto, tendo designadamente poderes de investigação e decisão de litígios que as situa próximo da actividade jurisdicional, também desenvolvem actividades que vão da mera actividade consultiva e informação genérica, de carácter eminentemente administrativo.

No entanto, pese embora elencadas no sistema administrativo, as ERI´s estão dotadas de uma identidade orgânica e funcional própria, que as identifica e distingue do modelo administrativo tradicional.[145]

Por outro lado, em sentido estrito, estas entidades pelo seu carácter específico, dispõem de autonomia de deliberação, ou pelo menos influenciando algumas actividades ou sectores do quotidiano.

Porém, tendo por base um conceito amplo de ERI´s, as mesmas podem referir-se a outras desprovidas de poderes de decisão[146], manifestando-se a sua autoridade no seu poder de influência por via de pareceres, consultas e outros, contanto que, face ao Governo, se salientem pelo seu carácter autónomo, neutral e bem assim, merecedor de crédito.

4.5. INCOMPATIBILIDADES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Gozando dum estatuto específico de independência face ao Executivo, as entidades reguladoras independentes geram sérios problemas no que concerne à sua harmonização e congruência com os ditames do Estado de Direito e a primazia do Princípio Democrático.

Ao contrário dos USA ou Reino Unido, onde estas entidades assumem um carácter de normalidade, apesar de controversa a sua legitimidade política e constitucional, nos sistemas administrativos continentais, as ERI´s representam como que uma entidade

[144] Cf., GUÉDON, Marie-José, Les autorités administratives indépendantes, L.G.D., Paris, 1991, pág.40 e ss.
[145] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.41
[146] Cf., GUÉDON, Marie-José, Les autorités administratives Indépendantes, op. cit., pág.22

anómala, independente do Executivo, podendo assim gerar conflitos e dúvidas de ordem jurídico-constitucional.[147]

Sendo verdade que um dos princípios primordiais deste regime é a supremacia do Governo sobre os órgãos administrativos, podendo aquele dar ordens a esses membros da Administração e de os excluir aleatoriamente, não é menos verdade ser por via desta regra que a máquina administrativa aufere legitimidade, como imperativo da responsabilidade do Executivo em relação ao Órgão Parlamentar.[148]

De resto, os problemas e incertezas de ordem Constitucional que o surgimento das ERI´s levanta, emerge do facto de se tratar de autoridades muito específicas que, pese embora façam parte da Administração Estadual, beneficiam, face ao Executivo, de um estatuto muito próprio de independência/autonomia.

Autonomia essa, que pode colocar em crise princípios básicos da Administração, consolidados na subordinação desta ao Executivo, respondendo este perante o Parlamento[149], como impõe o Estado de Direito.

Ora, como atrás se aludiu, o Estado unitário que consubstancia o ordenamento jurídico Português, radicado nos factores da centralização e hierarquização não concebe as entidades públicas sem as suas hierarquias e fiscalização do Executivo, não dando garantias de uma fiscalização democrática da Administração Publica.[150]

Antes de abordar a evolução recente do modelo da Administração tradicional, convém salientar que esta se baseava numa forma unitária compatível com estruturas pluralistas e diversificadas, necessárias para a concretização de funções que lhe eram cometidas a desenvolver, mantendo-se coadunadas entre si, fazendo parte dum conjunto com a mesma base subjacente.

A evolução recente do modelo tradicional de Administração e o surgimento das ERI´s, assenta na razão de se tratar de autoridades de carácter administrativo, com um estatuto autónomo, que não corresponde à organização tradicional da Administração, mas que não se incluem em qualquer dos tipos de direito administrativo existente.

Sendo certo que a autonomia atribuída a estas entidades não se compatibiliza com o modelo administrativo continental, baseado no desiderato da hierarquia e

[147] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.42
[148] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.42
[149] Cf., RODRIGUEZ, Betancor, Las Administraciones Independientes, op. cit., pág.24 e ss.
[150] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.43

subordinação dos órgãos inferiores, nem com o princípio da direcção governamental da administração, como garante num Estado de Direito,[151]pois a subordinação da Administração à direcção do Governo e a deste ao Parlamento é que emprestam a legitimidade à Administração.

Por seu turno, tutelando o Governo os serviços públicos, tal facto legitima o Parlamento a reclamar as responsabilidades políticas inerentes ao exercício dessa Administração.

Significa isto que o poder de direcção, partilhado por algumas Constituições Europeias com características do sistema administrativo continental, é o método que permite introduzir a Administração na organização do Estado, mormente no princípio reservado à separação de poderes e bem assim solidificar os princípios democráticos Constitucionalmente consagrados.[152]

As entidades reguladoras independentes da Europa, que partilham ordenamentos jurídicos similares ao de Portugal, não têm assento nas Constituições dos seus países[153], o que agrava as questões inerentes à sua legitimidade nomeadamente em sede Constitucional, por desrespeito claro do já enunciado princípio da subordinação ministerial dos serviços Públicos.

Apesar disto, o Conselho Constitucional não tem criticado o movimento de criação de ERI´s por expressa decisão do legislador, precisamente porque a sua independência é relativa[57], como atrás se vem desenvolvendo.

Por razoes geográficas de proximidade com o nosso País, podemos indicar que em Espanha, a doutrina prolifera-se entre autores que se levantam contra a Constitucionalidade das ERI´s[154] e os que, pelo contrário, entendem que tais entidades, pela sua génese, não implicam qualquer conflito com o modelo Constitucional que entende o executivo responsável político pela acção dos serviços púbicos em geral.

Aliás, para os autores que perfilham esta última tese, o surgimento das ERI´s vai de encontro a uma resposta legislativa apropriada a necessidades supervenientes relativas à função de regulação de sectores de actividade permeáveis e mais

[151] Cf., RODRIGUEZ, Betancor, Las Administraciones Independientes, op. cit., pág.24 e ss.
[152] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.44
[153] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.44
[154] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.45

sensíveis, que entendem um novo tipo de relação dos serviços públicos com o Governo.

As ERI´s aglomeram ainda, os serviços públicos administrativos e pese embora a falta do esquema hierárquico, característico da Administração tradicional clássica, a verdade é que elas não deixam de estar de alguma forma vinculadas ao Executivo, pela forma da sua interacção.

Ainda segundo outros, as ERI`s, não colocando em crise princípios Constitucionais como o da divisão de poderes e a sua autonomia do poder executivo, não modificam a sua matriz subjacente.

Reclama-se, sim, uma nova concepção do princípio da responsabilidade ministerial, já que a sua legitimidade não emana da sua autonomia face a um executivo, que em termos políticos responda face ao Parlamento.[155]

O verdadeiro carácter legítimo das ERI´s pode ver-se desde logo, na sua própria essência, inequivocamente, ligada aos objectivos que propõem alcançar, como sendo regular com isenção um segmento económico, salvaguardando as inerentes liberdades de seus membros a que também se vem fazendo referência.

4.5.1. LEGITIMIDADE

As ERI´s aparecem nos sectores de actividade social em que é imperativo garantir uma política adequada, isenta de juízos político-partidários, assente, sobretudo na apetência tecnicista dos seus membros e autonomia burocrática das mesmas, sendo certo que o desempenho de funções públicas, consubstancia, de forma genérica, as respectivas valorações políticas.

Reclama-se assim, como se vem aludindo, uma gestão pública isenta no sentido político-partidário e radicada numa legitimidade técnica na chamada legitimação burocrático-profissional definida por Max Weber[156].

Mas, como facilmente se descortina, a administração autónoma desencadeia a não responsabilização do Governo pelo sector Administrativo, regulado pelo mesmo.

[155] Cf., MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.45
[156] Cf., MOREIRA, Vital, Administração Autónoma e Associações Publicas, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág.136

Pois, esse mesmo Governo, não deverá ser objecto de responsabilização dos actos praticados neste âmbito, porquanto fica sem mandato para dispensar os seus membros, orientá-los e avaliá-los, suscitando problemas ao nível da sua legitimidade.

Na realidade, a autonomia, face ao Governo implica igual autonomia em relação ao Parlamento e, assim sendo, implica necessariamente uma ilegitimidade democrática[157] como inevitável consequência.

Neste quadro, estando as ERI´s desprovidas de qualquer controlo político do Executivo e o inerente corte com o canal democrático e a representação política, reclama a procura de uma diversa e peculiar legitimação para tais Entidades.[158]

De facto, segundo outros, o tipo de competências cometidas às ERI´s, a forma como se conduzem, o modo como actuam em prol dos interesses colectivos e a forma de interacção com os particulares e agentes económicos, concedem-lhe, como se disse, uma especial legitimação.[159]

Legitimação essa, que assenta no potencial específico destas entidades, entre valores que não são ditados pelo Executivo, mas tão-somente pela actividade dessas mesmas entidades.

A evidência e forma transparente da sua actuação, a potencialidade de transmitir a informação e fomentar a participação dos seus membros, consubstanciam os elementos fundamentais dessa legitimação, obrigando a que as suas decisões sejam objecto de procedimentos específicos, assegurando-se até o princípio do contraditório, alternativa, segundo alguns autores, para a legitimação das ERI´s.

Por outro lado, da participação dos interessados nas decisões das ERI´s, advêm vantagens para as partes envolventes, dando-se aos mesmos a hipótese de exporem os seus fundamentos, influenciando as decisões, reduzindo assim a impugnação judicial.

Tal participação facilita às entidades reguladoras um melhor conhecimento de sector e dos interesses em jogo, permitindo por outro lado, uma intervenção mais célere e aderente à realidade subjacente.

[157] Cf., MOREIRA, Vital, Administração Autónoma e Associações Publicas, op. cit., pág.133
[158] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.47
[159] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.47

Pese embora, os novos fundamentos para a legitimação das ERI´s, alguns autores entendem que nos Estados Constitucionais, dotados duma administração hierarquizada sob a égide do Governo que responde perante o Parlamento, a Administração autónoma não deve ser encarada como forma de suprimento, num regime democrático, sendo incumbência dos governantes a definição das grandes linhas de orientação da acção do Estado, desencadeando forte limitação à criação de ERI´s.[160]

4.6. CAUSAS DO SURGIMENTO DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

Apesar das incertezas suscitadas quanto à legitimidade política e constitucional das ERI´s e a problemática que levantam quanto à sua própria noção e expressão jurídica, certo é que estas entidades, por vontade do legislador, não deixam de florescer na Europa numa evolução ascendente.

Tudo isto, fruto do caos que atinge os tecidos organizativos da Administração tradicional dos Estados, por não conseguir adaptar-se às metamorfoses do Estado contemporâneo, dominado para além do mais, pela galopante politização inerente aos serviços da Administração Pública, acusada de influência político-partidária.[161]

Tal influência negativa na Administração adveio da forte intervenção do Estado em quase todos os sectores da vida quotidiana, com o inevitável desenvolvimento desenfreado da máquina da Administração Pública, criando uma notória falta de confiança face à imparcialidade da mesma.

É pacífico, segundo muitos autores, de que existem ERI´s com a responsabilidade dos segmentos da actividade socio-económica e financeira, que se deixam influenciar politicamente, reduzindo assim a fiscalização e o controle de tais segmentos.

Na verdade, são muitos os segmentos e sectores essenciais onde a política se manifesta impotente a levar por diante metas e projectos a longo prazo, respondendo às exigências imediatas do dia-a-dia como acontece ao nível da política monetária, levando os Estados a prejudicarem, muitas vezes, a estabilidade da moeda por factores conjunturais da política económica.[162]

[160] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.48
[161] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.49
[162] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.50

Motivo que levou vários países a subtrair esses assuntos da esfera do Governo, entregando-as a entidades independentes, no desiderato da neutralidade política, como aconteceu com a instituição de bancos centrais independentes, que se marcaram pela estabilidade da moeda[163], nomeadamente na Alemanha e América.

As ERI´s nascem, fundamentalmente, em sectores da vida quotidiana que prosperam de harmonia com as próprias normas dos segmentos, livres de constrangimentos de qualquer índole, pese embora integrando o Executivo.

Aliás, uma das fortes razões apontadas para o surgimento destas entidades vai de encontro à necessidade do legislador em compartimentar interesses específicos do sector público, mormente relacionados com Liberdades Direitos e Garantias Fundamentais e também a premente necessidade de garantir a defesa de interesses atinentes a sectores delicados, mesmo em prejuízo da Administração.

No entanto e considerando que tais valores podem entrar em colisão com outros, igualmente, tutelados pelo direito, impõe-se acautelar a respectiva regulação no contexto subjacente.

A conjugação dos interesses controversos impõe valorações livres de directivas políticas e que os valores em apreço sejam apreciados com equidade, pondo de parte quaisquer relações de hierarquia entre si, funcionando como árbitros na resolução dos conflitos dos interesses em jogo.

Apenas desta forma será conseguida a independência em termos absolutos das decisões levadas a cabo nesta matéria, passando pela reestruturação administrativa, longe do Executivo e bem assim de influências externas, susceptíveis de acautelar preventivamente os valores adjacentes de forma equitativa.[164]

A sua criação e desenvolvimento impõe uma política de gestão neutra e diferenciada com uma legitimidade baseada, fundamentalmente na técnica como atrás se deixou referido, a que não foi alheia a realidade do avanço tecnológico, sendo manifestamente insuficientes as plataformas da Administração tradicional, a fim de dar resposta à problemática das sociedades modernas.[165]

A ineficiência da administração tradicional é claramente visível nos segmentos onde o avanço tecnológico, a par da globalização, modifica a cada instante os conceitos e

[163] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.50
[164] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.51
[165] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.52

valores que dizem respeito à economia. Nesse sentido, podemos afirmar que o avanço tecnológico permitiu uma evolução maior dos mercados do que das instâncias Administrativas, o que provocou uma disparidade notória entre Administração e o circuito mercantil.

Para essa disparidade contribuíram também as trocas comerciais, a nível internacional, na medida em que essas trocas nos dias que correm e devido ao mencionado avanço tecnológico, têm um alcance quase imediato.

A alta sofisticação dos produtos dificulta a acção de uma Administração obsoleta (tradicional), a qual deveria exercer o papel de supervisor dos mercados, sendo a falta de garantia dos interesses ligados à protecção do consumidor entre outros, a face mais visível da impotência do Estado no que diz respeito à sua Administração Tradicional.[166]

Mercado esse que impõe, como se disse e se reitera, a clareza da actuação dos agentes económicos, uma maior divulgação ao consumidor, nomeadamente das decisões, a credibilidade dos operadores económicos, a par de uma concorrência leal.

Também de salientar que a crescente revolução tecnológica vai também repercutir-se na esfera dos Direitos Liberdades e Garantias, que enformam o Estado de Direito, incidindo em sectores cujo desenvolvimento foi mais acentuado.

Quando falamos em sectores cujo desenvolvimento foi mais acentuado, referimo-nos à informática e sua evolução relâmpago, à alteração gigantesca nos serviços bancários, seguros e telecomunicações. Todas estas áreas são capazes de incidir sobre Direitos Fundamentais e que, num curto espaço de tempo, viram as suas regras e métodos de acção completamente alterados, fruto da já mencionada revolução tecnológica.

Considerando que a Administração tradicional consubstancia uma máquina complexa e vagarosa com relutância às mudanças, mormente mudanças tecnológicas, não interagindo com a população em geral e que pauta por uma actuação pouco transparente e imparcial, era assim, inevitável, encontrar uma solução capaz que desse resposta a todos estes quesitos.[167]

[166] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.52
[167] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.53

Solução essa que passará, necessariamente, por alcançar formas de actuação mais eficazes e agilizadas, que propiciem uma célere decisão e uma maior flexibilidade para combater os reiterados e novos desafios que a evolução tecnológica desencadeia.

Assim, as ERI´s, tendo na sua estrutura e formas funcionais uma permanente fiscalização dos segmentos de acção, ou da área inerente, defendem sem dúvida, a população da discricionariedade, bem como da formalização excessiva dos procedimentos administrativos com o respeito pelos direitos e garantias, constitucionalmente consagradas.

Nunca será por demais realçar, que na criação das ERI´s está subjacente um enraizado descrédito em relação aos serviços públicos da Administração, mostrando-se parcial, pouco transparente e nada democrata, em clara violação das normas que regem um Estado de Direito.

Sendo o reflexo de aturada mutação no que tange às concepções atinentes ao papel do Estado no campo económico, emergentes da necessidade de que o aperfeiçoamento de tal acção, seja fiscalizada por agentes imparciais, postos num lugar de equidade relativamente aos interesses em causa[168], deve o Estado intervir apenas para dar promoção e garantia ao livre funcionamento do mercado.

O impulso lançado pelo novo modelo económico é factor proeminente desta mutação, sendo que as novidades liberalização e privatização, que caracterizaram a Europa nas últimas duas décadas, a que atrás se fez referência amiúde, não ditou o alheamento da economia pelo Estado, bem pelo contrário.

Ou seja, a intervenção do Estado não se dissipa, assumindo, sim, novos modelos, potenciadoras não de um controlo ou direcção do mercado, mas sim de poderes regulatórios.[169]

Ao contrário de ter uma participação directa na economia, o Estado aparece com a finalidade de evitar os monopólios, bem como proporcionar um mercado livre, sem que, no entanto, isso signifique que seja deixado sem regras.

Mercado que renuncia a múltiplos diplomas, sendo, apenas, levadas em linha de conta, regras que permitam fomentar a livre concorrência numa óptica de economia aberta, que traga sempre vantagem ao cidadão comum.

[168] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.53
[169] Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.54

Na filosofia que subjaz ao novo paradigma da economia do mercado regulado, os poderes do Estado são alterados, alcançando um objectivo diferenciado, traçando normas e regras da justa concorrência, regulando o funcionamento correcto do mercado.

5. O FLORESCIMENTO DAS ENTIDADES REGULADORAS NA EUROPA

Como é referenciado por diversos autores, o modelo norte-americano de agências reguladoras foram a principal fonte de inspiração para o aparecimento de entidades similares na Europa.

O desmantelamento dos monopólios públicos pela União Europeia, constituiu o impulso para um novo modelo de regulação que permitiu a abertura dos mercados à iniciativa privada[170].

A criação das Autoridades Reguladoras Independentes, teve origem nas supra citadas *independent agencies* Americanas e que tardiamente foram adoptadas pela Europa.

O primeiro país Europeu a aplicar este tipo de regulação foi a Inglaterra[171], país da *Common Law* e com uma orientação de Estado bastante parecida aos EUA, sendo mais tarde, por volta dos anos oitenta, alargado aos restantes países.

A partir de meados dos anos oitenta as privatizações do sector público e a liberalização dos monopólios, levaram à necessidade urgente de introduzir nos Estados-Membros formas de regulação independente do tipo norte-americana.

O pontapé de saída foi dado nos mercados financeiros, pois foram estes os primeiros a serem privatizados/liberalizados, sendo progressivamente alastrado aos restantes sectores que antes eram dominados exclusivamente pelo Estado, os quais se encontravam, quase todos, em situação de monopólio natural, sectores como a água, a electricidade, o gás, entre outros.

Como já referimos, este movimento iniciou-se primeiramente na Inglaterra pela mão da então Primeira-Ministra Margaret Thatcher[172], que entendia que a racionalidade da

[170] Cf., ANASTÁCIO, Gonçalo; MORAIS, Silva Luís; FERREIRA, Eduardo Paz, Regulação em Portugal, Novos Tempos, Novo Modelo?, Almedina, 2009, pág.20

[171] Para Vital Moreira e Fernanda Maçãs a razão de ter sido a Inglaterra o primeiro país a adoptar a figura das autoridades reguladoras deveu-se ao facto de "No ordenamento britânico, desde há muito que existiam organismos públicos (assaz diversos, aliás), relativamente independentes em relação ao governo que a doutrina designa genericamente como "quangos" (quasi non governmental organizations), enquanto instituições criadas com o objectivo de subtrair o controlo de determinados sectores económico-sociais à responsabilidade de um ministro ou departamento governamental.", consideram também que outro elemento fundamental para esta rápida implementação foi a "identidade histórica e cultural e na aproximação dos seus sistemas administrativos. Em ambos os casos trata-se de países cujo Estado não assenta numa Administração forte, tendencialmente hierarquizada e centralizada, mas sim numa administração baseada nos princípios da centralização e da participação dos cidadãos" Cf., MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.20 e 21.

[172] Margaret Thatcher foi uma das figuras do século XX, além de ser a primeira mulher a ocupar a pasta de Primeira Ministra no seu país, implementou audazes alterações no regime financeiro de Inglaterra, tendo também sofrido uma tentativa de assassinato em 1984. Esta tentativa frustrada, bem como a sua

regulação independente deveria ser implementada através da desgovernamentalização da função reguladora em prol da imparcialidade.

A Regulação Independente fazendo *jus* ao seu nome, detém em si própria uma problemática complexa, que se traduz em legitimar democraticamente a sua actuação, tanto ao nível de respeito pelos princípios democráticos (não têm legitimidade politica), como ao nível da sua responsabilização, tal como já fizemos referência.

Pese embora esta problemática, o fenómeno da regulação de influência Americana alastrou-se assim aos restantes países Europeus que eram Governados por um modelo Administrativo Continental, centralizado em que o Governo era o órgão máximo da Administração.[173]

Apesar de existirem divergências, tanto as ERI´s do tipo americano como as que se vieram a instaurar na Europa, comungam em alguns aspectos fulcrais, tal como já elencado. Ambas reconhecem que o mercado não dá garantias de um correcto funcionamento, necessitando da figura da regulação para ser incentivado e delimitado, com vista a prosseguir o bem comum.

Destarte, o desenvolvimento das ERI´s na Europa, deveu-se a vários factores, como o facto de a Comunidade Europeia ter sido desenvolvida como um todo baseado em diversas estruturas de regulação.

A regulação económica não pode ser dissociada do processo de construção do alargamento da U.E, na medida em que assistimos a mudanças que provocaram a mudança de um Estado positivo para um Estado regulador.

Essa dissociação é impossível desde logo pelo facto da integração dos Estados na União Europeia ser acompanhada pela obrigação de uma intervenção na economia através de mecanismos de regulação, indo de encontro à mudança de paradigma para um Estado regulador, como de resto já se aprofundou nos capítulos anteriores deste trabalho.

A Comunidade Europeia e mais tarde a União Europeia, intervinham muito pouco na estabilização da macroeconomia, sendo por isso a sua intervenção na economia considerada uma intervenção indirecta.

---

oposição feroz aos sindicatos e às políticas da União Soviética, resultaram na sua apelidação como a "Dama de Ferro".

[173] Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estado, op. cit., pág.134

Existe também uma realidade que contribuiu fortemente para a regulação na Europa, que foi a realidade das privatizações, mais conhecidas como processos de liberalização, que no fundo se traduziam na eliminação dos monopólios públicos, nomeadamente de sectores de utilidade pública, que passaram pela abertura dos mercados à concorrência, mesmo em sectores que outrora eram exclusivamente dominados por entidades públicas.

Podemos afirmar que a alteração de paradigma do Estado intervencionista para o Estado regulador foi apoiado fundamentalmente nas privatizações, na medida em que as mesmas passaram pela abertura de sectores que outrora eram do domínio total do Estado (transportes, agua, electricidade).

Esta alteração não foi homogénea em toda a Europa, o que aliás é persistente nos dias de hoje, sendo Portugal, nesse aspecto, mais radical ao privatizar empresas que tratavam de serviços energéticos, situação que não aconteceu em países como França e Itália.

5.1. OS MECANISMOS INTEGRADORES DA REGULAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

A integração Europeia e os seus processos deram origem a novas entidades, tanto institucionais como politicas. Esta temática tem sido alvo de constante tratamento nos últimos anos, tornando a Europa e a União Europeia um verdadeiro Estado Regulador[174].

Com efeito, a implementação da Regulação na Europa não foi bem sucedida por mero acaso, existiram causas que contribuíram para essa implementação que estão perfeitamente identificadas nos dias de hoje. A regulação foi claramente favorecida pelo facto da Comunidade Europeia e mais tarde União Europeia terem sido sempre estruturas que não detinham o domínio sobre todas as matérias da macroeconomia, o que, só por si, classifica a sua actuação como uma actuação indirecta, característica basilar da regulação.

[174] A respeito da Regulação e o seu envolvimento na Integração Europeia Paulo de Pitta e Cunha e Luis Silva Morais entendem que "o desenvolvimento do denominado Estado regulador corresponde a uma mudança de paradigma, uma verdadeira mudança de paradigma no quadro da qual a um chamado Estado positivo – de feição Keynesiana – em que prevaleciam funções de redistribuição da riqueza e de estabilização macroeconómica, sucede um novo modelo de organização das funções públicas de intervenção na economia. Neste novo modelo, a função de regulação da economia, ganha proeminência sobre aquelas funções públicas de intervenção na economia e que estimularam a acima referida alteração de paradigma de governo económico (cristalizada na formula, por nós inicialmente referida, de desenvolvimento do Estado regulador e da União Europeia como um Estado ou uma Estrutura reguladora por excelência)" Cf., CUNHA, Paulo de Pitta; MORAIS, Luis Silva, A Europa e os Desafios do Século XXI, Coimbra, Almedina, 2008, pág.327

Destarte, não poderemos deixar de reafirmar a importância das liberalizações ocorridas um pouco por toda a Europa, mormente as que às *utilites* disseram respeito, deixando para a regulação um pesado e importante papel regulatório que era o de fazer cumprir o preceituado no artº 86º do Tratado da CE[175].

A integração e implementação da regulação na Europa é também fortemente influenciada pela acção da Comissão Europeia, desde logo, fruto do desenvolvimento de políticas de concorrência.

Devido aos choques que seriam estas alterações impostas pela regulação o:

> Executivo Comunitário procurou uma solução de transição em que a regulação havia de funcionar, a um só tempo, como garantia do respeito das obrigações de serviço público, que podia não resultar do funcionamento normal e espontâneo do mercado e, bem assim, como instrumento de pressão na eliminação dos monopólios públicos.[176]

Existe uma imposição por parte do poder Comunitário para que os países membros criem entidades reguladoras independentes como também para as controlarem.

Os exemplos em Portugal destas imposições ganham expressão aquando a alteração de nome de alguns institutos que passaram a ser denominados por entidades reguladoras, como mais adiante se pormenorizará quando falarmos no caso Português.

Este é o resultado da transposição de directivas comunitárias onde o Direito Europeu obriga os países da União a adoptarem medidas e procedimentos que favoreçam uma melhor regulação.

Apesar de, inicialmente, a ordem comunitária deixar ao livre arbítrio do legislador nacional matérias administrativas, a verdade é que essa tendência tem sofrido uma larga inversão, como é possível constatar na vasta jurisprudência do TJCE onde

[175] O Artigo 86º do Tratado da CE postula que:
"1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomam nem mantêm qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12º e 81º a 89º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.
3. A Comissão vela pela aplicação do disposto no presente artigo e dirige aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas."
[176] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.209

existem várias Directivas que obrigam à criação de organismos reguladores independentes nos mercados em que ocorreram liberalizações.[177]

Em áreas como as telecomunicações, energia e transportes, a influência comunitária é mais marcante, a promoção da concorrência e a obrigação de criação de organismos com independência em relação ao Estado é decisiva na eliminação dos monopólios.

Neste sentido, de acordo com a jurisprudência do TJCE, existem vários casos em que as directivas impõem a criação de organismos reguladores independentes.[178]

Essa imposição de independência é no entanto dirigida à influência dos regulados e não a nível político, sendo certo que a Comunidade impõe estas regras através de directivas, o que confere aos Estados-Membros uma discricionariedade bastante considerável no que diz respeito à adopção das medidas impostas, o que traduz necessariamente uma diversificação de modelos de país para país, de acordo com a realidade interna de cada um.

Essa diversidade é patente em sectores como a energia, área na qual alguns países dos Estados-Membros criaram ERI´s próprias. Vejamos o caso do Reino Unido que criou a *OFGEM*, a Itália que criou a *Autoritá per l´Energia Elettrica e il Gás*, ou mesmo o caso Português com a criação da ERSE que adiante aprofundaremos. Sendo que outros países optaram pela entrega dos poderes reguladores na área da energia às autoridades gerais da concorrência, como foi o caso da Holanda, que decidiu englobar o regulador da energia na própria autoridade para a concorrência e ainda alguns que optaram por entregar o papel de regulação a entidades com poderes sobre indústrias de rede, como foi o caso do Luxemburgo que delegou esse papel ao *Institut Luxembourgeois de Regulation*.[179]

Também na área das telecomunicações existe divergência quanto aos modelos aplicados nos Países-Membros, países como a Alemanha, Portugal e Holanda optaram por dotar as ERI´s com poderes mais fortes, como a possibilidade de licenciamento e a supervisão, enquanto outros como a Espanha, o Reino Unido e a

[177] Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estado, op. cit., pág.135

[178] Vejamos como exemplo a DIRECTIVA 2003/55/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de Junho de 2003 que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE no seu artigo 25º sob a epígrafe entidades reguladoras consagra que:
"1. Os Estados-Membros devem designar um ou mais organismos competentes com funções de entidades reguladoras. Estas entidades devem ser totalmente independentes dos interesses do sector do gás. Compete-lhes, mediante a aplicação do presente artigo, no mínimo, assegurar a não discriminação, uma concorrência efectiva e o bom funcionamento do mercado."

[179] Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit., pág.136

França optaram por repartir as competências entre as entidades reguladoras e os ministérios competentes.

Após termos elencado apenas dois sectores e a forma díspar como foram aplicados nos vários Países-membros, podemos afirmar que o modelo das ERI´s, apesar de se ter difundido por toda a Europa, foi efectuado de forma bastante diversificada, muito por culpa da legislação comunitária que possibilita, como vimos, essas diversificações por atribuir uma grande margem de discricionariedade aos Países-Membros.

Pese embora esta margem de discricionariedade atribuída a cada país na aplicação dos modelos regulatórios, a consonância das medidas regulatórias é um ponto a que a CE dá bastante atenção, sob pena de existirem mercados internos que seriam prejudicados em função de outros devido a esta disparidade.

Assim, a legislação comunitária criou algumas disposições com vista à coordenação das ERI´s, tanto entre elas próprias, como em relação à Comissão Europeia, no que diz respeito a decisões. Também existem associações europeias que promovem debates entre todos os sujeitos, nomeadamente a Comissão, entidades reguladoras e altos cargos dirigentes dos países membros, com vista à uniformização de procedimentos, bem como a formação de grupos reguladores europeus para determinados sectores, como foi o caso do grupo de reguladores europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas[180].

Efectivamente, é notória a preocupação de aproximar os modelos de acção entre as várias ERI´s dos Estados-Membros bem como a aplicação uniforme do direito comunitário, apesar das diferenças acentuadas entre os países a nível económico e social.

Por fim e apesar da dispersão de modelos que se procurou exemplificar, existe a vontade de aproximar as medidas de forma efectiva, ou seja, não só realizar uma aproximação idealista mas também uma aproximação prática que passa pela criação de agências de regulação europeias.[181] Estas agências têm o seu poder de actuação

[180] Como exemplo referimos uma decisão da Comissão 2002/627/CE, de 29 de Julho de 2002, que institui o grupo de reguladores europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas que no seu artigo 3º definia o objectivo da criação do grupo "O papel do grupo consiste em aconselhar e assistir a Comissão na consolidação do mercado interno das redes e serviços das comunicações electrónicas. O grupo deve funcionar como interlocutor entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão, de modo a contribuir para o desenvolvimento do mercado interno e a uma aplicação coerente em todos os Estados-Membros do quadro regulamentar para as redes e serviços de comunicações electrónicas."

[181] Actualmente existem as seguintes Agências Europeias:
Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia, ACER http://www.acer.europa.eu
Agência Comunitária de Controlo das Pescas, CFCA http://www.cfca.europa.eu
Instituto Comunitário das Variedades Vegetais, ICVV http://www.cpvo.europa.eu

um pouco limitado, João Nuno Calvão da Silva defende que "os Estado-membros e a Comissão não abdicam facilmente dos seus poderes, pelo que as agências europeias são dotadas de poderes limitados".[182] Quer isto dizer que estas agências têm um papel meramente informativo e coordenador, sem prejuízo de as mesmas terem vindo ao longo do tempo a ganhar cada vez mais notoriedade, pelo que o seu futuro pode ser bastante promissor a nível de intervenção nas esferas económicas de cada país.

Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho, EU-OSHA http://www.osha.europa.eu
Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas, FRONTEX http://www.frontex.europa.eu
Agência Europeia para a Segurança da Aviação, AESA http://www.easa.europa.eu
Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças, ECDC http://www.ecdc.europa.eu
Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional, CEDEFOP http://www.cedefop.europa.eu
Agência Europeia dos Produtos Químicos, ECHA http://echa.europa.eu
Agência Europeia do Ambiente, AEA http://www.eea.europa.eu
Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, EFSA http://www.efsa.europa.eu
Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho EUROFOUND http://www.eurofound.europa.eu
Agência do GNSS Europeu, GSA http://www.gsa.europa.eu
Instituto Europeu para a Igualdade de Género, EIGE http://eige.europa.eu
Instituto Europeu de Inovação e Tecnologia, EIT http://eit.europa.eu
Serviço Europeu de Polícia, EUROPOL http://www.europol.europa.eu
Agência Europeia da Segurança Marítima, AESM http://www.emsa.europa.eu
Agência Europeia de Medicamentos, EMA http://www.ema.europa.eu
Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, OEDT http://www.emcdda.europa.eu
Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, ENISA http://www.enisa.europa.eu
Academia Europeia de Polícia, CEPOL http://www.cepol.europa.eu
Agência Ferroviária Europeia, AFE http://www.era.europa.eu
Fundação Europeia para a Formação, ETF http://www.etf.europa.eu
Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, FRA http://fra.europa.eu
Unidade Europeia de Cooperação Judiciária, EUROJUST http://www.eurojust.europa.eu
Centro de Satélites da União Europeia, CSUE http://www.eusc.europa.eu
Fusion for Energy, F4E http://fusionforenergy.europa.eu
Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), IHMI http://oami.europa.eu
Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia, CdT http://www.cdt.europa.eu, Cf., UNIÃO EUROPEIA, As agências da União Europeia [Em linha]. [S.l.], EU, 2011.

[182] Cf., SILVA, João Nuno Galvão da, Mercados e Estados, op. cit., pág. 142

6. O CASO PORTUGUÊS

Ao longo das últimas décadas, a regulação económica adquiriu uma consistência notável e passou a ser uma necessidade para o bom funcionamento dos mercados, com o objectivo primordial de colmatar as falhas de mercado.

Em Portugal, a situação não foi diferente da restante Europa, tendo as várias Constituições e suas revisões espelhado o trajecto da Regulação.

O interesse pela regulação tem sido largamente intensificado nas últimas décadas, seja ao nível dos tecidos empresariais, seja no Direito da economia, bem como no Direito administrativo, tendo o nosso país feito um esforço significativo para acompanhar as directrizes europeias, que impõem cada vez mais um sentido regulatório, tendo Portugal, como se poderá constatar em alguns sectores, ido mais longe do que o recomendado.

6.1. AS CONSTITUIÇÕES ECONÓMICAS PORTUGUESAS

O Direito Económico espelha-se nas Constituições, pois é nelas que encontramos os pilares e os princípios sobre os quais se vão processar todas as actividades económicas.

A economia Portuguesa necessitava de seguir o mesmo rumo que os restantes países da União Europeia, levando em conta não só a sua integração mas também a urgente necessidade de acompanhar a economia global. As revisões Constitucionais foram um meio capaz de adequar Portugal às directrizes Comunitárias, o que apenas foi possível graças à vontade de eliminar o intervencionismo como mecanismo de controlo das falhas de mercado, dando lugar a um novo paradigma onde se inclui necessariamente o Direito da regulação.

6.1.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1933

A Constituição de 1933 foi sem dúvida a grande ruptura com as tradições liberais. Neste ano já não vingavam somente os valores como o direito à propriedade[183] e

[183] O Direito de propriedade nesta Constituição apesar de estar consagrado no artigo 8º nº15, conheceu uma excepção que em potência tornaria este Direito um não-direito. Isto porque o artigo 35º estatuía que " a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social em regime de cooperação económica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu empregou ou exploração conformes com a finalidade colectiva". Esta norma viria beliscar o até então conceito de propriedade, que no tempo do liberalismo era intocável e que agora poderia ser posto em causa se em causa estivesse um bem comum. O Direito de propriedade é alvo de menção por parte de Eduardo Paz Ferreira que entende

outros adjacentes, mas também um reconhecimento latente do dever do Estado em integrar e dirigir a vida económica do país.

Estas alterações surgem de um contexto político único que o país nesta data atravessou.

Nesse sentido, a Constituição de 1933 resultou de uma Primeira República sem sucesso, aliado a um clima de revolta social, bem como uma forte instabilidade governamental, que apenas por mero acaso nunca se veio a transformar numa guerra civil. Esta situação culminaria numa ditadura militar que imperou no período compreendido entre 1926 e 1933. A ditadura militar foi o precursor do Estado Novo que foi implementado por Oliveira Salazar, entre 1933 e 1974, o mesmo período de vigência da Constituição de 1933.

Face ao exposto e existindo a necessidade urgente de tornar Portugal economicamente viável, a sociedade pedia um Estado forte, coeso e que não deixasse o mercado à mercê das suas próprias falhas.

A Constituição de 1933 atribui ao Estado:

> um papel absolutamente central na promoção da ordem económica, na realização de determinados valores e na afirmação da subordinação dos interesses particulares aos interesses gerais, reconhecendo-se ao Estado a missão de promover o bem-estar social, procurando assegurar a todos os cidadãos um nível de vida de acordo com a dignidade humana[184]

Doravante deve o Estado promover a economia, sendo que esta promoção passa a ser um dever Constitucionalmente consagrado. Esta inovação foi aplicada através de uma nova norma na Constituição de 1933, prevista no título VIII com a epígrafe "Da Ordem Económica e Social" no seu art.º 6 nº2 que incumbe o Estado de " coordenar, impulsionar e dirigir todas as actividades sociais, fazendo prevalecer uma justa harmonia de interesses, dentro da legítima subordinação dos particulares ao geral"[185].

Este dever expresso apetrecha o Estado de um novo poder, o poder de intervir directamente na economia para colmatar as falhas de mercado, uma intervenção que

---

que a letra da lei atribuída ao direito de propriedade está "longe das formulações das constituições liberais, ficando-se, aqui, pelo simples reconhecimento da sua existência e da possibilidade da sua transmissão, nas condições determinadas pela lei civil", o Professor vai ainda mais longe referindo que " o primeiro texto constitucional que terá proclamado a limitação do direito de propriedade pelo interesse comum foi a Constituição de Weimar, na Alemanha". Cf., FERREIRA, Eduardo, op. cit., pág.95 e 96

[184] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.64

[185] Eduardo Paz Ferreira considera que este artigo bem como o artigo 8º atribuem um papel centralizador do Estado em relação à Económica. Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, op. cit., pág.90

vai muito para alem da elaboração de normas e de procedimentos, é uma intervenção presente que chega a substituir os privados pelo Estado.

O poder do Estado estava latente um pouco por toda a Constituição, o artº 30º que designa o Estado como interlocutor das relações económicas internacionais, o artº 31º que atribuía ao Estado a obrigação de regular superiormente a vida económica e social, o artº 37º que obrigava todos os organismos de natureza económica a serem legitimados pelo Estado, caso contrário seriam considerados ilegais.

Com efeito, as mudanças anti-liberalistas não eram só de índole económico, também a relação social do Estado com a população sofreu um revés profundo.

Alguns direitos foram suprimidos como o direito à greve ou ao *lock out*, que passariam a constituir uma ilegalidade de acordo com o artº 39º, as próprias relações laborais entre trabalhador e entidade empregadora passaram a ser dirimidos por Tribunais de competência especializada, que à data não eram independentes face ao Estado, situações que deixaram na mão do Estado o controle de toda a vida económica e social da época, após um período marcado pelo liberalismo.

Em último lugar importa salientar um importante instrumento trazido nos anos 30 pelo regime, a lei do condicionamento industrial. Segundo esta lei, qualquer produtor industrial necessitava de solicitar autorização ao Estado para quase todo o tipo de operações, tais como obter novos equipamentos, aumentar o espaço produtivo, aumentar o número de empregados ou simplesmente, estabelecer-se.

Com esta medida o Estado pretendia aniquilar por completo a concorrência externa e ao mesmo tempo ter um controle absoluto de todas as movimentações do tecido empresarial, articulando essas movimentações de acordo com os interesses do regime.

Esta limitação provocou um atraso considerável na modernização da economia Portuguesa[186], pois durante anos não existiram quaisquer inovações no que diz respeito a novas tecnologias, novos projectos e novas ambições, já que o Estado é que decidia quais os grupos económicos que deveriam controlar determinadas áreas e sectores.

[186] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz - Direito da Economia, op. cit., pág. 97

6.1.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1976

A Constituição de 1933 acabaria por conhecer o seu fim com o 25 de Abril, sendo substituída pela Constituição de 1976, existindo entre o final de uma e o início da outra um período em que a primeira se aplicou como um texto supletivo, desde que tais orientações não fossem contra os princípios de Abril.

A Constituição de 1976 é um compromisso[187] entre a democracia e o socialismo. Nas palavras de Eduardo Paz Ferreira:

> Estamos em presença de um texto constitucional que, apesar de alguns elementos de rigidez, não é um texto fechado ou que permita apenas uma interpretação ou uma orientação vinculativa total do legislador, mas sim um texto fortemente programático, que tenta conjugar as características ideológicas mais marcadas com a afirmação e defesa da democracia política e do Estado de Direito.[188]

Ou seja, esta Constituição tem um carácter maleável e principalmente um carácter de projecção para o futuro, sustentado por alicerces que comportem e agradem a vertente democrática e socialista ao mesmo tempo.

A vertente democrática está bastante presente nesta Constituição, já que o novo texto permitia uma maleabilidade que não existia na Constituição de 1933, sendo o seu conteúdo fortemente programático, que serviu de base para a sustentação de um verdadeiro Estado de Direito Democrático.

Após a Constituição de 1976 a economia Portuguesa seguiu uma rota socialista, sendo alvo de uma avalanche de nacionalizações, que deixaram um rasto de prejuízos nos principais grupos económicos.

Para alterar de forma profunda os antigos ideais económicos, foi extinta a ordem corporativa, seguindo-se várias *démarches* para eliminar todo o sistema corporativo, ao mesmo que tempo que se tentou dar oportunidades a empresários e classe operária.

> Como referido esta Constituição tinha um cariz maioritariamente socialista, sendo exemplo disso o artº 9º na sua alínea c) que postulava que o Estado tinha como tarefa socializar os meios de produção e a riqueza, através de formas adequadas às características do presente período histórico, criar as condições que permitam

[187] Exemplo deste compromisso entre a democracia e o socialismo é o artigo 2º desta Constituição que tal como Maria Eduarda Azevedo refere "apresenta-se como exemplar carácter compromissório, envolvendo, a afirmação dos direitos liberdades fundamentais e da organização democrática do Estado, por um lado, e,por outro, a proclamação do socialismo, com a criação de condições para o exercício do poder pelas classes trabalhadoras" Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.69
[188] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, op. cit., pág.110

> promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, especialmente das classes trabalhadoras, e abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem[189].

Também nesta Constituição o direito de propriedade sofre de alguma carência, na medida em que foi decidido incluir este direito no capítulo dos direitos económicos e sociais, mais precisamente no artº 62º, afastado por isso dos direitos fundamentais.

Apesar desta nuance, é pacífica a aplicação do direito de propriedade na Constituição de 1976 como se um Direito Fundamental se tratasse[190]. Pese embora esta importância, este direito não deixou de sofrer algumas limitações a que já estava sujeito no passado, como a expropriação, mas também uma nova limitação que era a expropriação sem lugar a indemnização.

Destarte, o artº 82º no seu nº 2 postulava que "a lei pode determinar que as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas não dêem lugar a qualquer indemnização". Ao longo da Constituição de 1976 encontramos outros exemplos da limitação deste direito pelo que não o podemos considerar um direito pleno.

6.1.3. A REVISÃO DE 1989

A profunda alteração da Constituição nesta data[191], leva muitos autores a apelidarem esta revisão como uma nova Constituição económica, sendo a sua implementação o resultado da adesão do nosso país à União Europeia e que teve uma maior incidência em temáticas como a Organização Económica do país.

---

[189] Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, op. cit., pág.111

[190] A respeito da aplicação do direito de propriedade como se de um direito fundamental se tratasse é matéria reflectida por Eduardo Paz Ferreira que considera que "a inclusão do direito de propriedade entre os direitos económicos será, aliás, o resultado da sobreposição de duas lógicas distintas: por um lado, ter-se-á querido acentuar a submissão do direito de propriedade às normas programáticas da constituição económico mas, por outro, ter-se-á pretendido acentuar, igualmente, o papel de garantia de um espaço de liberdade económica de cada sujeito em relação ao Estado.
A inclusão do direito de propriedade entre as normas constitucionais que regulam a organização económica pode, então, ser entendida como uma expressão da própria importância que tem, para a definição do sistema económico, a aceitação da propriedade privada como forma de garantia de um espaço de liberdade dos sujeitos económicos privados, com a consequente recusa de concepções que os tratem como meros executores de um plano centralizado" Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, op. cit., pág.115

[191] A este respeito Eduardo Paz Ferreira identifica algumas alterações que ocorreram antes desta revisão constitucional e que são as seguintes:
"a) a alteração da lei-base de delimitação dos sectores da actividade privada através dos Decretos-Lei nº.s 406/83, de 19 de Novembro e 449/88, de 10 de Dezembro, com vista a reduzir os sectores vedados à iniciativa privada;
b)a criação, através do Decreto-Lei n.º 321/85, de 5 de Abril, dos títulos de participação em empresas públicas;
c) a previsão de privatizações parciais, admitidas pela Lei nº84/88, de 20 de Julho;
d) a definição de um regime geral de alienação de participações sociais públicas (Lei nº71/88, de 24 de Maio e Decreto-Lei n.º328/88, de 27 de Setembro)." Cf., FERREIRA, Eduardo Paz, Direito da Economia, op. cit., pág.128 e 129

Esta renovação inovadora, a par da necessidade de evolução de um país fortemente atrasado a nível económico devido ao período de ditadura que perdurou várias décadas, resultou em algumas alterações relevantes e que se traduziram na alteração de vários artigos do texto constitucional, vejamos por exemplo o artº 85º:

> a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 só poderá efectuar-se nos termos da lei-quadro aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

Este artigo abriu portas às privatizações, embora faça uma remissão a título de requisitos das mesmas para a lei ordinária.

Esta revisão pôs fim a um princípio que mantinha o sistema económico do país fechado, era o chamado princípio da irreversibilidade das nacionalizações. Esta revisão permitiu a possibilidade de privatização da totalidade do capital das empresas, de acordo com o novo supra citado art.º 85º.

Uma das temáticas que mais urgência suscitava nesta época era a alteração ao regime da propriedade privada. Foi este aspecto que a revisão de 1989 levou em atenção, pois a protecção a este Direito foi desprezada durante vários anos, aquando a vigência das anteriores Constituições e suas revisões, mas que agora seria alvo de alteração, mormente os artºs 89º e 61º, deixando de existir expropriações sem que às mesmas sejam devidas as correspondentes indemnizações. A iniciativa privada passou a poder exercer-se livremente desde que cumprindo os preceitos da Constituição.

A matéria que diz respeito aos direitos económicos e sociais não viu grandes inovações, mantendo os clássicos direitos básicos sem alterações, como o direito à saúde[192], educação, segurança social e trabalho.

[192] De referir que apesar de não terem existido grandes inovações no que tange aos direitos económicos e sociais, o direito à saúde que até então era um serviço totalmente gratuito, passa a ser um serviço tendencialmente gratuito. Esta alteração foi pertinente e introduziu as conhecidas "taxas moderadoras" que iriam ajudar a sustentar o pesado sistema nacional de saúde sem por em causa os mais carenciados que beneficiariam de isenção destas taxas, desde que a sua situação fosse classificada pelos serviços da Segurança Social como tal. Sobre o conceito "tendencialmente gratuito" que muita controvérsia criou na época, escreveu o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 330/89 de 22 de Junho "Analisando o significado da expressão gratuitidade tendencial, contida na alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira salientam que ela «significa rigorosamente que as prestações de saúde não estão em geral sujeitas a qualquer retribuição ou pagamento por parte de quem a elas recorra, pelo que as eventuais taxas (v. g., as chamadas «taxas moderadoras») são constitucionalmente ilícitas se, pelo seu montante ou por abrangerem as pessoas sem recursos, dificultarem o acesso a esses serviços» (cfr. ob. cit., p. 343). Seja qual for o verdadeiro sentido da modificação operada pela Lei Constitucional n.º 1/89, através da introdução da expressão «gratuitidade tendencial, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos», a mesma teve, pelo menos, o efeito de «flexibilizar» a fórmula

Assim, pode afirmar-se nas palavras de Maria Eduarda Azevedo que a revisão de 1989 tornou a Constituição "mais claramente neutra e programática ou puramente intervencionista, assumindo um potencial de transformação profunda da estrutura económica, por via de um programa constitucional de privatizações"[193]

Estavam deste, modo, criadas as condições para a abertura de um mercado que era marcadamente conservador, não só pela vontade política e social desses tempos, mas também pelas pressões que a União Europeia exercia directamente no nosso País.

6.1.4. A REVISÃO DE 1997

Importa referir que em 1994 esteve prevista uma revisão Constitucional que não chegou a concretizar-se, mas que nesta revisão de 1997 vê postulados alguns dos seus projectos.

A revisão de 1997 foi marcada pelo fim da obrigatoriedade de existirem sectores exclusivamente dirigidos por entidades estatuais, ou seja, sectores onde não poderiam existir incitativas privadas.

Agora a lei já não proíbe, mas antes admite que o legislador possa delimitar tal proibição. Enquanto o anterior artº 87º nº3 obrigava a existência de sectores vedados à iniciativa privada, o novo nº3 admite apenas essa possibilidade. Esta novidade permitiu a eliminação do factor rigidez.[194]

Na revisão de 1997 foi também criada uma nova norma que se consubstanciou na introdução do artº 267º nº3 que atribui poderes expressos ao legislador para criar autoridades independentes. Este novo artigo reveste-se de natureza permissiva, ou seja, concede permissão para os órgãos legislativos criarem por sua iniciativa este tipo de entidades desde que exista justificação para tal.

---

constitucional anterior (a da «gratuitidade» tout court), atribuindo, assim, ao legislador ordinário uma maior discricionaridade na definição dos contornos da gratuitidade do Serviço Nacional de Saúde. O artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da Lei Fundamental não veda, pois, ao legislador a instituição de «taxas moderadoras ou outras», desde que estas não signifiquem a retribuição de um «preço» pelos serviços prestados, nem dificultem o acesso dos cidadãos mais carenciados aos cuidados de saúde."

[193] Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.78

[194] Ainda relativamente à revisão de 1997, Maria Eduarda Azevedo indica que antes desta revisão " a lei nº88-A/97, de 25 de Julho, havia já antecipado tal resultado ao permitir o acesso da iniciativa privada a certos sectores da actividade económica – águas e resíduos, comunicações por via postal, transportes ferroviários e exploração de portos marítimos – desde que sob concessão, subsistindo apenas a proibição de apropriação dos bens d produção em certos sectores expressamente contemplados na lei.
A revisão constitucional acabaria, assim, por consagrar uma alteração fundamental, com o Estado a ter como função essencial a garantia do interesse publico, e podendo a actividade económica ser prosseguida por via privada através do instituto da concessão administrativa." Cf., AZEVEDO, Maria Eduarda, Temas de Direito da Economia, op. cit., pág.81

Esta alteração foi mais um factor determinante para a abertura do mercado Português, não só pela eliminação de directrizes rígidas, como também de ideologias que ficaram obsoletas com a nova realidade social que se viveu nos anos 90, anos prósperos e de acentuadas afirmações de liberdades.

7. ALTERAÇÃO DE PARADIGMA EM PORTUGAL

Feita a análise da Constituição e suas revisões, podemos afirmar que a alteração de paradigma de um Estado intervencionista para um Estado regulador em Portugal deu-se a partir de 1982, ano em que a revisão Constitucional abriu portas à aprovação de uma lei da concorrência (1983) e eliminou formas de controlo da economia pelo Estado, garantindo o livre funcionamento do mercado. Ainda em 1983 foi alterada a lei de delimitação de sectores, o que provocou uma avalanche de iniciativas privadas em áreas que eram de domínio exclusivo do estado.

Destarte, foi a entrada de Portugal na CEE, que marcou a verdadeira alteração de paradigma, na medida em que levou Portugal a alterar as suas regras económicas, desde logo pela necessidade de respeito pelas regras do mercado comum, bem como das normas de concorrência constantes no Tratado de Roma.

A revisão de 1989 liberalizou o mercado das *public utilities*, ao mesmo tempo que se inicia o processo de privatizações, que apesar de ter sido levado a cabo nesta época, não era uma imposição do Tratado de Roma.

7.1. AS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES EM PORTUGAL

Os primeiros exemplos que temos em Portugal de uma administração independente é o da Comissão Nacional de Eleições[195], que surge após o 25 de Abril e tinha a função de assegurar a igualdade entre os candidatos nas eleições.

A doutrina é unânime em classificar este órgão como o pioneiro das ERI´s em Portugal, devido aos seus estatutos que enveredavam princípios como os da independência face ao Estado e de inamovibilidade de cargos.

Foi por isso com naturalidade que o estatuto jurídico da Comissão Nacional de Eleições foi alterado pela lei 71/78 de 27 de Dezembro elevando esta Comissão a um órgão independente, que apesar da sua autonomia actuaria em paralelo com a Assembleia da República, fiscalizando todos e quaisquer actos que às eleições dissessem respeito.

[195] A criação da Comissão Nacional de Eleições foi necessária na eleição da Assembleia Constituinte, como forma de assegurar condições de igualdade entre todos os candidatos. No âmbito dessa necessidade e no escopo do Decreto-Lei n.º 621-C/74, de 15 de Novembro, foi criada uma Comissão Nacional de Eleições. A Comissão Nacional de Eleições era um órgão com a finalidade única de acompanhar as eleições e nessa medida o seu fim era certo, passados que fossem 3 meses do resultado das eleições.

Neste contexto, Portugal embora um pouco atrasado em relação aos restantes países da União Europeia segue o mesmo trajecto Europeu, trajecto que como já se referiu iniciou-se na Grã-Bretanha pela mão de Margaret Thacther e que se alastrou aos restantes países membros, chegando nesta altura finalmente a Portugal e também implementada de forma díspar do resto da Europa, na medida em que na grande parte dos países Europeus o desenvolvimento das entidades reguladoras independentes deu-se sem qualquer base Constitucional. O que não aconteceu em Portugal, pois a partir da 4ª revisão Constitucional e tal como já foi dito, a nossa CRP passou a prever a criação de " entidades administrativas independentes" no seu artº 267, nº3[196], isto sem prejuízo de existirem *ex-ante* autoridades administrativas independentes, como era o caso da Alta Autoridade para a Comunicação Social e demais criadas por lei.

Assistia-se, assim, em Portugal e em especial nos anos 90, a uma avalanche de privatizações, o que criou uma necessidade de regulação para colmatar as falhas de mercado. As directivas oriundas da Comissão Europeia obrigaram Portugal a criar entidades reguladoras para controlo dos sectores que se encontravam em situação de concorrência.

Embora inicialmente o estatuto das entidades reguladoras não fosse sempre o de entidade independente, o objectivo era dotar estas entidades da autonomia necessária para assegurarem o correcto funcionamento das actividades que cada entidade regulava.

A partir de 1988, dá-se início aos processos de liberalização, iniciado primeiro com a electricidade e mais tarde em 1989 com a privatização de empresas públicas.

No que tange ao sector financeiro, a função reguladora foi atribuída a três entidades diferentes: a função reguladora da actividade bancária foi atribuída ao Banco de

[196] "Artigo 267.ºEstrutura da Administração
1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.
2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes.
3. A lei pode criar entidades administrativas independentes.
4. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos.
5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.
6. As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa."

Portugal em 1991[197]; foi privatizada a Bolsa de Valores e com ela foi aprovado o Código do Mercado de Valores Mobiliários, que instituiu a primeira entidade reguladora independente em Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, mais conhecida como CMVM; no ano de 2001, o Instituto de Seguros de Portugal ganha o estatuto de autoridade reguladora independente.

No sector energético, foi criada em 1995 a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, que mais tarde viu a sua abrangência chegar ao sector do gás, o que provocou uma alteração de nome para Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos[198] (ERSE), já que a sua abrangência deixou de ser exclusivamente no domínio da electricidade.

No tocante às telecomunicações, o estatuto do Instituto das Comunicações de Portugal alterou-se em 1998[199], dando origem à Autoridade Nacional de Comunicações, mais conhecida por ANACOM, que ganhou também ela o estatuto de entidade reguladora independente

No ano de 2003, também a saúde havia de dar lugar à iniciativa privada, através da lei das parcerias público-privadas, sendo criada a Entidade Reguladora da Saúde, que tinha como função todo o supervisionamento do sistema de cuidados de saúde à excepção das farmácias que tinham a supervisão do Infarmed.

Já, em 2005, foi criada a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, conhecida por ERC, que visava toda a actividade que dissesse respeito a conteúdos que fossem considerados comunicação social.

Chegados ao ano de 2009, o antigo IRAR deu lugar à recém criada Entidade Reguladora dos Serviços de Água e de Resíduos (ERSAR), que tinha como função regular todos os serviços de abastecimento público de água, saneamento e tratamento de resíduos sólidos, ganhando, também ela, o estatuto de entidade reguladora independente.

Apesar de não gozar de um estatuto de entidade reguladora independente, o Instituto Nacional de Aviação Civil detém funções reguladoras e a partir de 1998 passou a desempenhar as funções que eram confinadas à Direcção Geral da Aviação Civil, o mesmo se passando com o Instituto da Mobilidade e Transportes Terrestres mais conhecido como IMTT.

[197] DECRETO-LEI nº 337/90. D.R. I Série 251/90
[198] DECRETO-LEI nº 97/2002.D.R. I-A Série 86
[199] DECRETO-LEI nº 309/2001. D.R. I-A Série 283

Existiu, assim, a partir dos anos noventa uma assumida desintervenção do Estado na economia, que se fez sentir através das privatizações e também da cada vez mais importante regulação.

7.2. A CONCORRÊNCIA

Portugal tem desde os anos 80 legislação respeitante à concorrência nas suas vertentes de defesa e promoção.

O Decreto-Lei nº422/83, de 3 de Dezembro foi o primeiro diploma que tratou destas matérias, sendo substituído em 1988 pelo Decreto-Lei nº 428/88, de 19 de Novembro, que preparava o nosso país para a adopção do regulamento comunitário (regulamento da CEE nº4064/89).

Os dois Decretos foram revogados e unificados num só pelo Decreto-Lei 371/93, de 29 de Outubro, que vigorou desde 1993 até 2003. Foi através deste Decreto que se seguiram as directrizes europeias durante dez anos, em que se delegaram na Direcção Geral da Concorrência e Preços e no Conselho da Concorrência todas as matérias que diziam respeito a sanções e regulamentação cumprindo o disposto no seu artigo 13º.

Em 2003, foi criada a Autoridade da Concorrência, pelo Decreto-Lei 10/2003 de 18 de Janeiro, esta entidade com estatuto de pessoa colectiva de direito público tinha como função a defesa da concorrência e a sua existência era justificada pela:

> necessidade de criação de uma autoridade prestigiada e independente, que contribua em primeira linha, para assegurar o respeito das regras de concorrência pelos operadores económicos e outras entidades e para criar em Portugal uma verdadeira cultura da concorrência[200].

Também em 2003 foi publicado um novo regime jurídico da concorrência, Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, que instituía uma colaboração estrita nas matérias concorrenciais com um regime próprio ao qual a Lei nº10/2003 fazia as devidas remissões para a Lei nº 18/2003.

Interpretando o preâmbulo desta Autoridade, é patente que o Estado reconhece que não tem capacidade para garantir o respeito pelas leis da concorrência, e que tem consciência da necessidade da "qualidade" da fiscalização, sob pena de não existir uma verdadeira concorrência.

[200] Nº 1º do preâmbulo do DECRETO-LEI nº10/2003 de 18 de Janeiro

A Autoridade da Concorrência doravante denominada AC, garantia a sua independência em duas modalidades distintas: em relação ao poder político e em relação ao poder económico.[201]

A independência a nível político era traduzida pela inamovibilidade dos seus órgãos, impedindo assim que os mesmos sofressem pressões ou ameaças por parte do poder político, caso não actuassem de acordo com algum ideal partidário.

No que tange à independência a nível económico o diploma da AC previa no seu nº 14º, as incompatibilidades e impedimentos a saber:

> 1 – Durante o seu mandato, os membros do conselho não podem:
>
> a) Desempenhar quaisquer outras funções públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, com excepção das funções docentes no ensino superior em regime de tempo parcial;
>
> b) Participar em deliberações do conselho relativas a empresas em que detenham interesses significativos, tal como definidas no artigo 8.º da Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 28/95, de 18 de Agosto, ou com as quais tenham mantido relações profissionais de qualquer tipo, nos últimos dois anos.
>
> 2 – Os membros do conselho estão sujeitos às demais incompatibilidades e impedimentos dos titulares de altos cargos públicos, em geral, e do pessoal dirigente dos institutos públicos, em especial, bem como aos deveres de discrição e reserva exigidos pela natureza das suas funções, quer durante quer após o termo dos seus mandatos.
>
> 3 – Nos dois anos seguintes à cessação do seu mandato, os membros do conselho não podem estabelecer qualquer vínculo ou entrar em qualquer relação profissional, remunerada ou não, com entidades que durante esse período tenham participado em operações de concentração de empresas sujeitas a jurisdição da Autoridade ou que tenham sido objecto de processos de contra-ordenação pela adopção de comportamentos restritivos da concorrência.

Este artigo denota a preocupação do legislador[202] em evitar qualquer ligação desta entidade com o exterior, que pudesse comprometer a transparência e isenção na sua actuação, é peremptória a proibição de acumular funções para além da função

[201] A garantia de independência é uma característica primordial desta Autoridade, faz aliás parte do preambulo do próprio DECRETO-LEI 10/2003 de 18 de Janeiro, no seu nº4 "Finalmente, sublinha-se o estatuto de independência que, pelo presente diploma, é conferido à Autoridade, seja pela sua qualificação como pessoa colectiva de direito público de carácter institucional, seja pela atribuição de autonomia patrimonial e financeira, seja ainda pelos requisitos de nomeação, duração do mandato e regime de incompatibilidades e impedimentos dos membros do seu órgão directivo"

[202] A este respeito José Gomes entende que " apesar de transparecer dos Estatutos uma preocupação grande do legislador em garantir a independência da Autoridade, somos da opinião que este objectivo foi completamente defraudado pelas normas constantes dos artigos 21º e 35º do Estatuto. Com efeito, esta disposição determina um regime de responsabilidade pessoal e solidária dos membros do Concelho pelos actos praticados no exercício das suas funções em termos, diríamos nós, de responsabilidade quase objectiva" Cf., GOMES, José Luís Caramelo, Lições de Direito da Concorrência, Almedina, 2010, pág.226

exercida na entidade pelo cargo correspondente, bem como estende uma obrigação de *non facere,* pelo período de dois anos, nenhum contrato com qualquer entidade que se tenha relacionado com a AC.

Por fim e fazendo *jus* mais uma vez ao preâmbulo desta Lei:

> Ao reconhecer à Autoridade o estatuto de independência compatível com a lei e a Constituição da República e ao conferir-lhe as atribuições, os poderes e os órgãos indispensáveis ao cumprimento da sua missão, o Governo pretende, antes de mais, restaurar a credibilidade das instituições responsáveis pela defesa da concorrência em Portugal e assegurar a sua plena integração no sistema comunitário e internacional de reguladores da concorrência.
>
> Em especial, a profunda evolução em curso na legislação comunitária impõe a existência de uma autoridade da concorrência que seja efectivamente capaz de promover a aplicação das normas comunitárias em vigor e de se inserir com eficácia na rede de reguladores da concorrência que, sob a égide da Comissão Europeia, se estenderá a todos os Estados membros da Comunidade.[203]

[203] Nº 3º do DECRETO-LEI 10/2003

PARTE III

8. A LEI-QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS (LEI Nº 67/2013)

As entidades reguladoras independentes com funções reguladoras foram o fio condutor das funções reguladoras. No entanto, desde há muito que se necessitava de uma unânime e única orientação que não estivesse ao sabor dos decretos de cada entidade administrativa.

Esta Lei-quadro era necessária, desde logo por razões sistemáticas e estruturais, na medida em que existia uma pluralidade de regime tão diversos, quanto as próprias entidades reguladoras independentes e com algumas diferenças importantes, sobretudo em temáticas de revelo, como as ligadas aos vínculos com o Governo.

De salientar que no plano actual, levando em conta o modelo de Estado que tal como vem sendo dito é cada vez mais um Estado Garantia, na vertente de garantia dos serviços públicos ou *utilities* que actua de forma indirecta ao invés Estado intervencionista, era necessário um regime geral e uniforme que proporcionasse aos mercados uma confiança inequívoca na sua estabilidade.

É neste quadro que foi apresentada a proposta de Lei n° 132/Xll do Governo que aprovou a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, dando origem à Lei nº 67/2013 de 28 de Agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado e público e cooperativo.

Apesar desta Lei ter sido apelidada de Lei-quadro, a mesma não detém uma superioridade hierárquica normativa sobre os decretos-lei, ou seja, esta Lei não goza de valor reforçado.

A não atribuição de valor reforçado à LQER pode desde logo justificar-se pelo artº 112º da Constituição[204] que identifica enumerando as leis que têm valor reforçado: "as

[204] "Artigo 112.º Actos normativos
1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.
2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos.
3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.

leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas, que, por força da Constituição sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas", colmatando o nº2 do mesmo artigo que as leis e os decretos-leis têm o mesmo valor, o que significa que podem legislar de forma paralela sobre as mesmas temáticas.

De referir também o artº 267º nº 3 da CRP que foi adicionado na 4ª revisão Constitucional, pois esta norma acaba por deixar algumas questões em aberto.

Diz-nos o artº 267º nº 3 que "a lei pode criar entidades administrativas independentes", no entanto o artigo não indica quais os critérios a que se deve atender no que diz respeito à sua criação, bem como às suas funções ou limitações, o que torna esta norma uma lei em branco e que conduz necessariamente a LQER, a uma lei sem valor reforçado.

Outro aspecto curioso desta Lei-quadro é o facto de a mesma não englobar todas as entidades reguladoras nacionais, na medida em que é a própria que exclui especificamente o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, quando no seu anexo diz que "a Lei-quadro em anexo à presente lei não se aplica ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social que se regem por legislação própria".

No que tange ao Banco de Portugal, podemos assumir que a razão da sua exclusão se encontra directamente associada ao facto de esta entidade se encontrar submetida ao Direito Comunitário.

Relativamente à entidade reguladora para a Comunicação Social, entendemos que a exclusão da mesma se deve ao facto desta entidade se encontrar inserida no regime da CRP, mais precisamente no artº 39º, logo afigura-se prudente não sofrer implicações por uma Lei-quadro.

Assim, a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privados, público e cooperativo, reconhece como entidades reguladoras as seguintes[205]: a Autoridade da Concorrência

4. Os decretos legislativos têm âmbito regional e versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respectiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, sem prejuízo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 227.º.
5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos."

[205] Artº 3º nº3 da Lei nº 67/2013 (anexo)

(AdC), o ISP (Instituto de Seguros de Portugal), a CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), a ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), a Anacom (Autoridade Nacional de Comunicações), o INAC (Instituto Nacional de Aviação Civil), o IMTT (Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres), a Ersar (Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos) e a ERS (Entidade Reguladora da Saúde).

Nessa medida, a Lei 67/2013 é a Lei-quadro das entidades supra citadas, bem como das que venham a ser criadas.

8.1. ANTE-PROJECTO LEI-QUADRO

Efectivamente, o projecto da Lei-quadro das entidades reguladoras, não é um projecto completamente inovador, na medida em que já havia sido realizado um ante-projecto de Lei-quadro por Vital Moreira e Fernanda Maçãs quando apresentaram em 2003 várias justificações para a implementação desta Lei. Que aliás, muito deste estudo, veio a ser aplicado na génese da nova Lei-quadro, uma vez que, muitas das soluções adoptadas pelo legislador na feitura da nova Lei, vão de encontro ao sugerido por estes dois autores.

Iremos abordar apenas de forma sintética algumas das temáticas que se debruçaram os autores, já que esta proposta será alvo de várias menções quando tratarmos da apreciação da Lei-quadro.

Para justificarem a necessidade de uma Lei-quadro, estes dois autores indicaram três razões de fundo e que se traduziam em alguns fenómenos:

> - primeiro, existindo muitos organismos reguladores, é porém notória a falta de homogeneidade das soluções institucionais, dando lugar a soluções organizatórias diferentes, ora sob a forma de entidades independentes, perante situações idênticas, dependendo isso de factores em grande medida conjunturais e aleatórios;
>
> - segundo, apesar dessa heterogeneidade institucional, observa-se uma incontestável tendência para a substituição de institutos tradicionais por entidades reguladoras independentes;
>
> - terceiro, apesar dessa tendência, está longe de haver homogeneidade nas soluções relativas às diversas autoridades reguladoras independentes, havendo consideráveis diferenças entre elas[206].

[206] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.260

No que tange aos objectivos, os autores entendiam que deveriam ser criados padrões mais exigentes para a criação de ERI´s, bem como o estabelecimento de um padrão geral e uniforme que potenciasse a visibilidade e transparência das ERI´s, sendo que existia a consciência dos limites que estas tarefas acarretavam devido à elevada complexidade da organização administrativa.

O projecto explicava que a par dos objectivos também existiam limitações, que se prendem com a independência das entidades reguladoras "que deve ser organizada de modo a não aniquilar os valores essenciais que devem ser inerentes a toda a Administração Pública num Estado de Direito Democrático, incluindo a accountability"[207]

Nesse pressuposto, os autores indicam três limitações que devem ser levados em conta aquando da criação de uma ERI: interditar as mesmas quando tal configure uma situação que a Constituição entende dever ser tratada pelo governo; garantir o cumprimento do princípio de exclusividade funcional; que exista uma verdadeira necessidade de criação destas entidades e que as mesmas sejam de encontro ao interesse publico.

Uma característica bastante importante e que mais adiante trataremos em pormenor quando dissecarmos a questão da independência, é a forma de designação dos membros dos órgãos reguladores.

Os autores entendiam que o mandato deveria ser longo (seis anos) mas não renovável e que não deveria haver coincidências entre as datas de inicio e fim de laboração de todos os membros. Neste ponto os autores foram ainda mais longe ao afirmar que nenhum titular do órgão regulador pode ser retirado de funções pelo Governo, numa óptica de independência orgânica que também será alvo de análise mais adiante.

Por último fazemos menção a uma outra característica que se prende com a independência, que tem a ver com a autonomia patrimonial e financeira, sendo indicado pelos autores que nesta matéria as ERI´s "não devam necessitar de autorização ministerial para a realização de despesas, devendo por isso beneficiar de autonomia financeira bastante para se governarem livremente"[208].

Todavia, só passados dez anos sobre este ante-projecto é que as razões e soluções avançadas por Vital Moreira e Fernanda Maçãs ganham vida, pois a Lei-quadro

[207] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.263
[208] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.265

abarca em grande parte as soluções encontradas por estes dois autores, como aliás faremos questão de evidenciar.

8.2. AS DIRECTRIZES EUROPEIAS / MEMORANDO COM A TROIKA

Mas não só opiniões e factores internos contribuíram para a feitura desta Lei-quadro. Portugal ao solicitar assistência financeira internacional ficou vinculado ao programa de ajustamento orçamental, bem como às reformas estruturais que diziam respeito à competitividade da economia. O memorando com a Troika de 2011[209]obrigou Portugal a diligenciar pelo aceleramento das privatizações, a liberar os sectores considerados *utilites* e a fomentar a concorrência, dotando a Autoridade da Concorrência de meios mais eficazes de actuação.

Apesar deste memorando, a Troika não obrigava Portugal à elaboração de uma Lei-quadro, mas sim a realização de dois objectivos:

[209] O MEMORANDO DE ENTENDIMENTO SOBRE AS CONDICIONALIDADES DE POLÍTICA ECONÓMICA de 2011 impôs condutas especificas em matéria concorrencial, a saber; "Concorrência e autoridades de regulação sectoriais
7.19. O Governo eliminará as golden shares e todos os outros direitos estabelecidos por Lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que confiram direitos especiais ao Estado [final de Julho de 2011]25.
7.20. Adoptar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência. Em particular:
v. Estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial;
vi. Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE, em particular: 26[T4-2011]
Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efectiva da Lei da Concorrência;
Racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência efectuar uma avaliação sobre a importância das reclamações;
Estabelecer os procedimentos necessários para um maior alinhamento entre a lei portuguesa relativa ao controlo de fusões e o regulamento da UE sobre fusões, nomeadamente no que diz respeito aos critérios para tornar obrigatória a notificação exante de uma operação de concentração;
Garantir mais clareza e segurança jurídica na aplicação do Código do Processo Administrativo ao controlo de fusões;
Avaliar o processo de recurso e ajustá-lo onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos.
vii. Assegurar que a Autoridade de Concorrência dispõe de meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável; [T4-2011]
7.21. Garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades. [T1-2012] Nesse sentido:
i. Elaborar um relatório independente (por especialistas reconhecidos internacionalmente) sobre as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da actividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência; [T4-2011]
ii. Com base no relatório, apresentar uma proposta para implementar as melhores práticas internacionais identificadas, a fim de reforçar a independência dos reguladores onde necessário e em plena observância da legislação comunitária. [T4-2011]" o ponto VII fala de forma aberta sobre a obrigação de Portugal de dotar as Autoridades Reguladoras de uma independência financeira e funcional.

- Garantir que as Entidades Reguladoras possuam independência

- Garantir os recursos necessários para exercer as suas actividades

8.3. A GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA

Importa perceber porque necessitam as entidades reguladoras de ser independentes em relação ao Governo, para se perceber se a Lei-quadro cumpre ou esse requisito.

Como vimos, nos Estados Unidos a ideia de independência é uma entidade que assenta nos seguintes pressupostos:

- Não integração destas agências nos chamados departamentos executivos

- Designação dos titulares para mandatos certos com sistemas pluriorgânicos

- Uma sujeição dos titulares dos órgãos a um regime rigoroso de incompatibilidades e impedimentos e também de inamovibilidade (apenas com violações graves á lei)

- Autonomia decisória e autonomia financeira.

No caso Europeu, a *Centre on Regulation in Europe*[210] analisou dezenas de entidades reguladores europeias e atribuiu taxas de independência a cada uma delas, além do seu comportamento e como podem ou não existir vínculos a ideais políticos.

A inamovibilidade é a característica que este centro mais leva em conta para garantir a independência, seguido pelo regime de incompatibilidades, bem como a renovação do mandato dos titulares, sendo em contrapartida o factor menos valorado a lei, na medida em que este Centro de regulação entende que não é pelo simples facto da lei atribuir independência a uma determinada entidade reguladora que esta passa a ser independente, dependendo sim dos factores acima descritos.

Numa lógica de desintervenção do Estado na economia, é imperioso que exista uma clara separação entre a política e a economia, com o intuito claro de enaltecer a sua neutralidade.

Esta neutralidade é conseguida através do recrutamento de profissionais especializados, sem ligações ao Governo, com o intuído de evitar que pessoas não entendidas na matéria a tratar, acabem por dirigir as entidades reguladoras por uma

[210] CENTRE ON REGULATION IN EUROPE, Mission & Objectives [Em linha]. Brussels, CERRE, 2014.

questão de comodidade, o que não iria, por certo, favorecer o prestígio destas entidades sob o ponto de vista da sua neutralidade e transparência.

A independência das entidades reguladoras face ao Governo tem uma outra vantagem que é a de garantir que as orientações reguladoras não vão ao encontro de interesses meramente eleitorais. Sendo que para tal, as entidades reguladoras devem ser dotadas de uma inamovibilidade de mandatos, para que os dirigentes dos cargos nas entidades reguladoras consigam ter uma autonomia de actuação ganhando assim a confiança do tráfego económico.

Um ponto-chave na independência destas entidades é, certamente, a independência económica ou financeira, como é de fácil apreensão, se as entidades reguladoras dependerem financeiramente do Governo, a sua imparcialidade estará francamente comprometida, podendo a sua actuação ser limitada em função de cortes de financiamento.

O princípio da independência é levado em conta nos vários artigos da Lei-quadro, essa referência é feita logo no artº 3º nº2:

> Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes:
>
> a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;
>
> b) Dispor de autonomia de gestão;
>
> c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;
>
> d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio;
>
> e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções;
>
> f) Garantir a protecção dos direitos e interesses dos consumidores.

Ora, a ideia força de uma autonomia administrativa e financeira em relação ao Estado é implícita e condição *sine qua non* da sua actuação.

Quando a lei faz menção directa à independência, refere-se especificamente a três requisitos: independência orgânica e funcional, independência técnica e independência económica. De salientar que apesar de a lei não fazer menção expressa a uma independência a nível económico, somos a crer que a autonomia financeira será um sinónimo desse preceito.

8.3.1. INDEPENDÊNCIA ORGÂNICA

A independência orgânica e funcional é uma independência obrigatória numa entidade reguladora, não só porque a própria Lei-quadro o diz, mas também porque faz parte da essência das entidades reguladoras independentes desde a sua origem.

Esta independência é talvez o seu ponto mais característico na órbita regulatória, pois engloba matérias como a inamovibilidade dos cargos, bem como a duração e renovação de mandatos, matérias que já Vital Moreira e Fernanda Maçãs apelidavam como principal garantia da independência orgânica.[211]

8.3.2. DESIGNAÇÃO DE ÓRGÃOS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

A designação de órgãos do Conselho de Administração das entidades reguladoras, segundo o artº 17º nº2 da LQER[212], é feita escolhendo "de entre indivíduos com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequada ao exercício das respectivas funções"[213].

Entendemos que este procedimento de escolha favorece a transparência do processo de designação e legitima a escolha feita. É no entanto um processo de escolha bastante burocrático, na medida em que a indicação destes indivíduos é feita pelo membro do Governo responsável pela área de actividade sobre a qual incide a entidade reguladora. Sendo designados por resolução de Conselho de Ministros, depois de ouvida a comissão independente da Assembleia da República que terá de ser acompanhada de um parecer da Comissão de Recrutamento e Selecção da Administração Pública.

Um ponto inovador ainda relativo à designação de órgãos, prende-se com o preceituado no artº 17º nº8 "o provimento do presidente do conselho de administração deve garantir a alternância de género e o provimento dos vogais deve assegurar a representação mínima de 33% de cada género". Este preceito vai ao encontro de várias recomendações provenientes de Bruxelas que desde há muito vem apelando

[211] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.265
[212] Doravante, quando nada for dito em contrário, reportar-nos-emos, sempre, aos artigos da Lei-quadro.
[213] A Lei-quadro seguiu quase *ipsis verbis* o sugerido pelo ante-projecto de Lei-quadro que indicava no artº 16º nº3 que "os membros do conselho directivo são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro competente em razão da matéria, de entre pessoas de reconhecido saber, experiência e competência da área em causa" A preocupação de dotar as entidades reguladoras de pessoas com competências técnicas e reconhecida experiência é uma preocupação antiga e que o legislador decidiu levar em conta na feitura desta lei.

aos países para que exista uma igualdade de género nos altos cargos dirigentes, pelo que nos parece muito pertinente a introdução deste requisito.

8.3.3. ESTATUTO REMUNERATÓRIO

O estatuto remuneratório é previsto no artº 25º da LQER, prevendo o nº2 que o vencimento e despesas de representação dos membros de administração sejam feitos pela Comissão de Vencimentos. Entendemos que neste ponto a garantia de independência está posta em causa, na medida em que a comissão de vencimentos prevista no artº 26º refere que esta Comissão é composta por dois membros indicados pelo Governo, um da área das finanças, outro do sector de actuação da entidade reguladora em questão, sendo apenas um membro indicado pela própria entidade reguladora. Esta situação consubstancia claramente uma forte componente de controlo público, situação que não é desejável e não favorece a independência.

Outro aspecto de realçar, ainda sobre remunerações, é o estatuído no artº 3º nº6 do anexo da LQER, que indica que a remuneração de toda a estrutura da entidade reguladora, sejam membros do conselho, trabalhadores ou meros prestadores de serviços, acompanham a alteração anual que se aplicar à maioria das entidades públicas. Este regime remuneratório pretende uniformizar as remunerações e também reduzir as despesas.

8.3.4. DURAÇÃO E CESSAÇÃO DOS MANDATOS

No escopo do regime de duração e cessação do mandato, a Lei-quadro confere 6 anos[214] de tempo limite em exercício de funções para os membros do Conselho de Administração, com a particularidade de este mandato poder ser renovado passados 6 anos de inactividade, tal como dispõe o artº 20º nº2.

Acreditamos que esta opção pela renovação do mandato não foi feliz, sufragamos a opinião de vários autores que entendem que a estes membros deveria ser dado o mesmo tratamento a nível de renovação que é dada aos membros do Tribunal Constitucional.

[214] O ante-projecto de lei quadro, considerava o período de seis anos "propositadamente longo, na linha de soluções correntes no direito comparado. Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.264

Ainda o artº 20º nº 3º e 4º determina as causas de cessação de mandato também aplicável a membros da Administração, entre elas: a incompatibilidade superveniente e a destituição por motivo justificado.

Este motivo justificado é depois explicado no nº5:

> entende-se que existe motivo justificado sempre que se verifique falta grave, responsabilidade individual ou colectiva, apurada em inquérito devidamente instruído, por entidade independente do Governo, e precedendo parecer do conselho consultivo, quando exista, da entidade reguladora em causa, e da audição da comissão parlamentar competente.

Com efeito, é patente uma exigência bastante vincada na atribuição de um motivo justificado a qualquer acto de um membro do Conselho, mas já não é tão obvio os actos considerados faltas graves como o "não cumprimento de obrigações de transparência" e o "dever de reserva[215]".

Estes conceitos são demasiadamente vagos, em *ultima ratio,* podem até dar origem a destituições por razões de índole política. Apesar de ser um processo transparente para uma apuração factual, acaba por sofrer de um preceito vazio quando se quer apurar verdadeiramente o acto ilícito.

8.3.5. REGIME DE IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES

Em terceiro lugar, mas não menos importante é o regime das incompatibilidades e impedimentos, previsto no artº 19º, que nesta Lei-quadro é um tanto ou quanto extenso e que impõe um princípio de exclusividade. Impedimentos que perduram mesmo após o exercício dos mandatos, por muitos apelidado "período de nojo"[216].

[215] O "dever de reserva" suscitou algumas critica na medida que muitos autores e entidades reguladoras entendem que este dever não necessitava de estar englobado nesta lei-quadro. A título meramente exemplificativo transcrevemos a posição da ERSAR defendida no seu parecer sobre a Proposta de Lei n° 1321/XII do Governo que "Aprova a lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo" a opinião de que "os titulares dos órgãos das entidades reguladoras, bem como o pessoal e os prestadores de serviços e seus colaboradores, **já estão sujeitos aos deveres de diligencia e sigilo impostos pelo artigo 14º, pelo que não entende a utilidade daquela norma**. Por outro lado, e sem prejuízo do dever de sigilo quanto a processos concretos em curso, afigura-se que as entidades reguladoras não podem deixar de se pautar por um principio de transparência quanto à sua forma de actuação, **sendo uma das suas funções a de divulgar informação sobre os sectores regulados**" (sublinhado nosso).
Também a DECO no seu parecer entende que este "dever de reserva" não beneficia a transparência das ERI´s , chegando mesmo a configurar um cenário no qual este "dever de reserva" possa ser uma norma de escape em situações em que existam deficiências na actuação das ERI´s e que por essa via não se acautelem devidamente os interesses legítimos dos consumidores.

[216] Por vezes este período gera alguma controvérsia, na medida em que o membro que tenha de cumprir esta obrigação deverá receber uma contrapartida por esse "período de nojo" durante o qual não pode ingressar numa carreia em qualquer empresa com a qual se tenha relacionado, enquanto membro do conselho de administração da entidade reguladora, o que pode levar a interpretações erradas, no sentido

Efectivamente o artº 19º no seu nº 2º estabelece que:

> depois da cessação do seu mandato e durante um período de dois anos os membros do conselho de administração não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da actividade da respectiva entidade reguladora, tendo direito no referido período a uma compensação equivalente a ½ do vencimento mensal.

Temos assim, uma obrigação que perdura mesmo após o mandato e o mandatário sujeita-se às suas consequências que são elencadas no nº 6º, que passam essencialmente pela devolução de todas as quantias recebidas enquanto a duração do mandato e também, a recebida enquanto esteve em vigor o "período de nojo". Esta penalização parece-nos algo exagerada, embora se entenda o alcance da norma.

De salientar um aspecto que pode suscitar alguns problemas se a sua aplicação for levada como regra, que são as situações previstas no nº5[217] que identifica algumas situações em que apesar de obrigatório o "período de nojo" não é atribuída qualquer compensação. Estes casos podem dar origem a situações mais duvidosas, pelo que esta limitação deve ser vista com bastante cautela.

Ainda nesse âmbito cumpre referir que no ante-projecto a que já se fez referência, além deste impedimento à *posteriori*, o mesmo defendia impedimentos e incompatibilidades *ex-ante*. O artº 17º do projecto no seu nº1 indicava que "não pode ser nomeado para o conselho directivo quem seja ou tenha sido, nos últimos dois anos, membro dos corpos dirigentes das empresas sujeitas à jurisdição da ARI em causa"[218]. Esta solução teria sido bem recebida nesta nova lei pela mesma razão da primeira.

Ainda sobre as incompatibilidades e impedimentos o artº19 nº8º diz-nos que:

> em tudo o que não esteja especificamente regulado na presente Lei-quadro e nos estatutos da entidade reguladora, os membros do conselho de administração ficam

desses membros serem acusados de serem remunerados sem trabalhar. Ora, esta informação dita desta forma pode chocar a população menos informada da razão de ser deste período no qual se remunera um membro "não trabalhador", mas que é nitidamente uma necessidade se quisermos garantir transparência das entidades reguladoras, mormente em garantir que não existe a chamada captura dos antigos titulares de órgãos transitarem para as entidades reguladas. Reportamo-nos como exemplo ao caso das noticias que causaram impacto na sociedade ao darem conta que " antigos administradores da Erse podem receber salários durante dois anos" No fundo trata-se de que as empresas reguladas tenham acesso a informações privilegiadas que possam ser usadas em detrimento de outras.
Cfr. SEQUEIRA, Inês ; CRISÓSTOMO, Pedro, Antigos administradores da ERSE podem receber salário durante dois anos. Público [Em linha]. (25 Set. 2012).

[217] O artigo 19º nº5 excepciona as compensações nos casos de:
a) Desempenho de outra função que seja remunerada
b) Se o membro optar pela pensão de reforma ou aposentação
c) Cessação que não tenha como motivo o decurso do tempo

[218] Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág. 281

> sujeito ao regime de incompatibilidades e impedimentos estabelecido para os titulares de altos cargos públicos.

Este nº 8º pretendeu salvaguardar os casos omissos e remeteu para os mesmos o regime de incompatibilidades e impedimentos estabelecido para os titulares de altos cargos públicos ou seja para a Lei nº 64/93 de 26 de Agosto.[219]

O regime das incompatibilidades também é aplicado aos trabalhadores, os deveres de sigilo, reserva[220] e diligência são por isso também a eles aplicados, preceitos que nem necessitavam de estar inseridos nesta lei, uma vez que aos trabalhadores das entidades reguladoras segundo o artº 32º nº1 é aplicado o regime do contrato individual de trabalho e nessa medida o Código do Trabalho já prevê estas três situações. Trata-se de uma situação completamente inédita e que ainda não tinha sido proposta nem pensada, mas que a sua aplicação promete gerar alguma controvérsia.

A lei pede também aos trabalhadores um direito especial de não concorrência. Não existe um princípio de exclusividade, mas há um dever geral de não concorrência.

Ora o regime de pós-eficácia das incompatibilidades e impedimentos, é um processo demasiadamente gravoso se aplicado aos trabalhadores, pois também eles terão que cumprir o "período de nojo" (artº 32º nº6) durante dois anos, mas com a agravante de não serem compensados por isso.

É aliás exagerado o leque de impedimentos que são plasmados na lei "não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da actividade da respectiva entidade reguladora". Segundo este preceito poderemos ter situações em que um trabalhador nunca teve qualquer tipo de contacto com a empresa regulada e mesmo assim fica impedido de nela poder trabalhar[221], sem como já se disse qualquer tipo de

[219] O único impedimento que não se encontra na Lei-quadro e que se encontrada na Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Público Lei nº 64/93 de 26 de Agosto é o artº 9º "Arbitragem e peritagem
1. Os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos estão impedidos de servir de árbitro ou de perito, a título gratuito ou remunerado, em qualquer processo em que seja parte o Estado e demais pessoas colectivas públicas.
2. O impedimento mantém-se até ao termo do prazo de um ano após a respectiva cessação de funções"

[220] Sobre o "dever de reserva" a Anacom no seu parecer sobre a proposta de lei nº 132/XII das Entidades Reguladoras é bastante critica na opção do legislador em ter incluído nesta lei o dever de reserva em relação aos membros do conselho de administração "a consagração que se julga injustificada, deste dever de reserva parece indicar que existe à priori, por parte do legislador, uma suspeita sobre a atitude espectável dos membros do conselho de administração das entidades reguladoras, os quais são nomeados pelo Governo, após audição da comissão competente da Assembleia da Republica e parecer da Comissão de Recrutamento e Selecção da Administração Publica"

[221] Sobre esta limitação foram várias as entidades reguladoras que se manifestaram contra a introdução deste regime. A ERSE sobre a Proposta de Lei n° l321Xll enviou ao Presidente da Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública um parecer sobre a introdução desta medida "A iniciativa

compensação. Poderemos aqui falar numa violação grave ao Direito ao Trabalho[222], direito que como se sabe é Constitucionalmente protegido. Também a consequência do não cumprimento desta obrigação tem à semelhança do que acontece com os gestores, a obrigação de restituição do vencimento ao máximo de três anos, o que mais uma vez e tal como se disse atrás, talvez seja uma medida demasiadamente penalizadora.

Outra questão que deverá ser esclarecida é a que se prende com o postulado no artº 32º nº5 que remete também os prestadores de serviço para o regime dos impedimentos e incompatibilidades. Fica a dúvida de como poderá ser feito esse controle, levando em conta a natureza ambulatória própria de um prestador de serviços.

É pois questionável a aplicação destes impedimentos aos trabalhadores, já que quando se fala em incompatibilidades, enquanto requisito de independência da entidade reguladora, a referência deve ser feita aos titulares de órgãos dessa entidade, na medida em que são os titulares dos órgãos que possuem o poder decisório e não meros trabalhadores que aqui são submetidos ao mesmo regime dos titulares. Contudo, sem as mesmas compensações, existe mesmo neste caso uma possibilidade de estar em causa o princípio da proporcionalidade.

---

determina um conjunto de incompatibilidades e impedimentos (artigos 19° e 32°) para os membros dos conselhos de administração e para os trabalhadores das AAI. A proposta, como está redigida, abrange um conjunto de atividades que, apesar de nunca terem sido objeto de regulação, integrem grupos com participações em conjuntos de setores. **Por exemplo, um administrador ou um trabalhar de uma entidade reguladora independente, como é o caso da ERSE, ficaria impedido, depois da publicação desta lei, de trabalhar no setor das águas ou resíduos, ou no setor de telecomunicações, se esse grupo tiver participações no setorelétrico ou relações comerciais com empresas reguladas do mesmo setor. Não havendo nenhuma empresa do pais que não tenha relações comerciais com empresas de energia, uma aplicação rigorosa da lei excluiria uma candidatura a qualquer emprego.** A necessidade de se garantir a independência e imparcialidade dos diversos agentes deveria limitar-se, pois, ao universo das atividades reguladas sobre as quais cada uma das entidades dispõe de competências diretas de intervenção" (sublinhado nosso).
Também a ANACOM no seu parecer indicou que este regime "vai mais além do que o regime de incompatibilidades de titulares de altos cargos públicos ou do que o do Banco de Portugal e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), ambos excluídos do âmbito de aplicação da presente lei-quadro. Julgamos também questionável que, estabelecendo esta lei-quadro um regime específico de incompatibilidades para os membros do conselho de administração, seja ainda aplicável o regime de incompatibilidades e impedimentos de altos cargos públicos, conforme previsto no n.º 8 deste artigo 19.º." e vai mais longe ao indicar que a aplicação do mesmo regime de incompatibilidades e impedimentos aos trabalhadores desvirtua a sua capacidade de auto-gestão pelo que sugere a eliminação desta equiparação.

[222] Artigo 58.º da Constituição "Direito ao trabalho
1. Todos têm direito ao trabalho.
2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego;
b) A **igualdade de oportunidades na escolha da profissão** ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;
c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores." (sublinhado nosso)

Para finalizar, resta falar de uma norma que poderá gerar alguma polémica pelo seu conteúdo. Referimo-nos ao artº 19º nº1 b) que impede um Professor "remunerado" de exercer funções nas Entidades Reguladoras. Ora, afigura-se um pouco distante da realidade a ideia de trabalhar sem ser remunerado. Na nossa perspectiva entendemos que esta não foi uma menção feliz por parte do legislador, já que pode abrir caminho para situações cinzentas e que em nada favorecem o objectivo primordial das ERI´s.

8.3.6. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Afigura-se como essencial à garantia de independência das ERI´s, que as mesmas possuam independência funcional, o mesmo é dizer que as suas actuações não devem sofrer qualquer tipo de influência do poder político directa ou indirectamente. Em concreto estas entidades não devem estar sujeitas à superintendência do Estado.

O artº 45º nº1 postula o princípio da independência[223] ao indicar que as entidades reguladoras não estão sujeitas a superintendência ou tutela governamental. No entanto a parte final do mesmo número deixa a entender que pode não ser bem assim ao indicar que o princípio da independência é aplicado "embora sem prejuízo do disposto nos números seguintes".

Os números seguintes à excepção do nº 2 espelham situações de marcada presença estadual, ou seja, intervenção do Estado em matérias que deveriam ser apenas e só das entidades reguladoras.

Com efeito, causa alguma estranheza que um membro do Governo possa pedir informações aos órgãos das entidades reguladoras sobre orçamentos e execuções de planos, tal como é explanado no artº 45º nº1.

Existe *in casu* uma clara e inequívoca contradição dentro do mesmo artigo. Não se pode considerar uma entidade reguladora independente no exercício das suas funções, se essas funções podem ser alvo de averiguações sem qualquer tipo de justificação pois a lei não define de que modo este tipo de pedidos pode ocorrer.

[223] No ante-projecto, este princípio de independência estava vertido no artº 53º sob a epígrafe "independência funcional". O legislador optou por inserir dentro do mesmo artigo que postula o princípio da independência as suas excepções. Estas excepções estavam quase todas indicadas no ante-projecto que segundo Vital Moreira não influenciavam a independência funcional, já que "a tutela ministerial só se torna necessária para os actos relativos ao funcionamento das ARI, e não relativamente às suas actividades de regulação, o que revela a sua independência funcional." Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.306

Os restantes números do artº 45º são também indicativos de uma presença forte do Estado, pelo que, sendo um artigo que tem como epígrafe a independência, deixa algumas dúvidas sobre se tal característica existe mesmo.

Referimos apenas como exemplo o nº 6 que identifica as situações nas quais podem ser recusadas aprovações orçamentais "mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público". Note-se que a expressão é bastante indeterminada, pois não exemplifica o que são, ou o que poderão ser considerados actos que causem prejuízo para os fins da entidade reguladora, abrindo um precedente perigoso que poderá facultar ao Governo sobre pretexto desta zona cinzenta, alterar os planos financeiros e planos de actividade das entidades reguladoras.

Destarte, já o artº 9º indicava que "sem prejuízo da sua independência, cada entidade reguladora está adstrita a um ministério, abreviadamente designado como ministério responsável, em cuja lei orgânica deve ser referida", o mesmo é dizer que cada entidade reguladora será adstrita a um ministério específico, o que naturalmente pode comprometer novamente o critério da independência.

Por fim resta também referir uma outra limitação ao carácter de independência no âmbito funcional contida nesta lei, que é o artº 5º n3:

> São ainda aplicáveis às entidades reguladoras, designadamente:
>
> O regime de contratação pública;
>
> O regime da responsabilidade civil do Estado;
>
> Os deveres de informação decorrentes do Sistema de Informação da Organização do Estado (SIOE);
>
> O regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de contas;
>
> O regime de inspecção e auditoria dos serviços do Estado.

Temos pois, nesta disposição, uma total equiparação das entidades reguladoras à Administração Publica, a nível da sujeição a regimes de inspecção e auditoria por parte dos serviços Estaduais.

8.3.7. INDEPENDÊNCIA FINANCEIRA

Tal como já referimos, as entidades reguladoras necessitam de possuir autonomia financeira e patrimonial como corolário da sua independência. Nesse sentido, a gestão

económico-financeira e patrimonial é inserida no capitulo III da Lei-quadro e logo no artº 33º nº 1 é indicado que “as entidades reguladores dispõem quanto à gestão financeira e patrimonial, da autonomia própria prevista na presente lei quadro, no que se refere ao seu orçamento”.

Porém, também nesta matéria existe uma equiparação na área financeira aos serviços e fundos autónomos se as verbas provieram da utilização de bens do domínio público ou do orçamento de Estado.

A solução adoptada pela Lei-quadro para a gestão financeira das ERI´s foi uma solução dualista, na medida em que o mesmo artº 33º nos números 2º e 3º diz-nos que as regras da contabilidade pública não são aplicáveis às entidades reguladoras, porém o numero 3º vem excepcionar essa regra e dizer que:

> às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado é aplicável o regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, designadamente em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos e cativações de verbas.

Ou seja, as regras do regime da contabilidade pública não são aplicadas às entidades reguladoras, se essas verbas não provierem da utilização de bens do domínio público.

Existem, assim, entidades que são integralmente financiadas por receitas próprias e o seu regime é o previsto no nº1, ou seja dispõem de autonomia própria ou plena quanto à gestão do seu orçamento.

Por outro lado, temos entidades que são financiadas por receitas próprias e também por verbas do Estado às quais o nº2º dá uma autonomia semi-plena, pois no que diz respeito às verbas provenientes do domínio público são lhes aplicadas as regras do regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos.

Por fim, no nº 3º, temos a situação da entidade reguladora sem receitas próprias e que é financiada totalmente pelo Estado, ou seja não tem autonomia financeira na medida em que lhe é aplicado o regime financeiro dos serviços e fundos autónomos.

Existem, assim, três contabilidades possíveis segundo a Lei-quadro, as quais podem sujeitar as ERI´s ao regime da contabilidade pública, se as suas receitas forem exclusivamente públicas; ao regime da contabilidade pública de forma parcial se as suas receitas foram próprias e paralelamente públicas; e por fim, ao seu regime próprio, se as suas receitas forem exclusivamente próprias.

No que tange à autonomia patrimonial o artº 35º diz-nos que "o património próprio das entidades reguladoras é constituído pelos bens, direitos e obrigações de conteúdo económico, afectos pelo Estado ou adquirido pelas Entidades Reguladoras".

A separação dos bens feita pelo legislador a bens afectos pelo Estado ou adquiridos pelas entidades reguladoras poderá desencadear diferentes consequências jurídicas, na medida em que a proveniência dos bens pode tornar o regime dos bens díspares uns dos outros.

Quanto aos bens provenientes do Estado, as entidades reguladoras terão que aplicar o regime jurídico do património público, ao invés dos bens adquiridos pelas ERI´s que aplicam as regras do direito privado.

De salientar no entanto que o artº 38º nº4 confere a obrigação da entidade reguladora elaborar anualmente o inventário de bens e quando se refere a bens não faz a distinção dos que forem adquiridos pela entidade reguladora ou afectos pelo Estado, logo são aplicados a todos os bens imóveis o regime jurídico do património imobiliário público.

Por último será de referir uma outra limitação à independência financeira que se consubstancia no artº 45º nº8 nas suas três alíneas. A Lei-quadro faz depender de autorização prévia por parte do Governo a aceitação de doações, heranças ou legados; a aquisição ou alienação de bens imóveis; actos de incidência patrimonial cuja aprovação se encontre prevista nos estatutos.

8.3.8. PODERES DAS ENTIDADES REGULADORAS

No que tange aos poderes das entidades reguladoras, a Lei-quadro acaba por se limitar a unificar o que já existia nos diversos estatutos de cada entidade reguladora.

Os poderes das ERI´s estão previstos do artº 40º ao 43º e também no artº 47º para matérias relativas à defesa de interesses do consumidor comum.

As entidades reguladoras podem elaborar e aprovar regulamentos bem como outras normas de carácter geral, tais como emitir recomendações e directivas genéricas.

Cumpre também às entidades reguladoras fazer cumprir as leis e os regulamentos, fixar os preços praticados nos respectivos mercados e garantir que os serviços prestados têm como finalidade o superior interesse público[224].

Para assegurar esse cumprimento é dado às ERI´s o poder de fiscalização e aplicação de sanções, bem como a cobrança de coimas.

No campo da fiscalização a lei atribui aos trabalhadores mandatados pelas entidades um poder equiparado ao de agentes de autoridade[225]. Esse poder legitima inspecções a todos os conteúdos tais como documentos, computadores, livros e bem assim às instalações e veículos das empresas visadas. Possibilita também inquéritos gravados a trabalhadores ou colaboradores.

De salientar, que segundo o artº 44º, ficam as empresas e seus colaboradores obrigados a colaborar em todas as solicitações que lhes sejam remetidas, temos por isso presente um princípio de colaboração.

Por último, o poder previsto no artº 47º nº3 e), segundo o qual as ERI´s podem emitir recomendações ou na sequência de reclamações, ordenar aos operadores a atribuição de indemnizações, não deve ser visto como um poder absoluto, pois apesar da lei não o indicar, os operadores podem quando entenderem que o seu direito não foi assegurado impugnar tal decisão.

8.4. PROCESSO DE CRIAÇÃO FUSÃO OU CISÃO DAS ENTIDADES REGULADORAS

No que diz respeito à criação das entidades reguladoras existe na Lei-quadro uma limitação ao processo de criação das mesmas, desde logo quando a criação de alguma venha substituir actividades que deveriam ser desempenhadas por organismos públicos.[226] Significa que não podem as entidades reguladoras assumir um papel substitutivo de qualquer tarefa ou actividade que deva ser desempenhada pelo Estado.

[224] Artº 40º nº1
[225] O poder de fiscalização era denominado por Vital Moreira como “poderes de policia” que o autor entendia serem adequados “ dada a importância da tarefa publica em causa”. Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág. 302
[226] Artº 6º n2 a) e b)

Além desta limitação, a lei impõe a realização de um estudo[227] que ateste a necessidade efectiva de determinada entidade numa óptica de interesse público, bem como a viabilidade de garantia da sua auto-suficiência.

Os requisitos interesse público e auto-suficiência podem ser ignorados caso a criação da ERI seja determinada por direito da União Europeia, sem contudo excluir a obrigação de um estudo prévio que avalie possíveis implicações financeiras.[228]

O estudo prévio é também requisito quando se trata de extinção de uma ERI, sendo a não verificação dos objectivos da sua criação motivo para a sua extinção segundo o artº 8º n3.

[227] No ante-projecto, este estudo prévio era justificado "à luz de um princípio de necessidade e de proporcionalidade. Necessidade para prosseguir determinado interesse público. Proporcionalidade entre as vantagens obtidas possivelmente com a sua criação e os recursos institucionais e financeiros envolvidos." Cf., MOREIRA, Vital; Maçãs, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes, op. cit., pág.275 e 276

[228] Artº 6º nº 5

9. CONCLUSÕES

O processo cada vez mais crescente de globalização a que hoje assistimos, fruto da abertura dos Estados e suas fronteiras, bem como os processos de liberalização entre outros factores, foram o impulso de uma profunda alteração económico-social que muitos apelidaram de uma mudança de paradigma. Uma alteração na qual o Estado, ao invés de produtor de bens e serviços, surge como um mediador com funções meramente arbitrais.

Apesar dessa alteração significar desintervenção do Estado na economia, essa situação não consubstanciou um regresso ao Estado Liberal, que acreditava na "mão invisível" como forma de regular o mercado nem tão pouco uma forma de intervenção directa, como foi o caso do Estado intervencionista.

O Estado neo-iberal pode ser caracterizado como um meio-termo entre o intervencionismo e o liberalismo, na medida em que não é um Estado que intervenha directamente na economia, nem um Estado que deixe a economia ao livre jogo do mercado, trata-se, sim, de uma simbiose na qual o Estado regula a economia através de uma actuação indirecta.

Efectivamente, o Estado deixou de intervir directamente nos sectores económicos, mas não deixou por isso de supervisionar o mercado através de novas formas de controlo que permitissem igualizar os sujeitos económicos sem que existisse qualquer suspeita de tendencialismos provenientes do poder político.

Com efeito, as mudanças que assistimos no seio das Administrações Públicas resultaram na criação de entidades reguladoras independentes, inovação que proveio dos Estados Unidos e rapidamente se alastrou à Europa.

As inovações trazidas por estas novas entidades, tais como a sua autonomia e independência garantiram uma grande adesão a par de uma confiança na sua actuação pela população em geral, bem como pelos sectores económicos que reconheceram idoneidade a estas entidades.

No entanto, essas inovações também alteraram a forma de actuação do Estado que necessitou de repensar novas formas de intervenção (sempre indirecta), que, a par de regular a economia, protegesse o cidadão da superioridade dos grandes grupos económicos.

Posto isto, o meio que os Estados encontraram para conseguir gerir todos estes conceitos e obrigações foi a criação de entidades reguladoras, que ficariam responsáveis pela garantia e respeito pela lei relativamente aos sectores económicos que cada Entidade controla.

Apesar da sua autonomia, as actividades bem como as decisões das entidades reguladoras necessitam de ser escrutinadas, tanto pelo poder judicial mormente pelo recurso aos Tribunais, como pelo próprio cidadão.

A implementação de entidades reguladoras no caso Europeu foi fortemente apoiada pela União Europeia, que estimulou uma avalanche de privatizações em diversos sectores públicos e que teve de dar resposta adequada à necessidade de regular a prestação de serviços em áreas consideradas *utilites,* ou seja serviços essenciais, tais como a água, energia e transportes, que passaram a ser prestadas também pelos privados.

Foi assim, com naturalidade, que as politicas e instituições comunitárias que se difundiram pelos Estados-membros replicassem nas suas directivas a necessidade de uma regulação cada vez mais presente e independente.

Em Portugal, apesar de algumas "nuances", a situação foi idêntica à da restante Comunidade Europeia, pelo que no presente trabalho tentámos enquadrar, historicamente, a existência de entidades reguladoras e o efeito que a nova Lei-quadro vai ter no futuro dessas entidades e na economia Portuguesa. Assim, concluímos que:

1 - Em vários sectores de actividade, o nosso País dispõe, desde há cerca de uma década, de um modelo de regulação bastante diferente da Administração Pública, seja na vertente directa através das direcções-gerais, seja indirecta através dos institutos públicos;

2 - Em 2003, foi criada a Autoridade da Concorrência, criada pelo Decreto-Lei 10/2003 de 18 de Janeiro, que possuía um estatuto de pessoa colectiva de direito público e tinha como função a defesa da concorrência;

3 - A assinatura do memorando com a Troika impôs algumas condições a Portugal, que passaram pela necessidade de dotar as Entidades Reguladoras de uma maior independência;

4 - De acordo com vários estudos encomendados pela Comissão Europeia, a independência encontra o seu expoente máximo nos quesitos: independência e transparência;

5 - Essa independência passa necessariamente pela implementação de garantias quantos aos regimes da inamovibilidade, duração, eleição e incompatibilidades dos cargos dirigentes das Entidades Reguladoras, bem como pela criação de mecanismos que permitam às Entidades Reguladoras conseguirem obter receitas próprias em prol de uma autonomia financeira;

6 - Apesar das ERI´s Portuguesas já serem dotadas de autonomia, era necessário criar um quadro legal homogéneo, que englobasse a criação, o funcionamento e a actividade de todas as entidades reguladoras independentes;

7 - Já em 2003, Vital Moreira e Fernanda Maçãs tinham proclamado a necessidade de adoptar um regime unificador relativo às ERI´s, chegando mesmo a avançar com um ante-projecto de LQ que acabou por não se concretizar;

8 - Entrou em vigor, no dia 2 de Setembro de 2013, a Lei n.º 67/2013, de 29 de Agosto, a Lei-quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo;

9 - A LQER procurou criar um quadro legal homogéneo e que enquadrasse a criação, o funcionamento e a actividade de todas as ERI´s, apesar de existirem duas excepções devidamente justificadas, o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social que se regem por legislação própria;

10 - Não obstante as intenções do legislador de dotar as ERI´s de uma independência, orgânica, funcional e financeira, a verdade é que muitas das normas constantes deste diploma sofreram fortes críticas, tanto das próprias entidades reguladas, como de especialistas na área da Regulação;

11 - Criticas à parte, após a realização deste trabalho, consideramos que o legislador, de uma forma geral, conseguiu atender a todas as necessidades que se impunham no quadro regulador português. Não só pelo enfoque dado ao regime de incompatibilidades dos membros do Conselho de Administração, bem como à forma de designação dos mesmos, que a nosso ver, credibiliza as ERI´s, apesar de entendermos que talvez o legislador tenha levado este quesito ao limite.

12 - A LQER é, sem dúvida, uma mais-valia para a consolidação da regulação em Portugal, pois permitiu uniformizar as regras do mercado, que, em nosso entendimento, contribuirá para fortalecer o mesmo, tornando-o justo, com regras iguais para todos e que em *ultima ratio,* beneficiará, sempre, o consumidor comum, ou seja todos nós, como apanágio de um Estado de Direito Democrático.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Pedro - Maastricht : A Europa e o Futuro. Mem-Martins : Publicações Europa-América, 1992.

AMARAL, Diogo Freitas do - Curso de Direito Administrativo. Coimbra : Almedina, 1986. V. 1.

ANASTÁCIO, Gonçalo ; MORAIS, Silva Luís ; FERREIRA, Eduardo Paz – Regulação em Portugal, Novos Tempos, Novo Modelo?. Coimbra : Almedina, 2009.

ANASTACIO, Gonçalo Gentil - Disciplina e Federalismo Orçamental na Zona Euro, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. V. 2

ARAUJO, Fernando -Introdução à economia. 2.ª ed. Coimbra : Almedina, 2004. V. 2

AZEVEDO, Maria Eduarda - A Convenção sobre o futuro da Europa : reflexões e testemunhos. Lisboa : Grupo parlamentar do PSD, 2004.

AZEVEDO, Maria Eduarda - A Europa em movimento, apostas e desafios no limiar do novo século. Lisboa : Editorial Noticias, 1997.

AZEVEDO, Maria Eduarda – Temas de direito da economia. Coimbra : Almedina, 2013.

BRETHERTON, Charlotte ; PONTON, Geoffrey - Global Politics : an Introduction. Oxford : Blackwell, 1996.

BRETON, Albert ; WINTROBE, Roland - The Logic of burocratic conduct. Cambridge : University Press, 1982.

CABRAL, Nazaré Costa - O princípio da desregulação e o sector bancário. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 38:2 (1997).

CAMPOS, Diogo Leite - O novo contrato social, dos impostos às contribuições. Revista da Ordem dos Advogados. 3 (2005).

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE - Mission & Objectives [Em linha]. Brussels : CERRE, 2014. [Consult. 19 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL:http://www.cerre.eu/mission-objectives>.

CUNHA, Paulo de Pitta ; MORAIS, Luis Silva - A Europa e os Desafios do Seculo XXI. Coimbra : Almedina, 2008

CUNHA, Paulo de Pitta e - A Revisão Institucional e a Convergência Económica, Problemas dos Pequenos e Médios Estados membros. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. 37:1 (1995).

CUNHA, Paulo de Pitta e - A União Económica e Monetária e o objectivo da moeda única. Coimbra : Almedina, 1997.

CUNHA, Paulo de Pitta e - A União Monetária e o Pacto de Estabilidade, Instituições e Políticas da União. Coimbra : Almedina, 2006.

CUNHA, Paulo de Pitta e - Direito Europeu : instituições e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2006.

CUNHA, Paulo de Pitta e - Reflexões sobre a União Europeia. Revista da Banca. 21 (Janeiro-Março 1992) 111-124.

CUNHA, Paulo Pitta e - A Integração Europeia no Dobrar do Século. Coimbra : Almedina, 2003.

CUNHA, Paulo Pitta e - A União Económica e Monetária e as perspectivas da integração europeia. Coimbra : Almedina, 1996.

CURTIN, Deirdre - The constitutional structure of the Union, a Europe of bits and pieces. Common Market Law Review. 3-4 (1993).

DECISÃO DA COMISSÃO de 29 de Julho de 2002 que institui o grupo de reguladores europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas : 2002/627/CE. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L:200 (30 Jul. 2002) 38-40.

DECRETO-LEI n.º 10/2003. Diário da República I-A Série. 15 (2003-01-18) 251-259.

DECRETO-LEI n.º 309/2001. Diário da República I-A Série. 283 (2001-12-07) 7918-7929.

DECRETO-LEI n.º 321/85. Diário da República I Série. 178 (1985-08-05) 2368-2375.

DECRETO-LEI n.º 328/88. Diário da República I Série. 224 (1988-09-27) 3930-3934.

DECRETO-LEI n.º 337/90. Diário da República I Série. 251 (1990-10-30) 4469-4475.

DECRETO-LEI n.º 406/83. Diário da República I Série. 267 (1983-11-19) 3850-3850.

DECRETO-LEI n.º 449/88. Diário da República I Série. 284 (1988-12-10) 4886-4887.

DECRETO-LEI n.º 621-C/74. Diário do Governo I Série : 4.º suplemento. 266 (1974-11-15) 1388(17)-1388(35).

DECRETO-LEI n.º 97/2002. Diário da República I-A Série. 86 (2002-04-12) 3571-3585.

DIAS, José Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula -Direito Administrativo. Coimbra : CEFA, 2003

DIRECTIVA 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2003 que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE. Jornal Oficial da União Europeia. L:176 (15 Jul. 2003) 57-78.

ELGAR, Edward - The growth of the public sector: theories and international evidence. Cheltenham : Aldershot, 1993.

ESTORNINHO, Maria João - A Fuga para o direito privado. Coimbra : Almedina, 1996.

FERNANDO Araújo - Teoria económica do contrato. Coimbra : Almedina, 2007.

FERREIRA, Eduardo Paz - Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado. Coimbra : Almedina, 1995.

FERREIRA, Eduardo Paz - Direito da Economia. Lisboa : AAFDL, 2001.

FERREIRA, Eduardo Paz - Ensinar finanças públicas numa Faculdade de Direito. Coimbra : Almedina, 2003.

FERREIRA, Eduardo Paz - Finanças públicas e contratos da administração. *In* PINHEIRO, Luís de Lima, ed. ; VICENTE, Dário Moura, ed. ; MIRANDA, Jorge, ed. - Estudos em Memoria do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra ; Almedina, 2005. V. 2.

FERREIRA, Eduardo Paz - Notas Sobre a Decisão Financeira e a União Económica e Monetária. *In* CUNHA, Paulo de Pitta e, coord. - Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. Coimbra : Coimbra Editora, 2006. V. 1.

FRANCO, António L. Sousa - Finanças públicas e direito financeiro. 4.ª ed. Coimbra : Almedina, 1992. V. 1.

FRANCO, António L. Sousa - Manual de finanças públicas e direito financeiro. Lisboa : FDL, 1972. V. 1.

FREEMAN, Jody - Private parties, public function and the new administrative law. Administrative Law Review. 52:3 (Summer 2000) 813-858.

GALBRAITH, John Kenneth - The Great Crash, Boston. Houghton : Mifflin Compan, 1955.

GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias da – Justiça administrativa em Portugal. Lisboa : Universidade Católica Editora, 1994.

GILBERT, N. - Transformation of the Welfare State, The Silent Surrender of Public Responsibility. Oxford : Oxford University Press, 2004.

GOMES, José Luís Caramelo - Lições de Direito da Concorrência. Coimbra : Almedina 2010.

GONÇALVES, Pedro - A concessão de serviços púbicos. Coimbra : Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro - O Contrato Administrativo. Coimbra : Almedina, 2004.

GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche. Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe - The Messina Conference [Em linha]. Sanem : CVCE, 2015. [Consult. 15 Jan. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.cvce.eu/obj/the_messina_conference-en-a3ed7e08-7a5d-4a5d-8532-d6ef402c6788.html>.

GUÉDON, Marie-José - Les autorités administratives indépendantes. Paris : L.G.D., 1991.

HAHN, Hugo J. - The Stability Pact for European Monetary Union: compilance with deficit limit as a constant legal duty. Common Market Law Review. 1 (1998).

HAMILTON, James D. - Uncovering Financial Markets Expectations of Inflation. Journal of Politica lEconomy. 93:6 (Dec. 1985) 1224-1241.

HANSEN, Alvin - Fiscal Policy and Business Cycles. London ; New York : Allen & Unwin, 1941.

JOÃO, Confraria - Regulação e concorrência, desafios do século XXI. 2.ª ed. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2011.

LEI n.º 67/2013. Diário da República I Série. 165 (2013-08-28) 5184-5196.

LEI n.º 71/88. Diário da República I Série. 120 (1988-05-24) 2188-2189.

LEI n.º 84/88. Diário da República I Série. 166 (1988-07-20) 2920-2921.

MAIOR, Paulo Vila - A Europa e os Desafios do Seculo XXI, visão critica dos Tratados de Maastricht e de Amesterdão. Porto : Universidade Fernando Pessoa, 1977.

MARQUES, Maria Manuel Leitão ; MOREIRA, Vital – A mão visível, mercado e regulação. Coimbra : Almedina, 2008.

MARTINEZ, Pedro Soares - Economia política, economia política. 10.ª ed. Coimbra : Almedina, 2005.

MAYHEW, Alain - Recreating Europe : the European Union´s policy towards Central and Eastern Europe. Cambridge : Cambridge University Press, 1999.

MEMORANDO de entendimento sobre as condicionalidades de política económica. *In* PORTUGAL. Governo – Governo de Portugal [Em linha]. Lisboa : Governo da República Portuguesa, 2015. [Consult. 17 Jan. 2015]. Disponível em WWW:<URL:http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf>.

MITNICK, B.M. - The Political Economy of Regulation. New York : Columbia University Press,1980.

MONCADA, Luis S. Cabral – Direito Económico. 5.ª Ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

MORAIS, Luis D. S. - Portugal e os défices excessivos - o pilar económico da União Económica e Monetária e a disciplina do “Pacto de Estabilidade e Crescimento”. *In* CUNHA, Paulo de Pitta e, coord. - Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. Coimbra : Coimbra Editora, 2006. V. 2.

MORAN, M, - Theories of Regulation and Changes in Regulation: the case of financial markets. Political Studies. 35:2 (1986).

MOREIRA, Vital - Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra : Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital ; MAÇÃS, Fernanda – Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Vital, compil. ; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, compil. - Constituição da República Portuguesa. Lei do tribunal constitucional. 8.ª ed., revista. Coimbra : Coimbra Editora, 2005.

NABAIS, José Casalta - Por um Estado fiscal suportável, estudos de direito fiscal. Coimbra : Almedina, 2005.

NUNES, A. J. Avelãs - O keynesianismo e a contra-revolução Monetarista. Boletim Ciências Económicas. Coimbra. 35 (1992).

NUNES, A.J Avelãs - A Constituição Europeia, a constitucionalização do neoliberalismo. Coimbra : Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Paulo Trigo [et al.] - Economia e Finanças Públicas. Lisboa : Escolar Editora, 2005.

PIRES, Francisco Lucas - Da Europa económica à Europa política, a Europa após Maastricht, ciclo de colóquios. Lisboa : INCM, 1992.

PORTO, Manuel Carlos Lopes - Teoria da integração e políticas comunitárias. 3.ª Ed. Coimbra : Almedina, 2001.

PORTO, Manuel Carlos Lopes - A União Monetária e os Processos de Convergência. *In* CUNHA, Paulo Pitta [et al.] - A União Europeia na encruzilhada. Coimbra : Almedina, 1996. pág. 99-127.

PORTUGAL. Assembleia da República - Proposta de Lei 132/XII [Em linha]. Lisboa : Assembleia da República, 2013. [Consult. 17 Jan. 2015]. Disponível em WWW:<URL:http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37580>.

QUADROS, Fausto de - Direito da União Europeia. Coimbra : Almedina, 2004.

REGULAMENTO (CE) n.o 1654/2003 do Conselho de 18 de Junho de 2003 que altera o Regulamento (CE) n.o 2062/94 que institui uma Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho. Jornal Oficial da União Europeia. L:245 (29 Set. 2003) 38-40.

RODRIGUEZ, Betancor - Las Administraciones independientes. Madrid : Tecnos, 1994.

SANTOS, Máximo dos - A participação da Comunidade Europeia na Organização Mundial do Comércio, em torno da revisão do Tratado de Maastricht. Coimbra : Almedina, 1997.

SEQUEIRA, Inês ; CRISÓSTOMO, Pedro - Antigos administradores da ERSE podem receber salário durante dois anos. Público [Em linha]. (25 Set. 2012). [Consult. 19 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL:http://www.publico.pt/economia/noticia/antigos-administradores-da-erse-podem-recebem-salario-durante-dois-anos-1564472>.

SILVA, João Nuno Galvão da – Mercados e Estados: serviços de interesse económico geral. Coimbra : Almedina, 2008.

SOARES, Rogério Ehrtardt - Direito público e sociedade técnica. Coimbra : Atlântica Editora, 1969.

SOUSA, Marcelo Rebelo de - Lições de direito administrativo. Lisboa : Pedro Ferreira Editor, 1995.

UNIÃO EUROPEIA - A história da União Europeia [Em linha]. Bruxelas : EU, 2015. [Consult. 18 Jan. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm>.

UNIÃO EUROPEIA – As agências da União Europeia [Em linha]. [S.l.] : EU, 2011. [Consult. 15 Jan. 2015]. Disponível em WWW:<URL: https://osha.europa.eu/pt/publications/promotional_material/eu-agencies-brochure-2012>.

UNIÃO EUROPEIA - Declaração de Schuman de 9 de Maio de 1950 [Em linha]. Bruxelas : União Europeia, 2015. [Consult. 5 Jan. 2015]. Disponível em WWW: < URL: http://Europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schumandeclaration/index_pt.htm>.

UNIÃO EUROPEIA - Tratados da EU [Em linha]. Bruxelas : EU, 2013. [Consult. 17 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm>.

VIEIRA, Isabel Viegas - A União Monetária Europeia na perspectiva da teoria das zonas monetárias óptimas. *In* AMARAL, João Ferreira do, org. [et al.] - Ensaios de Homenagem a Manuel Jacinto Nunes. Lisboa : ISEG/UTL, 1996.

WAR, Alan Milward - Economy and society, 1939-1945. Berkeley : University of California Press, 1977.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do - Curso de direito Administrativo. Coimbra : Livraria Almedina, 1986. Vol. 1.

BALASSA, Bela - Teoria da Integração Económica. Lisboa : Clássica Editora.

CABRAL, Nazaré Costa - O Princípio da desregulação e o Sector Bancário. RFDUL. 38:2 (1997) 411-484.

CORDEIRO, António Menezes – Direito da Economia. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa,1986. Vol. 1.

DECLARAÇÃO DE CONDEIXA. *In* MOREIRA, Vital, org. – Estudos da Regulação Pública I. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

GOMES, Carla Amado – Textos dispersos de direito do ambiente. Lisboa : AAFDL, 2010. Vol. 3.

HAMILTON, James D. - Uncovering Financial Markets Expectations of Inflation. Journal of Political Economy. 83 (1985).

LEITE, António Nogueira - Lição inaugural do I curso de pós graduação em Regulação Pública. In MOREIRA, Vital, org. – Estudos da Regulação Pública I. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

MADURO, Miguel Poiares - We, the Court, the European Court of Justice and the Economic Constitution. Oxford : Hart Publishing, 1998.

MARTINS, Guilherme de Oliveira – Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa. Lisboa : AAFDL, 1984. Vol. 1.

PINTO, Eduardo Vera Cruz - A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do séc. XXI. *In* ALBUQUERQUE, Ruy de, coord. ; CORDEIRO, António Menezes, coord. - Regulação e concorrência : perspectivas e limites da defesa da concorrência. Coimbra : Almedina, 2005.

PORTUGAL. Assembleia da República (2014) – Revisões Constitucionais [Em linha]. Lisboa : Assembleia Parlamentar. [Consult. 5 Jan. 2014]. Disponível em WWW: <URL:http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx>.

SCHUMAN, Robert - Pour l'Europe. Paris : Ed. Nagel, 1963.

VRIES, Tom de, Jamaica, or the Non-Reform of the International Monetary System. Foreign Affairs. 54 (1976).