

**Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito**

Provas de agregação de Vital Moreira

**2. Programa da disciplina de “*Direito público da
regulação*”**

Coimbra 2012

Nota de apresentação

1. A forma de apresentar o Relatório de ensino de uma disciplina exigido por lei para as provas de agregação é muito variável.

O Decreto-Lei n.º 239/2007, de 19 de junho, refere-se apenas, no artigo 5.º, al. b), a um «relatório sobre uma unidade curricular, grupo de unidades curriculares, ou ciclo de estudos, no âmbito do ramo do conhecimento ou especialidade em que são prestadas as provas», não especificando o que se entende por «relatório», nem exigindo um formato especial.

A prática, por sua vez, é oscilante na mesma área de estudos e naturalmente entre as diferentes áreas. Desde simples programas de uma disciplina e respetiva bibliografia, seguidos do método de avaliação, a breves lições em estilo de um quase manual, é possível encontrar vários modelos de relatório de uma unidade curricular, que o Regulamento Académico e Pedagógico do 2.º ciclo de estudos em Direito da Faculdade de Direito de Coimbra define, no seu artigo 2.º, como sendo «a unidade de ensino com objetivos de formação próprios que é objeto de inscrição administrativa e de avaliação, traduzida numa classificação final».

O entendimento aqui acolhido é o de que o Relatório não deve ser o conjunto de lições desenvolvidas, tal como são lecionadas aos estudantes, nem um manual de uma disciplina. Muito menos deve ser uma monografia sobre um tema, que não se presta propriamente a um plano letivo.

No nosso entender, o Relatório pode optar por uma de três soluções: (i) programa letivo de uma unidade curricular (uma disciplina); (ii) programa de um grupo de unidades curriculares afins; ou (iii) programa para um ciclo de estudos. Como é evidente, o formato a adotar variará, desde logo, conforme a opção tomada entre as três variantes permitidas.

2. No caso de se optar por uma unidade curricular, que foi o caminho aqui seguido, entende-se que o Relatório não deve bastar-se com uma mera sistematização dos principais pontos de um programa. No regime anterior (Decreto

n.º 301/72, de 14 de Agosto), referia-se expressamente no artigo 9º, al. a) que o Relatório deveria conter os «conteúdos e os métodos do ensino teórico e prático das matérias da disciplina» e foi esse o formato aqui seguido (*Parte II do Relatório*). No caso dos conteúdos, pretendeu-se que eles mostrassem como o programa será desagregado, preenchido e desenvolvido. Em suma, os “conteúdos” do programa correspondem àquilo que no jargão académico se designa por “sumários desenvolvidos”.

3. Assim, na **Introdução** deste Relatório começaremos com uma nota justificativa da pertinência e das razões da escolha desta unidade curricular – uma disciplina de Direito Público da Regulação.

A **Parte I** aborda os aspetos principais da teoria e da política da regulação pública da economia, desde a sua justificação até aos instrumentos de regulação. Importa igualmente abordar os problemas atuais da regulação, desde o impacto da crise económica iniciada em 2008 até aos problemas regulatórios pendentes em Portugal. Apresenta-se por último a bibliografia geral sobre esta matéria.

A **Parte II** deste Relatório ocupa-se do programa e organização da disciplina, começando pela ficha técnica. Segue-se uma breve apresentação sobre o ensino da regulação pública entre nós e em universidades estrangeiras. Depois disso, é apresentado o plano adotado, com a sua justificação. Segue-se uma bibliografia geral sobre direito da regulação pública da economia. A maior extensão desta parte do Relatório será naturalmente preenchida pelo programa desenvolvido, dividido pelas correspondentes lições temáticas, cada uma delas acompanhada da bibliografia recomendada e dos temas a desenvolver pelos estudantes.

Por último, a **Parte III** expõe o método de lecionação e a forma de avaliação.

4. Desejo agradecer a M. M. Leitão Marques a ajuda na preparação deste relatório e a Miguel Cabrita e Luís Vale Lima a sua revisão final. Como é óbvio, a responsabilidade pelos eventuais erros permanece inteiramente minha.

Plano do relatório

Introdução

1. Importância e atualidade do ensino da regulação pública da economia
2. Sentido e objeto de uma disciplina de regulação pública da economia
3. Razões da escolha

Parte I - Teoria e política da regulação pública da economia

1. O Estado regulador
2. Fatores da mudança
3. Instrumentos da transformação
4. O Estado regulador em Portuga
5. A regulação pública em economia de mercado
6. Expressões da regulação
7. Os reguladores
8. O Estado desregulador
9. O Estado regulador e a crise financeira de 2008
10. Problemas atuais da regulação a nível nacional e transnacional
11. Conclusão

Anexo - Bibliografia básica sobre teoria e política da regulação

Parte II - Programa e organização da disciplina

1. Ficha técnica da disciplina de Direito Público da Regulação
2. O ensino da regulação pública da economia
3. Programa de uma disciplina de Direito Público da Economia para o 2º ciclo de estudos em Direito

4. Bibliografia geral sobre direito da regulação pública da economia
5. Desenvolvimento do programa da disciplina

Parte III - Métodos letivos e avaliação

1. Como ensinar no 2º ciclo
2. Como avaliar

Anexo: Regras elementares para a elaboração de um ensaio académico.

Introdução

1. Importância e atualidade do ensino da regulação pública da economia

Desde o final dos anos oitenta do século XX, a maioria dos países com economia de mercado liberalizaram extensivamente o setor público económico e os serviços públicos prestacionais, abrindo-os à concorrência, e privatizaram empresas públicas mesmo em setores estratégicos, como a energia, a água, as telecomunicações ou os transportes, geralmente em nome de mais concorrência e de mais mercado ou tão só para aliviar o endividamento público.

Simultaneamente, diferentes áreas de atividade económica privada foram também objeto de eliminação ou redução das formas mais “duras” de disciplina pública, sobretudo para promover mais concorrência, através de eliminação e/ou da simplificação de “barreiras à entrada” no mercado e da liberalização de preços de diferentes bens e serviços, que antes eram muitas vezes administrativamente fixados ou condicionados.

Tratou-se, sobretudo na Europa, de uma revolução no paradigma preexistente de economia fortemente intervencionada e disciplinada pelo Estado, caracterizada por um considerável setor público empresarial, pelo monopólio ou predomínio da provisão pública de muitos serviços considerados essenciais (desde a educação e a saúde, às chamadas *utilities*), por uma panóplia de disciplinas legislativas e administrativas de limitação da liberdade de empresa e da concorrência.

Contudo, note-se desde já, porque esse facto é crucial para perceber a justificação deste curso, que este movimento não implicou um regresso ao Estado liberal *laissez faire* e ao capitalismo desregulado, como eram conhecidos no século XIX. Manteve-se e até foi reforçado o papel da regulação pública de setores caracterizados por “falhas de mercado”, nomeadamente os abertos entretanto à concorrência, em virtude da sua liberalização e/ou privatização (energia, telecomunicações, transportes, etc.), e também na proteção de outros valores

extraeconómicos, como a saúde e segurança dos consumidores, o ambiente, o ordenamento do território ou urbanístico, ou a provisão universal de serviços considerados essenciais. Ou seja, tanto para suprir falhas de mercado, contrabalançar a ausência de concorrência nas chamadas indústrias de rede (transportes ferroviários, energia, telecomunicações, água e transportes) ou prevenir o risco sistémico nos mercados financeiros, como para proteger outros valores não económicos (equidade social, pluralismo informativo), o Estado manteve consistentemente um papel ativo na regulação da economia no final do século XX e início do século XXI.

Sendo cada vez menos um *Estado intervencionista* na economia, mas sem voltar a ser um *Estado abstencionista*, o Estado passou a ser crescentemente e primordialmente um *Estado regulador*. Tendo deixado de ser uma economia sob tutela pública, a economia de mercado não deixou de ser uma economia publicamente regulada. Junto com a defesa da concorrência e com as políticas de incentivo à atividade económica, a regulação dos mercados constitui um dos pilares essenciais da ação económica do Estado. Uma “economia de mercado ordenada” sob a égide de um Estado regulador, eis o novo “tipo ideal” da organização económica contemporânea. A “mão invisível do mercado” (Adam Smith) é agora deliberadamente apoiada pela mão visível da regulação¹.

A crise financeira, que despontou nos Estados Unidos em 2008 e depois se alastrou para a Europa e outros continentes, tornou o debate sobre a importância do Estado regulador ainda mais atual, suscitando, em especial, o problema do défice de regulação eficaz dos mercados financeiros e a necessidade de ela ser feita a um outro nível que não o nacional, desde logo o nível europeu. Ou seja, se a regulação pública nunca perdeu atualidade, nem na fase mais liberalizadora e “desregulamentadora” do final do século passado, a crise atual tornou mais evidente o seu papel essencial na estabilidade e na eficiência dos mercados e na proteção do interesse coletivo que estes por si só não asseguram.

Se fizéssemos uma pesquisa na imprensa especializada e não especializada (e em outros meios de comunicação não escrita) concluiríamos com grande probabilidade que nunca a expressão “regulação económica” ou “regulação do

¹ Cfr. V. Moreira e M. M. L. Marques, *A mão visível: Mercado e regulação*, Coimbra: Almedina, 2003.

mercado” foi tão atual, tão discutida, tão objeto de artigos e de livros de divulgação destinados a novos públicos que procuram entender, nomeadamente, se temos ou não um “défice de regulação” e, se sim, aonde ela deveria ser densificada².

Essa relevância é sentida tanto no plano estadual, como no plano transnacional, nomeadamente à escala europeia, sobretudo nas áreas onde existem competências comunitárias e nomeadamente no espaço Euro.

Na verdade, se as trocas comerciais, os investimentos e os fluxos financeiros se liberalizaram por sobre as fronteiras, suscita-se a questão de saber se paralelamente não é também necessário acompanhar essa liberalização por regulação económica eficaz à mesma escala, com diferentes objetivos, que vão desde os mais técnicos (normalização de produtos e eliminação de barreiras técnicas às trocas comerciais) até aos de natureza social, ambiental, de segurança, etc., passando naturalmente pelos estritamente económicos, como a estabilidade do sistema financeiro.

Por todas estas razões, torna-se incontornável o conhecimento do conceito de regulação económica, dos seus objetivos gerais e específicos, dos seus mecanismos e formatos, das suas fontes normativas, das características e da natureza das autoridades reguladoras aos diferentes níveis. Este tema suscita o interesse não apenas de estudantes de direito ou de administração pública no segundo ciclo, e de juristas do setor público e privado, mas também de outros profissionais (economistas, gestores, engenheiros e até profissionais de saúde) que, de algum modo, dele necessitam, seja na qualidade de reguladores ou regulados. Sem esquecer obviamente os decisores políticos.

2. Sentido e objeto de uma disciplina de regulação pública da economia

Integrado num curso de Direito, a perspetiva do curso aqui proposto não pode deixar de ser primordialmente jurídica. Do que se trata portanto é de conceber e

² Uma pesquisa da expressão “*economic regulation*” no Google, efetuada em 1 de maio de 2012, produziu uma lista de 1 320 000 000 de ocorrências (mais de mil milhões)! A de “*market regulation*”, 133 000 000. Isto somente em fontes de língua inglesa...

organizar um *curso de direito da regulação pública da economia*, de acordo com os cânones do ensino do direito.

Em segundo lugar, propõe-se o ensino do direito da regulação como disciplina jurídica autónoma. Podendo é certo a regulação económica ser objeto parcelar de outras disciplinas jurídicas estabelecidas, desde o direito económico geral ao direito comercial, passando pelo direito administrativo geral e pelo direito laboral, a natureza transversal e de algum modo interdisciplinar do direito da regulação tem vindo a suscitar a sua autonomização em cursos próprios dedicados apenas ao estudo da regulação pública da economia.

Fazendo indubitavelmente parte do tradicional *direito público da economia* em geral, por ter por objeto a disciplina dos poderes públicos sobre a atividade económica – e por isso vários manuais de direito público da economia incluem hoje capítulos sobre a regulação –, o direito da regulação pública da economia constitui hoje uma subdisciplina autónoma, tal como sucede com outras, como o direito da concorrência, o direito dos serviços públicos, etc.

Na verdade, tendo perdido importância relativa os temas clássicos do Direito público da economia (nacionalizações, planeamento, empresas públicas, etc.), o cerne da sua área disciplinar gira hoje especialmente à volta da defesa da concorrência e da regulação pública da economia.

3. Razões da escolha

Há várias razões para a seleção do direito da regulação económica como tema destas provas de agregação.

Primeiro, o Direito administrativo e o Direito público da economia estiveram entre as prioridades docentes e de investigação durante maior parte do meu percurso académico, tendo naturalmente sido atraído desde cedo para a problemática da regulação pública da economia, quando ela emergiu na cena universitária europeia nos anos 80.

Em segundo lugar, tendo lançado há mais de uma década o primeiro curso de pós-graduação em regulação pública da economia em Portugal³, no âmbito do *Centro*

³ Ver infra, II Parte, cap. 2. Paralelamente a esse curso de Regulação Pública da Economia o autor lecionou também durante alguns anos a disciplina de “Direito Público da Economia” na

de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) -- a que presido desde a sua criação --, este tema surge como a escolha quase óbvia para as minhas provas de agregação.

Por último, ao escolher este tema para a prova de conclusão da minha carreira académica, como que regresso à relação entre o Estado e a economia, com que iniciei essa mesma carreira, como recorda com o tema da minha tese de mestrado (*Economia e Constituição*, publicado em 1974) e da minha tese de doutoramento (*Autorregulação profissional e administração autónoma*, publicada em três livros separados em 1997 e 1998).

Parte I

Teoria e política da regulação pública da economia

1. O Estado regulador

1.1. Um novo paradigma de ordenação económica

Os últimos dois séculos oferecem três modelos típicos de relação entre o Estado e a economia no contexto da economia de mercado, baseada na iniciativa privada (liberdade de profissão e de empresa) e na concorrência (deixando portanto de lado as economias de propriedade coletiva e de direção central que no século XX desafiaram a economia de mercado).

O primeiro modelo ideal é o do “Estado abstencionista”, correspondente ao liberalismo económico oitocentista, em que o Estado se abstinha de qualquer intervenção na esfera económica (capitalismo *laissez faire*), seja como agente económico seja enquanto regulador da economia privada, seja até como garante da concorrência. O principal mandamento era a absoluta separação entre o Estado e a economia.

O segundo modelo é o do “Estado intervencionista”, que predominou na Europa entre a I Guerra Mundial e os anos 80 do século passado, caracterizado por uma extensa e intensa presença do Estado na economia, já como agente económico, produtor de bens e prestador de serviços, já como regulador forte da atividade económica privada, sem esquecer a dimensão de planeamento e fomento da atividade económica.

O terceiro modelo é o do “Estado regulador”, estabelecido nos Estados Unidos desde os anos trinta do século XX e na Europa desde os anos oitenta do mesmo

século, em que o Estado abdica em princípio de participação direta na atividade económica, mas desempenha um papel de regulador mais ou menos extenso da atividade económica privada (a par da defesa da concorrência).

Tratando-se de modelos depurados ou de “tipos ideais” (na noção de Weber), estas três formulações não excluem obviamente desvios ao paradigma de cada uma delas. O Estado abstencionista não excluía toda e qualquer ingerência do Estado na economia (por exemplo os “monopólios fiscais” e a responsabilidade pelas obras públicas). O Estado intervencionista não põe em geral em causa a substância da economia de mercado, mantendo-se o predomínio da economia privada e da concorrência (ressalvadas as formas de “capitalismo administrativo” do nazismo e do fascismo). Por último, o Estado regulador não fez desaparecer integralmente alguns aspetos do Estado intervencionista (subsistência de algumas empresas públicas e de alguns serviços públicos).

No entanto, não sendo um espelho perfeito da realidade, os referidos modelos correspondem a três estratégias essencialmente distintas de relação do Estado com a economia de mercado.

O quadro seguinte ilustra as principais diferenças.

Atividade do Estado na esfera económica

Modelo de Estado	Atividade económica do Estado	Provisão de serviços públicos	Regulação da economia privada	Defesa da concorrência
Estado abstencionista	não	não	não	compatível
Estado intervencionista	extensa	extensa	extensa	compatível
Estado regulador	reduzida	reduzida	significativa	essencial

A noção de “Estado regulador” congrega duas ideias-chave: (i) o Estado que regula a economia (o que o distingue do Estado abstencionista) e (ii) o Estado cujo papel em relação à economia se reduz no fundamental à função regulatória (o que o distingue do Estado intervencionista).

Na verdade, o Estado regulador contrapõe-se tanto ao “Estado guardanoturno”, destituído de função reguladora, como ao Estado intervencionista, que

também exercia uma forte função reguladora, porém combinada com a participação direta do Estado na atividade económica (Estado empresário, Estado prestador de serviços).

Embora tenha sido usada tanto nos Estados Unidos como na Europa, a noção de Estado regulador tem histórias completamente diferentes. Nos Estados Unidos, o Estado regulador surgiu logo nos anos trinta do século XX como reação ao Estado abstencionista de matriz liberal oitocentista, não tendo havido Estado intervencionista em sentido próprio. Na Europa, ao invés, o Estado regulador aparece somente nos anos oitenta do século passado, em consequência da “liberalização” do Estado intervencionista, que havia surgido depois da primeira Guerra mundial em reação ao modelo de Estado guarda-noturno. Por isso, enquanto nos Estados Unidos a noção de Estado regulador traduz um aumento do papel do Estado na economia, na Europa ele traduz uma redução da intervenção do Estado na esfera da economia.

Em todo o caso, a noção de Estado regulador assenta em duas ideias básicas: primeiro, a economia não se autorregula a si mesma (como pretende o liberalismo radical), carecendo por isso de regulação do Estado; segundo, o papel primordial do Estado na economia não é o de agente económico (como pretendem as teses intervencionistas), mas sim somente o de regulador externo da economia privada (a par da defesa da concorrência).

Como se verá, porém, o Estado regulador não é um modelo homogêneo, podendo variar de acordo com a geografia, a história e as condições culturais e ideológicas prevalentes.

1.2. Do controlo pela propriedade pública à regulação externa da economia

Fora do quadro do Estado abstencionista, o controlo do Estado sobre a economia pode fazer-se através de uma intervenção direta ou indireta.

O Estado intervém diretamente quando assume papel de empresário para produzir bens ou prestar serviços, em regime de monopólio público ou em concorrência com o setor privado. Para esse efeito, o Estado cria empresas totalmente públicas ou mantém participações no capital de empresas com capitais privados. Isso pode acontecer tanto em relação a bens ou serviços essenciais para a

coletividade (como os transportes públicos, a energia, as telecomunicações), em setores que são monopólios naturais, como os setores em rede (linhas férreas, rede elétrica, redes de água), ou em setores abertos à concorrência mas onde a presença do Estado como empresário ou prestador de serviços lhe permite uma posição de influência que não teria de outro modo (setor financeiro). Por sua vez, designa-se por intervenção indireta aquela que o Estado faz usando os seus poderes de autoridade para influenciar externamente a atividade dos agentes económicos privados. O Estado atua de fora da economia, por meio do estabelecimento de regras ou de medidas de intervenção administrativa, de modo a condicionar a atividade económica privada.

Nas últimas décadas do século XX e na primeira do século XXI, as formas de intervenção indireta na economia, de natureza regulatória, tornaram-se dominantes sobre as formas de intervenção direta, com clara demarcação entre as funções do Estado como operador e prestador, por um lado, e as suas funções de ordenador e regulador, por outro. Não que o Estado tenha perdido a sua capacidade de intervir diretamente, como a crise recente mostrou, inclusive pela nacionalização de bancos para evitar a sua falência, mas por razões de natureza técnica, financeira e sobretudo ideológica.

O processo de “desintervenção” pública na esfera económica foi frequentemente acompanhado da regulação pública da atividade privatizada e conduziu à criação de novas autoridades reguladoras. Se a atividade estava *ipso facto* regulada quando era monopólio público, pode necessitar de regulação específica quando passa a estar a cargo de entidades privadas. Por isso, o movimento de privatização das *utilities* e de serviços públicos desencadeou em todo o lado um concomitante movimento de regulação pública dessas atividades. A regulação pública substituiu a propriedade e a empresa pública.

O antigo capitalismo liberal, vigente no séc. XIX, defendia que a economia era matéria do foro exclusivamente privado, dispensando a intervenção do Estado, quer enquanto agente económico, quer enquanto regulador. Ou seja, a economia não necessitaria de qualquer intervenção externa, exógena. O mercado por si mesmo, através da livre entrada no mercado e da concorrência, asseguraria a correção das disfuncionalidades eventualmente encontradas e trataria de repor o regular funcionamento da economia. Entendia-se que o mercado era naturalmente

autorregulado, por efeito da concorrência. Era a expressão da *mão invisível*, de que falava Adam Smith.

Porém, este modelo ideal acabou por revelar-se assaz imperfeito, ainda no século XIX, face à concentração empresarial e aos acordos entre empresas, que minaram os alicerces da concorrência, base da autorregulação espontânea da economia de mercado. Por isso, logo nos finais do século XIX, nos Estados Unidos, a ação estadual teve de vir combater as distorções e bloqueamentos que o *laissez faire* tinha deixado construir. Referimo-nos concretamente ao *Sherman Act* (1897), primeira lei de defesa da concorrência (*anti trust*), contra os cartéis e monopólios. Nos Estados Unidos, a primeira reação às deficiências da concorrência e da suposta autorregulação espontânea do mercado foi uma política ativa de concorrência, mediante mecanismos legais de prevenção e punição dos atentados à concorrência. O mecanismo “natural” da concorrência teve de ser assistido por mecanismos “artificiais” de defesa da concorrência (“concorrência imposta”).

Por outro lado, em 1929, aquando da grande depressão, o afundamento do sistema financeiro e, a seguir, da economia em geral revelaram as insuficiências do mercado e dos mecanismos de defesa da concorrência, tornando evidentes as “falhas de mercado”. A ação ordenadora do Estado, por meio da regulação pública, tornou-se em condição *sine qua non* de funcionamento regular da economia. Ficou assim marcada a transição do mercado regulador para o mercado regulado e do Estado abstencionista para o Estado regulador.

A principal manifestação institucional do Estado regulador nos Estados Unidos foi a instituição de várias “comissões reguladoras independentes” (*independant regulatory commissions*) de âmbito setorial (bolsas de valores, rádio e televisão, etc.), que passaram a caracterizar e a identificar o modelo de Estado regulador⁴.

Na Europa, onde desde a I Guerra Mundial o Estado passou a ter em vários países um papel decisivo na economia, ao abrigo de ideologias assumidamente antiliberais, aliás de sinal oposto entre si, a crise de 29 veio aprofundar a intervenção do Estado na economia, assistindo-se à implementação de formas de organização

⁴ Mas o nascimento do Estado regulador é normalmente referido à criação da primeira “agência reguladora” nos Estados Unidos – a *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887.

económica comandadas pelo Estado, incluindo, em alguns países, a criação de cartéis oficiais obrigatórios nas principais indústrias, como na Alemanha, na Itália e em Portugal. Sem passar por um extenso setor empresarial público, a economia de mercado foi no entanto parcialmente substituída por formas de organização administrativa da economia privada (“corporativismo de Estado”).

Enquanto nos Estados Unidos a resposta à crise do capitalismo liberal oitocentista passava pelo Estado regulador, preservando os fundamentos da economia de mercado e corrigindo-o seu funcionamento, na Europa continental, mesmo fora da órbita soviética, a reação dominante passou pelo antiliberalismo ideológico, tanto no plano político como no plano económico, através de formas de capitalismo de direção estatal.

Após a II Guerra Mundial, que acabou com os principais regimes autoritários na Europa e deu lugar a um ressurgimento do liberalismo económico (embora de um liberalismo ordenado, ou “ordoliberalismo”, na expressão da escola de Freiburg), a intervenção do Estado na economia não desapareceu, antes mudou de expressão, quer por via de participação direta na atividade económica (mercê de nacionalizações e da criação direta de empresas públicas), quer na provisão direta de serviços públicos na área da saúde, da educação, e da proteção social, ao abrigo dos objetivos do Estado de bem-estar (*welfare state*), ou Estado social, que se torna dominante na Europa do pós-guerra. Os anos sessenta do século XX foram marcados por uma forte presença do Estado na economia, através da criação de extensos setores públicos empresariais e de formas de regulação fortemente intrusiva na atividade económica, incluindo o planeamento macroeconómico. O capitalismo tomava em vários países europeus a configuração de uma economia orientada e participada pelo Estado, para a qual não faltou a designação de “economia mista”.

Todavia, essa economia de forte intervenção estatal coexistia em alguns países com a economia de concorrência assegurada pelo Estado através de leis de defesa da concorrência, por influência dos Estados Unidos, cujo paradigma foi a República Federal da Alemanha, desde 1957, nesse mesmo ano exportada para o Tratado de Roma, que criou a Comunidade Económica Europeia⁵, tornando-se por essa via num

⁵ Na verdade, as normas da concorrência já se encontravam no Tratado que criou a CECA em 1951.

dos traços essenciais do modelo de economia de mercado ordenada e regulada, que se tornou predominante na Europa desde então.

Os anos oitenta e noventa do séc. XX são os anos da “contrarrevolução neoliberal” que, por sua vez, trouxe consigo uma mudança essencial do modelo de relação do Estado com a economia. São três os fatores decisivos da desintervenção do Estado na economia: liberalização, privatização e “desgovernamentalização” da regulação. Com efeito, «*a emergência de orientações privatizadoras e o generalizado movimento de liberalização da economia que, desde a década de oitenta do século passado, caracterizaram a Europa (...) tiveram como consequência uma substancial alteração do papel do Estado neste domínio*»⁶. Os movimentos de liberalização e privatização propunham-se o fim do papel intervencionista do Estado, enquanto empresário com extensa atividade e prestador direto de serviços públicos, num mercado caracterizado por exclusivos públicos, muitas barreiras de acesso à atividade económica, preços fixados administrativamente e grandes restrições à concorrência.

A redução da intervenção direta do Estado na economia, com a privatização de empresas públicas e a abertura à concorrência e à iniciativa privada de monopólios públicos, não representou, no entanto, o retorno ao *laissez faire* do capitalismo liberal. Antes provocou o desenvolvimento do Estado regulador, à semelhança dos Estados Unidos. O programa de desintervenção na atividade económica dos anos oitenta obedece menos ao propósito do regresso às origens do que à formulação de uma nova filosofia da relação entre o Estado e a economia, menos dependente da propriedade pública e da intervenção direta do Estado – daí o programa de privatizações – e menos restritiva da concorrência – daí a abertura à iniciativa privada de setores até então reservados à esfera pública ou explorados em regime de concessão exclusiva ou caracterizados por elevadas barreiras à entrada, como nos transportes⁷.

⁶ Cfr. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *Autoridades reguladoras independentes – Estudo e projeto de lei-quadro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 9.

⁷ Cfr. Vital Moreira, *Autorregulação profissional e Administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 19.

Em sentido próprio, a desregulação quer significar a eliminação ou atenuação das restrições à entrada no mercado (licenciamentos ou outras formas de condicionamento da iniciativa privada) ou à atividade das empresas no mercado (abolição de controlo de preços, por exemplo), entregando o setor em causa ao mercado e à concorrência. Todavia, isto não quer significar que tenha havido uma diminuição da atividade reguladora do Estado, globalmente considerada.

No campo dos antigos monopólios públicos, em que só existia um operador público ou um só privado na posse de um título público (concessão), a “regulação pela propriedade” foi muitas vezes substituída por uma regulação “externa”, ou regulação propriamente dita, a cargo de um organismo regulador específico, depois da respetiva privatização e liberalização. Foi o que sucedeu em alguns dos antigos serviços públicos económicos tradicionais (telecomunicações, eletricidade, gás, etc.), em que o processo de privatização e de liberalização exigiu extensas providências regulatórias, já para suprir as “falhas de mercado”, já para estabelecer a concorrência onde possível, já para garantir a satisfação de alguns requisitos de serviço público, que o Estado manteve em relação a essas atividades. Em geral, a liberalização dos mercados exigiu muito mais regulação propriamente dita (regulamentação, supervisão) do que a que era exigida pelos antigos monopólios públicos, em que a “regulação” era interna, por via da propriedade pública. Esta é a razão pela qual é habitual dizer-se que *desintervenção = regulação*. O Estado perde a função empresarial e ganha, ou aumenta, a função reguladora.

Em contrapartida, nas atividades económicas privadas anteriormente caracterizadas por uma regulação muito restritiva da concorrência, como barreiras à entrada e fixação de preços, deu-se uma relativa desregulação, em prol de mais liberdade económica e de mais concorrência (por exemplo, transportes, serviços profissionais). Ou seja, a intervenção direta do Estado transformou-se em regulação (“nova regulação”) e uma parte da “velha regulação” desapareceu (desregulação).

Todavia, esta relativa desregulação de setores anteriormente sujeitos a forte regulação estatal foi menos marcante do que a nova regulação das atividades anteriormente sob a égide do Estado, dado tratar-se de uma questão de grau, não de uma transformação paradigmática, como sucedeu no segundo caso. Por isso se justifica a designação de Estado regulador para o novo papel do Estado em relação à

economia, apesar de paradoxalmente ele ter implicado a desregulação efetiva de atividades anteriormente reguladas.

1.3. Do serviço público às “obrigações de serviço público”

Embora não tenha ficado por aí, o processo de liberalização e de privatização teve por alvo privilegiado os “serviços de utilidade pública” (*public utilities*), como a eletricidade, as telecomunicações, os transportes ferroviários, etc., que na Europa tinham o estatuto de serviços públicos económicos, sob responsabilidade dos próprios poderes públicos ou de concessionários privados.

Todavia, uma das dimensões do Estado social ou Estado de bem-estar, consolidado na Europa depois da II Guerra Mundial, consiste na responsabilidade do Estado pela prestação direta ou indireta (concessão a privados) de um conjunto de serviços considerados essenciais, desde a saúde e a educação até às *public utilities*, que incluem a água, a energia, as telecomunicações, os transportes públicos, etc. Ora, com a privatização das empresas prestadoras de serviços públicos fica sem esteio o serviço público que elas prestavam. Em sua substituição o Estado vai impor a um ou mais dos operadores privados um certo conjunto de “obrigações de serviço público” (universalidade e igualdade de acesso, continuidade e regularidade do fornecimento, acessibilidade do preço, qualidade do serviço, etc.).

O serviço público não se define agora pela natureza pública do prestador mas sim pela natureza das prestações e pela sua “destinação” ao público em geral. Definido o conteúdo de um serviço público e o modo de o prestar, a sua prestação pode ficar a cargo de empresas privadas, com quem sejam contratualizadas as obrigações de serviço público.

O conteúdo das obrigações de serviço público pode ser taxativamente fixado na lei ou num contrato de concessão ou ser deixado parcialmente em termos abertos, para ser concretizado em sede de regulação de controlo e acompanhamento. As obrigações de serviço público implicam normalmente compensações financeiras, para remunerar os encargos adicionais para as empresas em causa, sob a forma de “indenizações compensatórias”.

Seja como for, se o antigo Estado social passava em geral pela provisão pública de serviços públicos, através de empresas públicas ou da concessão de serviços

públicos, agora, no Estado regulador, o sucedâneo dos serviços públicos passa em muitos casos pelas “obrigações de serviço público” contratualizadas com operadores privados, cuja organização e fiscalização exige dispositivos de regulação.

Também aqui a regulação pública substitui a propriedade pública.

A provisão privada de vários dos antigos serviços públicos continua a coexistir com a provisão pública de alguns outros, que não foram liberalizados nem privatizados (como é o caso dos transportes urbanos e da água e saneamento entre nós). Mas em vários aspetos a própria provisão pública é hoje tão regulada como a prestação privada (por exemplo, qualidade do serviço), se não mais regulada (quanto ao financiamento público, quanto à contratação externa de bens e serviços, etc.). O Estado prestador não desapareceu, mas também ele está sob o império do Estado regulador.

1.4. Da regulação “alheia ao mercado” à regulação “conforme ao mercado”

A desintervenção do Estado na economia e a criação do Estado regulador são acompanhados de uma revalorização do mercado e da concorrência. A nova regulação das atividades antes sob a égide do Estado não visa substituir o mercado e a concorrência mas sim suprir as suas deficiências e fazer valer certos objetivos extraeconómicos. Se anteriormente a regulação, *lato sensu* (incluindo a ação económica do Estado) visava substituir o mercado, esta nova regulação é essencialmente *subsidiária do mercado*, suprimindo as suas falhas ou insuficiências.

Por isso, enquanto a regulação da economia sob o Estado intervencionista tinha sido marcada por fortes restrições da liberdade económica e da concorrência e por vezes pela hostilidade ao mercado, a nova regulação no Estado pós-intervencionista tem como prioridade ser conforme ao mercado (*marktkonform*) e mesmo amiga do mercado (*market-friendly*).

Em primeiro lugar, ressalvados os casos de regulação por motivos extraeconómicos (ambientais, sociais, etc.), a regulação económica é supletiva da “regulação pelo mercado”, só se justificando em caso de ausência ou insuficiências do mercado. A regra é a concorrência; a regulação é a exceção. O princípio canónico da economia de mercado regulada é: “concorrência sempre que possível, regulação sempre que necessário”.

Em segundo lugar, um dos objetivos prioritários da regulação no modelo pós-intervencionista é justamente a de “criar mercado”, sempre que possível, lá onde havia monopólios públicos (regulação para a concorrência). Assim, para obter a liberalização generalizada dos antigos exclusivos públicos, o Estado regulador vai proceder à separação daqueles segmentos das “indústrias de rede” suscetíveis de serem abertos à concorrência (como a produção de eletricidade, os serviços telefônicos, os serviços de transporte ferroviários).

Em terceiro lugar, a desintervenção do Estado na economia foi em geral acompanhada da emissão de leis de defesa da concorrência e da criação de autoridades de defesa da concorrência. No Estado (agora só) regulador, a regulação é uma tarefa complementar da responsabilidade do Estado pela defesa da concorrência contra as condutas privadas que a ponham em causa (abusos de posição dominantes e cartéis). Na economia de mercado regulada, a regulação é somente o segundo pilar da responsabilidade do Estado pelo funcionamento ordenado da economia.

Em quarto lugar, na medida em que se mantenha um setor público empresarial, as empresas públicas ficam também sujeitas às regras da concorrência, tal como as empresas privadas, incluindo no que respeita às regras das subvenções públicas. Por isso as empresas públicas prestadoras de serviços públicos (televisão pública, transportes públicos, por exemplo) só podem receber apoios públicos a título de compensação das suas “obrigações de serviço público” de que estejam incumbidas.

Por último, sempre que os poderes públicos resolvam confiar os serviços públicos à gestão privada (por via de concessão, de parceria público-privada ou outra), devem fazê-lo por meio de concurso, ou seja, mediante competição entre os interessados, e por período de tempo limitado. Lá onde não haja concorrência no mercado, pode porém haver “concorrência pelo mercado”. A exclusividade no exercício de uma atividade não exclui a concorrência pelo acesso à mesma, tanto a montante (no concurso de acesso) como a jusante (no momento da renovação da concessão ou do contrato).

Mesmo em caso de concessão em regime de exclusivo podem existir certas formas de concorrência, como, por exemplo, a “concorrência territorial” entre diferentes concessionários, evitando que o concessionário seja o mesmo em todos os casos (ex. distribuição regional de gás, onde se proíbe que o concessionário de uma

região tenha posição dominante no capital dos concessionários das restantes regiões). Neste caso, a comparação dos diferentes desempenhos (*yardstick competition*) é importante para efeitos de regulação pública. Pode influenciar as taxas de utilização a pagar ao Estado (variáveis em função da rentabilidade obtida, por exemplo) e naturalmente deve contar para efeitos de renovação da concessão e em novos concursos.

2. Fatores da mudança

2.1. A crise do Estado intervencionista

O principal fator da mudança de paradigma nas relações entre o Estado e a economia foi a crise do próprio Estado intervencionista.

Ao fim de três décadas de sucesso em termos de crescimento e de emprego e de realização do Estado social, o modelo intervencionista dava mostras de esgotamento: redução do crescimento, perda de dinamismo económico, tensões inflacionistas, ineficiência e falta de inovação do setor público, endividamento de muitas empresas públicas em consequência de má gestão e/ou de preços artificialmente baixos por razões políticas, “loteamento” político-partidário das empresas públicas, privilégios dos trabalhadores do setor público, custo elevado dos serviços públicos, endividamento das empresas de serviço público.

A acumulação desses sinais pôs em causa a própria legitimação do modelo e preparou o terreno para o seu abandono.

2.2. As doutrinas neoliberais contra a intervenção do Estado na economia

Entre os fatores da substituição do Estado intervencionista pelo Estado regulador avulta o triunfo das ideias neoliberais, de prioridade absoluta do mercado, da iniciativa privada, da liberdade económica e da concorrência.

A partir de finais dos anos setenta do século passado, as ideias de regresso aos princípios da *free market economy* e de hostilidade à ingerência do Estado na economia, que até aí se tinham confinado aos círculos académicos (“escola

austríaca”, “escola de Chicago”), entram decididamente na agenda política com o Presidente Reagan nos Estados Unidos e com a primeira-ministra Margaret Thatcher no Reino Unido, passando, poucos anos depois, a dominar a agenda dos dois lados do Atlântico.

Nas suas formas mais assertivas, o neoliberalismo – e é disso que se trata, de um renovamento do liberalismo económico – assumiu-se expressamente como “ideologia de mercado” militante, como uma espécie de “Ersatzreligion” (Stuermer).

As suas consequências porém foram ainda mais nítidas do lado de cá do Atlântico do que do lado de lá, dado o diferente ponto de partida e as diferentes tradições políticas e culturais sobre o papel do Estado na economia e sobre as responsabilidades do Estado pelo bem-estar coletivo.

De facto, nos Estados Unidos não havia, pelo menos a nível federal, grande intervenção direta na atividade económica, sendo escassas as empresas públicas. O que havia, sobretudo desde o *New Deal* do Presidente Roosevelt, era um sistema de forte regulação federal num conjunto de atividades económicas, desde o setor financeiro aos transportes, desde as telecomunicações à energia. Foi esse sistema regulatório o alvo da investida contra a ingerência do Estado na economia, com extensas medidas de liberalização e de desregulação da atividade económica, como a eliminação de restrições à entrada, de fixação ou limitação dos preços, etc. O Estado regulador norte-americano não desapareceu mas mudou de intensidade regulatória. Tratou-se porém somente de uma mudança de grau, não de paradigma.

Já na Grã-Bretanha e na Europa em geral, onde existia um vasto setor público empresarial, bem como extensa provisão direta de serviços públicos pelas autoridades públicas, o movimento neoliberal levou a vastíssimos programa de privatização/liberalização do setor público (energia, telecomunicações, serviços postais, transportes ferroviários, etc.). Na maior parte dos casos, a abertura ao mercado teve de ser acompanhada de formas mais ou menos intensas de regulação pública. Mesmo assim, tratou-se de uma verdadeira mudança de paradigma.

As doutrinas neoliberais atacaram também a conceção de Estado social prevalecente na Europa desde a II Guerra Mundial, com escassa expressão nos Estados Unidos, assente na provisão pública, em geral fora do mercado, de um conjunto de serviços considerados essenciais, como a saúde, a educação, a proteção

social, o sistema público de pensões, etc. O ataque ao Estado social passou, numa versão moderada, pela abertura desses serviços, ou de alguns deles, à prestação privada e, numa versão mais radical, pelo afastamento do Estado da prestação direta desses serviços, limitando-se o Estado a garantir o acesso à sua provisão por entidades privadas (“Estado garante”).

Deve, no entanto, sublinhar-se que, enquanto do outro lado do Atlântico prevalece fortemente a ideologia de *free market economy*, da soberania do mercado e de *market self-regulation* (uma outra maneira de dizer a “mão invisível” de Smith), na Europa prevalece a ideia de que a própria economia de mercado é uma construção normativa, que o mercado é normativamente configurado («*normativ gestaltet Markt*», nas palavras de Stuermer) que precisa do Estado e da ordem jurídica para funcionar com fluidez e eficiência. Deixado a si mesmo o mercado pode matar a economia de mercado. Daí a necessidade de um estrito sistema de defesa da concorrência contra as concentrações económicas e os abusos de posição dominante e contra os acordos anticoncorrenciais, bem como de um sistema de regulação que supra as falhas do mercado e a sua incapacidade para satisfazer objetivos sociais dignos de proteção.

Esta conceção de “economia de mercado ordenada”, que não pode prescindir de uma margem de regulação pública, remonta, como foi referido, à “Escola de Freiburg” depois da II Guerra Mundial, que elaborou a chamada teoria do “ordoliberalismo”, o qual, contra o radicalismo neoliberal da escola austríaca, defendeu a necessidade de ordenação externa do mercado e a dimensão social da economia⁸.

Estas duas diferentes variantes do neoliberalismo justificam que na Europa, ressalvado o caso de Thatcher, o movimento de desintervenção do Estado na economia não tenha revestido o radicalismo antirregulatório, de “guerra à regulação”, que assumiu nos Estados Unidos. Certo é, porém, que ele conduziu ao vasto movimento de desmantelamento do setor público em toda a Europa.

⁸ A escola de Freiburg está na origem do conceito de “economia social de mercado” (*soziale Marktwirtschaft*), que depois de se tornar dominante no discurso político alemão desde os anos 1950, entrou depois no léxico da constituição económica da União Europeia com o Tratado de Lisboa (TUE, art. 3º-3).

2.3. A “nova gestão pública” e a “empresarialização” do Estado

Oriundo da Nova Zelândia, Austrália, Reino Unido, USA e Canadá no final dos anos 1970, influenciando depois reformas em outros países europeus, o movimento da “nova gestão pública” visava racionalizar e dar mais eficiência à gestão pública, mediante aplicação do modelo da gestão privada e da utilização de "mecanismos de tipo mercado" (MTM), incluindo a concorrência, o fornecimento de serviços públicos contra um preço, a autonomia de tipo empresarial das organizações públicas, a responsabilidade dos gestores, a aplicação de direito privado, recorrendo ao modelo da sociedade comercial, do contrato de gestão e do contrato de trabalho na Administração pública.

Esta submissão da gestão pública aos preceitos da racionalidade económica e do mercado tem por efeito a “mercadorização” das prestações públicas até aí fora do mercado (como os cuidados de saúde ou o ensino universitário), a transformação de organizações administrativas em organizações empresariais (hospitais, universidades), mesmo sob a forma de sociedades comerciais (“*corporatization*”). Com essa mudança conceptual, a “nova gestão pública” apagava a velha distinção do Direito administrativo europeu continental entre serviços públicos económicos (ou comerciais e industriais), em parte sujeitos ao mercado, e os serviços públicos não económicos (“serviços públicos administrativos” na tradição francesa), fora do mercado. Agora todos estavam sujeitos a uma lógica de mercado, fornecendo serviços de valor económico, mesmo que não pagos pelos utentes.

Esta deriva conceptual teve duas consequências importantes sob o ponto de vista da relação do Estado com a economia.

Por um lado, os serviços públicos prestacionais, ainda que a cargo do Estado, deixavam de estar sujeitos a uma regulação por via da propriedade e da autoridade pública, para passarem a estar sujeitos a uma solução de regulação “externa” do Estado, por estarem sujeitos ao mercado, ainda que de forma virtual. Daí a submissão do Estado empresário e do Estado prestador de serviços públicos – na medida em que subsistam – às regras do mercado e, quando necessário, ao Estado regulador (separação entre propriedade e regulação). Por outro lado, transformando os serviços públicos prestacionais em organizações empresariais fornecedoras de serviços no

mercado e submetendo a sua gestão a critérios empresariais e de mercado, a nova gestão pública contribuiu para a subestimação da própria noção de serviço público e de interesse público e preparou o terreno para a liberalização e privatização dos serviços públicos⁹.

2.4. Condições orçamentais

Outra das alavancas da substituição do Estado intervencionista pelo Estado regulador tem a ver com as condições orçamentais, motivadas tanto pela redução da capacidade tributária do Estado como pelo aumento da despesa pública.

A competição fiscal internacional proporcionada pela globalização financeira pressiona a redução de impostos, tanto para incentivar a competitividade externa da economia como para atrair investimento estrangeiro, e é fomentada pela crescente mobilidade das empresas e, mesmo, das pessoas, que procuram as jurisdições fiscais mais favoráveis, entre as quais os “paraísos fiscais” (*tax havens*). Por outro lado, o aumento do custo dos serviços (saúde, proteção social) conjugada com o aumento da longevidade, pressiona financeiramente os sistemas públicos de saúde e de proteção social, bem como os sistemas públicos de pensões, assentes em geral numa lógica de repartição, em que as pensões de cada geração são pagas pelas pessoas no ativo na geração seguinte, e não numa lógica de capitalização individual das prestações sociais de cada um.

Ambos os fenómenos provocaram o desequilíbrio orçamental do Estado e o seu endividamento crescente, pela acumulação de despesa alimentada por via de empréstimos (*deficit spending*). As crescentes carências financeiras do Estado justificam o recurso às privatizações para aliviar a dívida pública, bem como a privatização da gestão de serviços públicos, mediante delegação da gestão (*lato sensu*) a empresas privadas, incluindo as clássicas concessões de serviço público e as novas “parcerias público-privadas” (PPP), substituindo a gestão administrativa pela gestão empresarial e substituindo a “regulação pela propriedade” pela regulação externa, ou regulação propriamente dita.

⁹ O movimento da “nova gestão pública” e as reformas que inspirou são atualmente objeto de muitas críticas na literatura especializada, algumas das quais baseadas na falta dos prometidos resultados de eficiência para que o modelo apontava. Contudo, nem por isso deixou de influenciar a gestão pública em vários dos seus aspetos.

2.5. A integração económica europeia

Entre os fatores da mudança de paradigma na relação entre o Estado e a economia avulta a integração económica europeia, em especial depois de 1992, no quadro da construção do mercado único. Nenhum outro fator contribuiu tanto para socavar as bases do Estado intervencionista nos Estados-membros, obrigando diretamente à liberalização das *utilities* em geral e indiretamente à sua privatização.

A integração económica europeia, primeiro pela criação de um “mercado comum”, com liberdade de circulação dos fatores de produção, e depois de um “mercado único”, sem fronteiras económicas internas, implicou primeiro a eliminação dos monopólios públicos de comercialização (importação e /ou exportação) e mais tarde a liberalização e a abertura ao mercado dos monopólios públicos no setor das *utilities* (energia, telecomunicações, serviços postais, transportes ferroviários). Com efeito, os exclusivos públicos funcionavam como limitação à liberdade de circulação de capitais e de serviços, bem como a liberdade de estabelecimento sem fronteiras internas, ou seja, de algumas das liberdades fundamentais do mercado interno, de acordo com o Tratado de Roma. Por isso, a construção do mercado único a partir de início dos anos noventa do século passado consistiu essencialmente na liberalização e abertura à concorrência das *utilities* (telecomunicações, energia, serviços postais, transportes ferroviários, etc.).

O principal instrumento de liberalização dos monopólios públicos foi o art.º 106 (3) do TFUE (antigo art.º 86 TCE), que confere diretamente à Comissão, sem passar pelo Conselho nem pelo Parlamento Europeu, o poder de emanar diretivas para fazer observar pelos Estados membros a sua obrigação de não emitirem nem manterem em vigor nenhuma medida respeitante às suas empresas públicas (e às empresas a que tenham conferido direitos especiais ou exclusivos, como as empresas concessionárias) que seja contrária às regras dos Tratados, nomeadamente à proibição da discriminação por razão de nacionalidade e às regras da concorrência. “Esquecido” durante trinta anos, esse preceito foi a via explorada pela Comissão Europeia para forçar uma revolução na ordem económica dos Estados-membros, começando pela liberalização das telecomunicações em 1990.

Embora tal não fosse exigido pela lógica da integração europeia, que respeita o regime de propriedade dos Estados-membros - e portanto também a existência de empresas públicas -, a verdade é que a liberalização das *utilities* arrastou frequentemente a própria privatização das antigas empresas públicas incumbentes. Perdida a sua condição monopolista e sujeitas à concorrência de empresas privadas mais dinâmicas, as empresas públicas perdiam também interesse em termos de intervenção pública no mercado.

Uma vez que esses setores são caracterizados por importantes falhas de mercado, incluindo monopólios naturais (as redes), o Estado teve de assumir uma função regulatória supridora da falta de mercado. No final o Estado proprietário/empresário tinha sido substituído pelo Estado regulador. Como se verá, aliás, a extensão do mercado interno aos setores regulados (serviços financeiros, energia, telecomunicações, etc.) vai exigir uma progressiva integração da própria função regulatória ao nível europeu, com a criação de entidades reguladoras europeias. Não pode haver mercado único europeu sem regulação única a nível europeu.

Pela mesma via, os antigos serviços públicos prestacionais, a cargo das autoridades públicas, foram sendo substituídos por serviços públicos concessionados a entidades privadas ou por “obrigações de serviço público” a cargo de empresas privadas no mercado. Mais uma vez, o Estado prestador viu-se substituído pelo Estado regulador.

O mesmo sucedeu com a eliminação ou redução de disciplinas restritivas da concorrência, quando impeditivas ou condicionantes do mercado interno, nomeadamente no setor dos serviços em geral e dos serviços profissionais em especial. A criação do mercado único dos serviços implica não só a harmonização ou reconhecimento mútuo dos requisitos de prestação transfronteiriça de serviços profissionais, a começar pelas qualificações profissionais dos prestadores, mas também a eliminação das restrições mais severas à entrada no mercado, como a contingentação ou a fixação administrativa de preços.

Por último, o princípio da economia de mercado e da concorrência sem distorções que está na base da “constituição económica” da União Europeia constitui uma poderosa alavanca para a eliminação de todas as barreiras legais ou

administrativas hostis ao mercado, que não possam ser devidamente justificadas por deficiências do próprio mercado ou motivos de interesse público.

2.6. A globalização económica

Por sua vez, o fenómeno da globalização contribuiu decididamente para a desmontagem do modelo "vestefaliano" do Estado, de monopólio do poder do Estado nacional soberano dentro das fronteiras nacionais.

A globalização económica consiste antes de mais na liberalização e densificação do comércio internacional (bens e serviços), do investimento direto estrangeiro e dos movimentos de capitais. A liberalização comercial e financeira pressiona e incentiva a liberalização económica interna, incluindo no setor financeiro. Citem-se por exemplo a abolição ou redução dos requisitos de residência no acesso a certas atividades económicas, na prestação de serviços públicos ou no investimento direto estrangeiro, bem como a redução ou eliminação das chamadas barreiras técnicas ao comércio internacional (*technical barriers to trade*), as quais na maior parte dos casos são barreiras regulatórias.

Na medida em que a liberalização do comércio externo não tem a ver somente com a eliminação ou redução de barreiras tarifárias, mas também das barreiras não tarifárias, incluindo divergências regulatórias na produção de bens ou na prestação de serviços (por exemplo, regras de segurança e de saúde)¹⁰, a globalização comercial e económica em geral pressiona para a convergência ou homogeneização dos regimes regulatórios, frequentemente no sentido do regime menos exigente.~

A segunda grande área da globalização económica foi a do setor financeiro (movimentos de capital, serviços bancários, etc.), conduzindo a uma progressiva desregulação financeira, dada a incipiência dos mecanismos de regulação financeira global.

¹⁰ Refira-se, porém, que nem sempre o resultado será a liberalização, mas antes a regulação de atividades antes desreguladas. Cite-se, por exemplo, a introdução de padrões laborais ou ambientais, bem como sanitários e fitossanitários, em acordos de comércio internacional.

3. Instrumentos da transformação

3.1. Liberalização e privatização

O principal instrumento da transformação do Estado intervencionista em Estado regulador consistiu na liberalização e na privatização do setor público, especialmente as *utilities*.

A liberalização consiste na abertura dos exclusivos públicos à concorrência privada, passando a antiga empresa pública incumbente a coexistir com empresas privadas e a atuar em concorrência com elas. Muitas vezes foi esta a primeira fase da desintervenção do Estado (entre nós, liberalização da televisão, dos transportes aéreos, da produção de eletricidade, das telecomunicações). Na medida em que os mercados correspondentes carecem de regulação pública, por motivo de falha de mercado ou outro, tanto a empresa pública como as privadas passam a ser sujeitas ao mesmo tipo de regulação. Mesmo quando se mantém, a empresa pública passa a ser também objeto de regulação.

Em sentido estrito, a privatização consiste na alienação das empresas públicas¹¹. Muitas vezes a privatização foi feita por fases, com situações intermédias de empresas mistas. Outras vezes o Estado manteve direitos especiais nas empresas privatizadas resultantes da privatização (*golden shares*, etc.). Em geral, a privatização teve lugar depois da liberalização do setor, embora haja casos de privatização do monopólio público, sem liberalização prévia (como sucedeu na Grã-Bretanha com a eletricidade).

O ritmo da liberalização e da privatização não foi o mesmo em todos os países. Ainda hoje persistem notórias diferenças. Na Europa, por exemplo, a França mantém ainda um importante setor público empresarial (energia, ferrovia, etc.), ao passo que em Portugal foi-se ao ponto de privatizar as próprias empresas gestoras das redes básicas de gás e de eletricidade.

Seja como for, com a privatização, o Estado deixa de ser agente económico e passa a ser somente regulador, ou, sendo caso disso, passa por uma fase mais ou

¹¹ A noção de privatização pode revestir outros sentidos, nomeadamente a privatização da gestão, mantendo-se a propriedade do Estado, ou a sujeição da gestão dos serviços públicos ao direito privado, através da sua empresarialização, mantendo-se porém na esfera da propriedade e da gestão pública.

menos prolongada em que acumula as duas qualidades, de operador económico e de regulador.

3.2. A delegação de serviços públicos

Por vezes, o Estado e demais entidades públicas territoriais preferiram delegar a gestão de serviços públicos a empresas privadas, em vez de os privatizarem. Mantendo a titularidade do serviço e a propriedade dos ativos, os poderes públicos confiam a sua gestão a terceiros, incluindo a disponibilização da obra pública ou a prestação do serviço público.

A forma clássica de delegação de serviços públicos económicos, ou seja remunerados pelos utentes, é a concessão, pelo qual o Estado cede durante um certo tempo a gestão de um serviço público a uma empresa privada, sendo esta remunerada, pelo menos na sua maior parte, pelas tarifas pagas pelos utentes. Nascida no século XIX sobretudo para a execução e exploração de obras públicas (ferrovia, canais, etc.) e depois quase esquecida pelo Estado intervencionista, que preferia a gestão direta, a concessão renasceu com o Estado regulador, não somente para as obras públicas mas também para os serviços públicos (transportes urbanos, serviços locais de água e saneamento, etc.).

A diferença está em que tradicionalmente a concessão de obras públicas e de serviços públicos e a escolha dos concessionários eram atos de autoridade discricionários, baseados em relações de confiança, ao passo que agora a escolha dos concessionários tem de observar regras de igualdade, de não discriminação e de concorrência, e crescentemente aberto à concorrência internacional, já por força da integração europeia, já por efeito de acordos de abertura do investimento estrangeiro. A contratação de concessões, tal como a contratação pública em geral, é hoje um procedimento altamente regulado, de modo a assegurar a concorrência nacional e transnacional.

A delegação de serviços públicos pode também ocorrer em relação a serviços públicos não remunerados pelos utentes, como por exemplo os cuidados de saúde, seja mediante a entrega de gestão dos estabelecimentos públicos existentes a empresas privadas, mediante uma contrapartida financeira paga pelo Estado (contrato de gestão) ou mediante a entrega da construção e gestão de novos estabelecimentos

públicos a empresas privadas, mediante uma contribuição anual do Estado, até ao termo do prazo acordado (“parcerias público-privadas”). Outra forma de parceria público-privada consiste na construção e exploração privada de uma obra pública mediante uma remuneração paga pelo Estado de acordo com o número de utentes, através de “portagens virtuais” (*shadow tolls*). Foi o sistema adotado entre nós nas chamadas autoestradas SCUT (“sem custos para o utente”); mas é evidente que ele pode ser adaptado – à instalação ou gestão de serviços públicos, como os cuidados de saúde (por exemplo, hospitais), em que o “concessionário” privado é remunerado pelo Estado de acordo com o número e tipo de cuidados prestados (*shadow fees*).

Em qualquer caso, o Estado, mesmo se continuando a ser titular da obra ou serviço em causa, deixa de ser responsável direto pela sua gestão ou prestação, assumindo o papel de regulador das empresas privadas delegatárias, quer nos termos dos contratos de delegação (“regulação contratual”), quer nos termos da regulação geral aplicável ao setor (por exemplo, regulação da saúde).

3.3. A desagregação das “indústrias de rede”

No Estado intervencionista as indústrias de rede nas mãos do Estado, todas elas ligadas às *utilities* (eletricidade, telecomunicações, correios, transportes, etc.), eram caracterizadas pela sua integração vertical ao longo de toda a cadeia de valor, juntando a gestão das redes e a prestação do serviço, desde a produção até ao serviço domiciliário, passando pelo transporte e distribuição.

Um dos instrumentos da liberalização do setor público consistiu na desagregação das indústrias de rede, tendo o Estado começado por liberalizar e, eventualmente, alienar o segmento ou os segmentos suscetíveis de serem abertos à concorrência, como por exemplo a produção de energia elétrica, ficando nas suas mãos, em regime de exclusivo, somente o segmento que constitui o monopólio natural, nomeadamente as redes de transmissão e distribuição de eletricidade e a rede ferroviária. Eventualmente, as próprias redes podem acabar por ser privatizadas, como sucedeu entre nós com a rede básica de telecomunicações (vendida à PT) e, mais recentemente, com a rede de transporte de energia elétrica (privatização da REN). Todavia, deve dizer-se que noutros países não se foi tão longe, até pelo significado das redes como “ativos soberanos”, isto é, como substrato da própria autonomia estratégica nacional.

Ao segmentar as indústrias de rede e ao liberalizar (e eventualmente privatizar) os segmentos suscetíveis de abertura à concorrência, o Estado substitui necessariamente o controlo pela propriedade por um regime regulatório externo, destinado a reger o acesso dos operadores públicos e privados às redes.

Sem surpresa, é pela segmentação e liberalização das indústrias de rede que passa grande parte das tarefas do Estado regulador contemporâneo no campo económico, de modo a assegurar o acesso não discriminatório dos operadores às redes e a regular as tarifas de ligação e utilização.

3.4. Empresarialização e gestão de tipo privado dos serviços públicos

Outro instrumento de transformação do Estado intervencionista em Estado regulador consiste na empresarialização dos serviços públicos anteriormente prestados por estabelecimentos públicos sem natureza empresarial e submetidos a regimes de direito público na sua gestão (como os hospitais) ou por via de “régie” direta ou de “régie” autónoma (como os antigos serviços municipalizados de água, de transporte, de distribuição de energia elétrica, etc.).

Como se viu, a empresarialização de serviços públicos e a sua submissão a uma lógica de tipo mercado, mesmo quando este realmente esteja ausente, constitui um dos mecanismos da “nova gestão pública”.

A empresarialização é acompanhada da aplicação de regimes de gestão de tipo privado (financiamento e contabilidade) e das regras de direito privado (contratação de pessoal, aquisição de bens e serviços). A sua gestão financeira passa a depender dos serviços prestados, já porque as novas empresas são essencialmente remuneradas pelos preços pagos pelos utentes (transportes locais, serviços de água), já porque são financiadas pelo Estado em função da sua produção (hospitais-empresa). As relações entre o Estado e as novas empresas são regidas por um contrato de gestão, estabelecendo os direitos e obrigações de cada parte, incluído as obrigações de desempenho da empresa e as obrigações de financiamento do Estado.

A empresarialização dos serviços públicos prestacionais submete as entidades prestadoras a uma lógica económica e, em certa medida, à concorrência com outras

unidades públicas e privadas, criando assim um mercado ou uma simulação de mercado onde ele não existia.

Por isso, o controlo do Estado sobre tais serviços públicos deixa de ser feito essencialmente por via da propriedade ou da hierarquia administrativa, por meio de regulamentos e ordens administrativas, passando a ser feito por via regulatória, fazendo valer as regras constantes do contrato de gestão ou do contrato-programa entre o Estado e as empresas prestadoras de serviços públicos ou das regras gerais que regem o setor (por exemplo, o caso do SNS entre nós).

Por último, a privatização da gestão de serviços e de estabelecimentos públicos facilita a sua concessão a empresas privadas ou mesmo a sua privatização.

3.5. Liberalização pró-concorrencial da atividade económica privada

A desintervenção do Estado na economia não passou somente pela redução/liberalização do setor público. Como se viu, em muitos setores o Estado intervencionista era também caracterizado por uma ingerência regulatória altamente intrusiva na atividade económica privada, incluindo barreiras à entrada (licenciamento, contingentação de operadores, etc.) e a fixação ou condicionamento de preços, limitando assim a concorrência no mercado.

Por isso, o nascimento do Estado regulador está também ligado à liberalização da economia privada, que passou pela desregulação, pelo menos relativa, da excessiva disciplina regulatória preexistente em muitos setores económicos, nomeadamente nos serviços profissionais. Paradoxalmente, uma das bases do Estado regulador é a redução da regulação excessiva preexistente (“desintervenção regulatória”) ou pela substituição de formas de regulação intensas por outras mais leves (metamorfose regulatória).

Sem surpresa, nos Estados Unidos esta vertente ficou conhecida como desregulação, marcando uma nova fase do Estado regulador, caracterizado pela emergência de novas áreas reguladas (nomeadamente as *utilities*) e pelo abandono de antigas áreas reguladas.

4. O Estado regulador em Portugal

4.1. A Constituição da República Portuguesa de 1976: ruturas e continuidades

O processo descrito para a generalidade dos países europeus, de passagem de um modelo de Estado intervencionista a um Estado regulador, também ocorreu em Portugal, ainda que com algumas especificidades, dado o diferente ponto de partida.

A CRP de 1976 consagrou as chamadas “conquistas revolucionárias”, nas quais se compreendiam as nacionalizações ocorridas sobretudo em 1975, bem como a reforma agrária. Para além das empresas diretamente nacionalizadas, o Estado passou também a deter ou controlar indiretamente muitas outras empresas dispersas pelos mais variados setores que anteriormente eram controladas pela banca, o que tornou ainda mais importante o peso do setor público empresarial. Foi então constituída uma *holding* pública para gerir algumas dessas participações, designada por Instituto das Participações do Estado (IPE).

A “constituição económica” da CRP, na sua versão originária, era assim marcada por uma forte intervenção direta do Estado na economia, na agricultura, na indústria e nos serviços, e por um ensaio de planificação económica que a Constituição igualmente estabelecia, sob a égide dum programa de transformação socialista da ordem económica.

O setor público estava, aliás, duplamente protegido na Constituição, primeiro pelo princípio da irreversibilidade das nacionalizações (artigo 83.º) e depois pela “garantia institucional” do setor público, como primeiro dos três setores constitucionalmente garantidos (art. 89.º). Acrescia a imposição constitucional de definição legal de reserva de atividade dos “setores básicos” da economia a favor do setor público (artigo 86.º), que a “Lei de delimitação dos setores” de 1977 definiu de forma assaz ampla, vedando a entrada de empresas privadas na maior parte das áreas nacionalizadas em 1975. Assim, não só o Estado dispunha de empresas públicas em setores chave da economia, como a banca, os seguros, os cimentos, a pasta de papel, a petroquímica, os estaleiros navais, os transportes, etc., mas também estas empresas atuavam em exclusividade em muitas das respetivas atividades, devido à

impossibilidade de se criarem empresas privadas, salvo algumas empresas estrangeiras que não haviam sido nacionalizadas, mas cuja atividade era marginal.

A intervenção indireta do Estado na economia estava também muito longe de ser irrelevante, bem pelo contrário. Contudo, se no que respeita à intervenção direta o 25 de abril marca uma rutura com o Estado Novo, em virtude das nacionalizações, no que se refere às formas de intervenção indireta (regulatória) podemos falar numa relativa continuidade com o período imediatamente anterior à revolução, tanto no que se refere às medidas de “polícia económica” como às de fomento, ainda que o quadro político-institucional tenha sido significativamente alterado (desmantelamento da organização corporativa da economia).

É certo que uma lei da concorrência havia sido aprovada em 1972, na fase “protoliberalizadora” tardia do Estado Novo, mas na verdade ela nunca foi aplicada nem antes nem no período que se seguiu a 1974. Assim, por exemplo, neste período continua a registar-se um peso muito grande da regulação em matéria de preços (com uma panóplia de bens com preços administrativamente determinados em detrimento da sua fixação pelo mercado). Quanto ao pendor “antimonopolista” da CRP, ele traduzia mais a sua oposição aos monopólios privados do que propriamente um propósito de incentivar mecanismos de concorrência, ainda que o art. 81º, al. j) já previsse, como uma das incumbências do Estado, a de «*assegurar a equilibrada concorrência entre empresas, fixando a lei a proteção às pequenas e médias empresas socialmente viáveis*».

Igualmente, o acesso à atividade económica, e em especial à atividade industrial, manteve-se controlado pelo Estado através do licenciamento de numerosas atividades. O completo desmantelamento do regime do “condicionamento industrial”, preconizado já na Lei do Fomento Industrial de 1972, só ocorreu em 1979.

No que se refere às medidas de fomento económico, em continuidade com as iniciativas igualmente contidas na Lei do Fomento Industrial, foi criado em 1975 o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais (IAPMEI), o qual sucedeu à Comissão de Apoio às PME instituída logo em 1974. Para além das vastas funções atribuídas a este Instituto, foram tomadas neste período outras medidas avulsas de natureza conjuntural, nomeadamente para apoio a empresas em

dificuldade, como foi o caso dos “contratos de viabilização” e do apoio a empresas em situação económica difícil.

4.2. A adesão à CEE e a revisão constitucional de 1989

Apesar de a revisão constitucional de 1982 não ter alterado substancialmente a “constituição económica” originária, a “metamorfose” da ordem económica herdada de Revolução começa ainda antes da adesão de Portugal à CEE em 1986.

Desde logo, foi aprovada uma lei da concorrência em 1983 em tudo semelhante ao direito comunitário da concorrência. Além disso, e paralelamente, foram suprimidas outras formas de controlo administrativo da economia, nomeadamente em matéria de preços regulamentados, impulsionando também por aí os mecanismos de concorrência e o livre funcionamento do mercado.

No mesmo ano (1983) foi alterada também a chamada lei de delimitação de setores, abrindo-se à iniciativa privada setores que até aí haviam constituído um quase monopólio público, como o setor bancário, marcando o princípio da liberalização da ordem económica entre nós.

Mas foi realmente a integração de Portugal na CEE, em 1986, que veio obrigar a mudar o paradigma da ordem económica nacional, dando o principal impulso à aproximação à ordem jurídico-económica dos restantes Estados-Membros da Comunidade, através do respeito pelas liberdades fundamentais do mercado comum e das regras da concorrência estabelecidas no Tratado de Roma.

A integração na CEE obrigou a algumas importantes alterações imediatas na ordem jurídica da economia, influenciando de forma determinante a intervenção indireta do Estado na economia. Por exemplo, foram removidos os condicionamentos ao investimento estrangeiro (1986), que antes dependia de autorização prévia, o que conflituava obviamente com a liberdade de circulação de capitais e com a liberdade de estabelecimento do Tratado de Roma.

O setor público resultante das nacionalizações viu, igualmente, o seu peso enfraquecido. Algumas empresas públicas foram transformadas em sociedades de capitais públicos, tendo a lei permitido a privatização de uma parte do seu capital (desde que o seu controlo se mantivesse público e o capital nacionalizado não fosse privatizado, para respeitar o princípio constitucional da irreversibilidade das

nacionalizações). Do mesmo modo, a reforma agrária era igualmente esvaziada, mediante devolução das terras aos antigos proprietários ou distribuição por terceiros.

A segunda revisão da CRP, em 1989, culminou constitucionalmente este processo e procedeu à alteração radical no modelo de intervenção direta do Estado e nas suas garantias constitucionais. Eliminou o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, abrindo o caminho para as privatizações integrais. Removeu também do texto constitucional os objetivos programáticos como o do desenvolvimento da “propriedade social”, tornando mais consonante com um modelos de economia de mercado regulada.

A revisão constitucional de 1989 ocorre em plena concretização do programa do mercado único a nível da União (1988-1992), que vai levar à liberalização e à abertura ao mercado dos antigos serviços públicos económicos, começando pelas telecomunicações e pela eletricidade. Entre nós, em 1991, é privatizada a bolsa e liberalizado o mercado de valores mobiliários, sendo também constituída e primeira autoridade reguladora independente (a CMVM), no modelo da SEC norte-americana. E em 1995, como peça da liberalização da eletricidade, é criada a primeira entidade reguladora independente no campo das *utilities* (a ERSE). A marcha do Estado empresário para o Estado regulador está em pleno vapor.

Paralelamente é desencadeado o processo de privatizações, com base na Lei-quadro das privatizações de 1990, que se manterá ao longo das duas décadas seguintes. Embora ele ocorra no seguimento da adesão à CEE, importa registar que as privatizações não eram exigidas pelo Tratado, que expressamente respeita o regime de propriedade dos Estados-membros (cf. art. 295º do TCE e 345.º do TFUE).

Na verdade, a ordem jurídica comunitária e nomeadamente as liberdades fundamentais de circulação de capitais, de bens, de serviços, de trabalhadores, bem como a liberdade de estabelecimento, contidas no Tratado, apenas exigiam que não houvesse discriminação entre nacionais de diferentes Estados-Membros. Ou seja, desde que a proibição de acesso à iniciativa privada se aplicasse de forma igual a residentes em Portugal e residentes em outros Estados-Membros nada no Tratado obrigaria à sua remoção do texto da CRP. O mesmo se diga quanto ao setor público empresarial e à sua dimensão. O Tratado limitava-se a aplicar-lhe as regras da concorrência, mas não se opunha à sua existência, nem se manifestava sobre a

respetiva dimensão. Lembre-se aliás a vaga de nacionalizações ocorridas em França, em 1982, após a vitória nas eleições presidenciais de François Mitterrand.

As alterações constitucionais introduzidas nas revisões seguintes são relativamente irrelevantes para a questão que agora nos ocupa, com exceção da transferência de poderes monetários do Banco de Portugal para o Banco Central Europeu (1992), no âmbito da União Económica e Monetária, e do abandono da obrigação constitucional de setores vedados à iniciativa privada, que passou a simples faculdade (1997). Uma nova versão da Lei de delimitação dos setores consoma em 1998 a metamorfose da constituição económica da CRP, ao abrir à iniciativa privada todos os antigos setores reservados, com exceção do abastecimento de água e dos caminhos-de-ferro.

4.3. De um Estado intervencionista a um Estado regulador

A partir de 1986, portanto, inicia-se um longo processo de liberalização (que se inicia com a eletricidade logo em 1988) e, depois de 1989, de privatização de empresas públicas, incluindo as empresas prestadoras de serviços públicos (eletricidade, telecomunicações, etc.). Portugal segue então o movimento que ocorreu em toda a União Europeia, começando no Reino Unido com governo de Margaret Thatcher, e fora dela de desmantelamento dos monopólios públicos, com a abertura dessas atividades à concorrência de empresas privadas onde tal era possível, como nas telecomunicações, na televisão e na energia, muitas vezes seguida da privatização total ou parcial das empresas públicas.

A relação do Estado com as empresas que continuou a controlar foi contratualizada (Lei do setor empresarial do Estado de 1999), conferindo-se maior autonomia a essas empresas no mercado (em geral transformadas em sociedades anónimas, mesmo quando o seu capital não foi parcialmente privatizado).

As reservas a favor do setor público foram reduzidas ao mínimo possível, liberalizando-se por essa via o acesso a diferentes atividades económicas até aí fora do mercado. O processo de privatizações foi mais longe do que noutros países, tendo incluído na sua fase mais recente a alienação das empresas gestoras das próprias redes de eletricidade e gás. A garantia constitucional do setor público foi decididamente atingida.

O esvaziamento do setor público empresarial tradicional foi relativamente “compensado” pelas novas empresas públicas resultantes da empresarialização de antigos serviços públicos não económicos, nomeadamente na área da saúde. Todavia, à empresarialização juntou-se em alguns casos a privatização da gestão, através de concessão, que abrangeu até a gestão de hospitais.

A liberalização não eliminou, no entanto, a necessidade de regulação como temos vindo a mostrar. Pelo contrário, como se viu, veio criar novas necessidades de regulação, que obviamente se fizeram sentir também no caso português (falhas de mercado e motivos sociais). As sucessivas diretivas da Comissão Europeia sobre a liberalização e a abertura ao mercado estabeleceram o ritmo do processo em Portugal, que em geral optou sempre pelas soluções mais ambiciosas, nomeadamente no que se refere ao “*unbundling*” das indústrias de rede, onde se foi para a separação da propriedade das redes (eletricidade, gás, caminhos de ferro) e à independência das autoridades reguladoras.

Assim, sem prejuízo da regulação contratual (no contratos de concessão) nomeadamente em matéria de obrigações de serviço público, foram criadas entidades reguladoras para cada setor aberto à concorrência. O seu estatuto foi em alguns casos o de entidade reguladora independente e em outros não, mas o modelo foi mais ou menos convergente: conferir alguma autonomia à função reguladora e acompanhar de perto e com competência técnica especializada o acesso e o funcionamento dessas atividades.

No caso do setor financeiro, onde a regulação visa sobretudo prevenir o risco sistémico, garantir a solidez das empresas e contrabalançar a assimetria de informação, a função reguladora foi confiada a três entidades separadas. O Banco de Portugal foi mantido como autoridade reguladora da atividade bancária, e com a entrada de Portugal no espaço Euro transformou-se essencialmente numa entidade reguladora. Em 1991, com a privatização da Bolsa de Valores, foi aprovado o Código do Mercado Valores Mobiliários, incluindo a primeira entidade reguladora independente entre nós, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM). Em 1997, foi reforçado o papel do Instituto de Seguros de Portugal, como «autoridade nacional responsável pela regulação e supervisão, quer prudencial, quer comportamental, da atividade seguradora, resseguradora, dos fundos de pensões e

respetivas entidades gestoras e da mediação de seguros» e em 2001 é-lhe atribuído também o estatuto de entidade reguladora independente.

Para o setor elétrico, junto com a liberalização do setor, foi criada em 1995 a Entidade Reguladora do Setor Elétrico (ERSE), hoje Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, por ter estendido posteriormente a sua competência reguladora ao setor do gás.

Para as telecomunicações, primeira *utility* a ser liberalizada, foi alterado em 1998 o estatuto do Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), passando a designar-se por ICP-ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações), igualmente com o estatuto de entidade reguladora independente.

Em 2003, no âmbito do processo de empresarialização dos hospitais públicos e da previsão da entrega da gestão de serviços públicos de saúde à gestão privada (Lei das parcerias público-privadas em saúde), foi criada a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) para a regulação das instituições, dos estabelecimentos e dos serviços prestadores de cuidados de saúde, públicos ou privados, com exceção das farmácias, que já tinham o seu regulador próprio, o INFARMED.

Em 2005, foi criada a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), substituindo a anterior entidade de regulação do setor, para a regulação e supervisão de todas as entidades que prossigam atividades de comunicação social.

Finalmente, em 2009, substituindo o IRAR, foi criada a Entidade Reguladora dos Serviços de Água e de Resíduos (ERSAR), com competências de regulação dos serviços de abastecimento público de água às populações, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos sólidos urbanos, atribuindo-se o estatuto de entidade reguladora independente.

Sem estatuto de entidade regulada independente, mas com funções reguladoras em tudo semelhantes, cumpre ainda referir o Instituto Nacional da Aviação Civil (INAC), criado em 1998, que assumiu as funções da antiga Direção-Geral da Aviação Civil para a regulação dos transportes aéreos; o Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF), criado em 2007, para a regulação dos transportes ferroviários, entretanto integrado no Instituto da Mobilidade e Transportes Terrestres (IMTT), mas mantendo autonomia funcional (Unidade de Regulação Ferroviária); e o Instituto da Construção e do Imobiliário (INCI), criado em 2006, para a regulação

do setor da construção e do imobiliário, tendo sucedido nessas funções ao IMOPPI e este, por sua vez, a comissões com designações diversas, que foram em anos anteriores desempenhando as funções de regulação deste setor, atribuindo, nomeadamente, os títulos para o exercício das atividades reguladas, como o alvará de construção.

Para além desta redução da intervenção direta do Estado na economia, através das privatizações, e do crescente peso da regulação das atividades liberalizadas e privatizadas, nomeadamente quando se trata de indústrias de rede ou de serviços desinteresse económico geral, simultaneamente ocorreram outras alterações na intervenção indireta do Estado, cada vez mais por influência da regulação comunitária.

O seu sentido foi divergente. Ora se densificou e diversificou a regulação, por exemplo para proteger o ambiente ou os consumidores, ora foram aliviados controlos no acesso e exercício a certas atividades económicas, por exemplo e recentemente para adaptar a legislação nacional à Diretiva de Serviços, transposta para o direito português em 2010. O mesmo se passou na área das profissões liberais, tradicionalmente hiper-reguladas.

Contudo e em geral, o Estado manteve um peso importante na regulação do mercado e na proteção de outros valores socialmente relevantes. Uma importância que a recente crise veio a acentuar.

4.4. Defesa da concorrência

Além da substituição do Estado empresário pelo Estado regulador, a economia de mercado regulada assenta também sobre a defesa da concorrência. O processo de liberalização /privatização e de regulação foi, por isso, acompanhado do reforço dos mecanismos de defesa da concorrência.

Em 2003, foi criada a Autoridade da Concorrência, substituindo o Conselho da Concorrência. A publicação de uma nova lei da concorrência e sobretudo a criação de uma autoridade independente para a aplicar, sendo dotada de jurisdição geral sobre toda a economia (incluindo os setores regulados) e com poderes fortes de defesa da concorrência, vieram conferir a esta política uma importância muito maior do que tinha tido até então.

Em 2008 foi publicada a lei das associações públicas profissionais, que impõe o respeito as regras da concorrência nas profissões reguladas.

Em 2012 uma nova lei da concorrência, já no contexto do «programa de ajustamento» negociado com a *Troika*, veio reforçar o papel da concorrência e da respetiva Autoridade.

Também em Portugal a função reguladora do Estado é somente uma das dimensões da sua função ordenadora da economia.

4.5. O Memorando com a “troika” de 2011

Em consequência do pedido de assistência financeira internacional, Portugal comprometeu-se a um programa de ajustamento orçamental e de reformas estruturais tendentes ao reforço da competitividade da economia nacional.

Para além das medidas de incidência orçamental, o programa inclui muitas outras medidas em todas as áreas do governo da economia, nomeadamente as seguintes:

- aceleração das privatizações;
- intensificação da liberalização das *utilities*, bem como de outras áreas económicas, incluindo os serviços e as profissões;
- reforço da concorrência e dos poderes e meios da Autoridade da Concorrência:
- reforço da regulação, nomeadamente no setor financeiro, e reforço dos poderes e da independência das autoridades reguladoras.

Como se vê, o programa de ajustamento do Memorando com a Troika culmina o caminho iniciado com a adesão de Portugal à CEE e com a revisão constitucional de 1989, no sentido da liberalização e da privatização do setor público, bem como do reforço da concorrência e da regulação lá onde ela é necessária.

Passou-se de um extremo a outro. Onde, ao princípio, havia irreversibilidade constitucional das nacionalizações e existiam setores básicos legalmente vedados ao capital privado, agora há um compromisso internacional imperativo de levar as privatizações às últimas consequências (ignorando a “garantia institucional” do setor público na Constituição) e de aprofundar a liberalização económica e profissional.

Do “império” do Estado sobre a economia passou-se ao “império” do mercado sobre o Estado. Resta a regulação pública do mercado...

5. A regulação pública em economia de mercado

5.1. Sentido da regulação em economia de mercado

Que sentido faz a regulação pública numa economia de mercado, necessariamente baseada na liberdade económica e na concorrência? Quais os fundamentos da intervenção regulatória dos poderes públicos?

Numa primeira aproximação, a regulação traduz-se em restrição ou condicionamento do mercado. A regulação significa essencialmente que a atividade económica não é gerida livremente pelos agentes económicos, por via de decisão unilateral ou por via contratual, de acordo com os seus interesses, no quadro da liberdade económica e da concorrência, ficando condicionada ou estrangida pelas normas e medidas reguladoras do poder público, por si mesmo ou por via de “delegação” em entidades reguladoras extra estaduais (“autorregulação delegada”). Por isso, a regulação pública, ao contrário da defesa da concorrência, que visa fazer valer as regras do mercado, interfere com as regras do mercado. Daí a necessidade de justificação para a regulação.

Pode haver e há vários motivos para regular uma economia de mercado, por mais “liberal” que seja. Devemos distinguir, por um lado, as razões propriamente económicas, que têm a ver com as insuficiências do próprio mercado, e por outro lado as razões extraeconómicas, ligadas a objetivos que naturalmente não podem ser obtidos pelo mercado sem intervenção externa.

a) As “falhas de mercado” e a regulação para o mercado

A razão fundamental para a regulação numa economia de mercado tem a ver com as próprias insuficiências ou deficiências dos mecanismos do mercado, comumente designadas por “falhas de mercado” (*market failures*).

São essencialmente quatro as falhas de mercado normalmente enunciadas.

A primeira delas resulta dos monopólios naturais, ou seja, das situações em que, por razões de racionalidade económica e ambiental, não faz sentido estabelecer concorrência entre uma pluralidade de operadores, tendo de aceitar-se um único operador. Trata-se em geral das chamadas indústrias de rede (rede ferroviária, rede de transporte e de distribuição de eletricidade e de gás natural, redes de abastecimento de água e esgotos, etc.), caracterizadas por enormes necessidades de investimento em ativos físicos (*sunk costs*), custos de utilização marginal decrescentes (quanto maior for a utilização, menor é o custo por unidade) e impactos ambientais fortemente negativos.

Como se viu, a introdução da concorrência nas indústrias de rede passou pela desagregação (*unbundling*) da cadeia de valor, separando as redes, que se mantiveram como monopólio, do segmento a montante (geração de energia, captação e tratamento de água) e a jusante (fornecimento do serviços aos utentes), os quais puderam ser liberalizados e eventualmente privatizados.

A segmentação das redes tanto pode ser obtida por via de alienação forçada, desapropriando o antigo monopólio público em favor de um titular independente dos operadores, ou por via da separação da contabilidade ou da gestão da rede, mantendo-se a propriedade do operador originário, com obrigação de facultar o acesso aos demais operadores (*third party access*, ou TPA). Em qualquer dos casos, havendo somente uma rede a que podem aceder vários operadores e inúmeros utentes (pluralidade de operadores e unicidade de redes), há que regular o acesso às redes e os termos do mesmo, incluindo a remuneração do investimento e da gestão das redes.

Em segundo lugar, a regulação encontra justificação nas “externalidades”, sobretudo as *externalidades negativas* do funcionamento da economia. Referimo-nos aqui aos custos associados aos danos ambientais, os prejuízos para a saúde pública, os riscos para a segurança coletiva, para a estabilidade do sistema financeiro, etc. associados a certas atividades económicas. O mercado não proporciona por si a “internalização” dos referidos custos no preço, sendo estes suportados por terceiros ou pela comunidade em geral, pelo que se torna necessário regular essas situações, de modo a prevenir as externalidades (regulação *ex ante*) ou a fazer suportar o seu impacto pelos que as geram (por exemplo, “princípio do poluidor-pagador”) e pelos que adquirem os bens ou serviços em causa. No setor financeiro as externalidades

podem assumir a dimensão de *risco sistémico*, colocando em causa o funcionamento e a estabilidade de todo o setor (crises financeiras).

Grande parte da regulação transversal da atividade económica, por motivos ambientais ou de segurança e saúde pública, e grande parte da regulação setorial em áreas como os serviços financeiros, tem a ver com a prevenção de externalidades negativas.

Em terceiro lugar, há que ter em conta as *assimetrias de informação*. De facto, a concorrência e as relações de mercado pressupõem que os consumidores dispõem de informação adequada sobre natureza e qualidades do bem ou serviço transacionado. Daí as obrigações de informação que em geral proporcionam aos consumidores tal conhecimento (o que já de si constitui uma atividade de regulação). Existem, porém, situações, sobretudo no caso dos serviços, em que por natureza permanece sempre uma importante margem de assimetria de informação entre prestadores e consumidores de serviços profissionais qualificados (como serviços médicos e serviços jurídicos, serviços financeiros, etc.), tanto mais que muitos dos consumidores desses serviços não são consumidores frequentes, o que não lhes permite reduzir pela experiência a assimetria de informação inerente àqueles serviços.

Torna-se necessário, portanto, uma regulação específica, que reduza a margem de assimetria de informação, impedindo os prestadores de abusarem dessa condição em prejuízo dos consumidores e prevenindo a ocorrência de situações de simples concorrência pelo preço em prejuízo da qualidade do serviço (casos de “seleção adversa”).

A quarta falha de mercado típica é constituída pela incapacidade do mercado para prover à criação ou preservação de *bens públicos* (como a defesa, a segurança, a saúde pública, o ambiente, a estabilidade do sistema financeira, etc.), que por definição estão à disposição de todos, não podendo a sua fruição individual ser restringida mediante um preço (“não rivalidade” e “não exclusividade” dos bens públicos). Uma vez disponíveis podem ser fruídos por toda a gente gratuitamente.

Estando fora de mercado, a produção e preservação dos bens públicos só pode ser assegurada por meio de ação pública ou por via regulatória (por exemplo, a regulação ambiental e a regulação financeira, como condição de defesa do ambiente e da estabilidade financeira e do sistema de crédito em especial).

Repare-se que uma mesma atividade económica pode apresentar mais do que uma falha de mercado, como sucede por exemplo com os serviços financeiros, que padecem de assimetria de informação, que podem gerar “externalidades negativas” e que podem afetar bens públicos. Não é por acaso que os serviços financeiros estão desde há muito no centro da regulação pública da economia, podendo os défices de regulação contribuir para gerar ou agravar crises financeiras graves, como ocorreu em 2008.

b) Razões extraeconómicas, em especial os “serviços de interesse económico geral”

Existem muitas outras razões, extraeconómicas, para regular a economia. Para além das razões de natureza transversal, sempre presentes em maior ou menor medida, que justificaram mesmo as escassas medidas regulatórias no século XIX (razões de segurança pública, de salubridade pública e de moralidade pública), avultam hoje as seguintes: ordenamento territorial e urbanístico, saúde e segurança dos consumidores, proteção dos trabalhadores, proteção do ambiente, e por último, equidade social (nomeadamente a provisão universal de serviços essenciais).

Pela sua novidade e por se tratar de uma consequência direta da passagem do Estado intervencionista ao Estado regulador, importa destacar a regulação dos *serviços de interesse económico geral* (SIEG), ou seja, daqueles serviços considerados essenciais para a generalidade dos cidadãos e cuja provisão importa assegurar tendencialmente a toda a gente. Embora possa haver variações nacionais sobre a lista de tais serviços, eles incluem em regra os serviços de domiciliários de água e esgotos, de energia e de telecomunicações e os serviços postais, bem como os transportes coletivos urbanos e interurbanos, entre outros.

Não é por acaso que tradicionalmente tais serviços eram considerados “serviços públicos”, visto que organizados e providenciados pelos poderes públicos, a nível do Estado central ou do poder local, ou prestados por empresas privadas por delegação das entidades públicas responsáveis pela sua prestação (concessão de serviços públicos). Embora sendo “serviços públicos económicos”, na designação tradicional de origem francesa, porque prestados contra um preço numa base contratual (embora com preços tarifados), tratava-se de serviços realmente fora do

mercado, sob exclusivo público, muitas vezes geridos por entidades públicas sem natureza empresarial (estabelecimentos públicos, institutos públicos).

Como se referiu antes, um dos fatores de transformação do Estado intervencionista em Estado regulador foi a liberalização e privatização de alguns dos serviços públicos tradicionais, como a eletricidade, as telecomunicações os serviços postais, entre outros.

Estando agora sujeitos ao mercado, como assegurar que eles estão disponíveis para toda a gente, em condições de igualdade, desde logo de preço, independentemente do lugar de residência, e que tais serviços são acessíveis, pelo menos a um nível básico, a toda a gente, independente do seu nível de rendimento? Como realizar os objetivos do serviço público, quando o serviço público deixou de existir?

Tal é a razão de ser da regulação dos “serviços de interesse económico geral” – designação originária do Tratado de Roma, depois adotada ao nível dos Estados-membros –, que em geral consiste, como já se referiu, na imposição a um dos operadores, indicado pelo Estado ou selecionado por concurso, de “obrigações de serviços público” (OSP), a começar pelo “serviço universal” (acessibilidade a toda a gente), a troco de uma compensação pelos custos adicionais, a ser financiada pelo Estado ou pelo conjunto dos operadores através de um fundo adrede criado.

Importa, por isso, definir primeiramente quais são os SIEG, as obrigações de serviço público de cada um deles e o modo do seu financiamento, depois proceder à seleção do operador incumbido de as assegurar, para finalmente verificar e fazer respeitar o seu cumprimento. Tais são as principais tarefas da regulação dos SIEG. E se a primeira pertence em geral ao legislador, já a segunda e a terceira são em geral deixadas à autoridade reguladora correspondente.

Sucede que, como se viu, os SIEG são também caracterizados por falhas de mercado, por se tratar em geral de indústrias de rede, pelo que a respetiva regulação é de natureza mista, por razões económicas e por razões extraeconómicas. Daí que, juntamente com os serviços financeiros, os SIEG constituam uma dos principais prioridades do Estado regulador.

5.2. Diversidade regulatória

5.2.1. Modelos regulatórios e “variedades do capitalismo”

Descontada a ideia de subsidiariedade da regulação em relação ao mercado (critério que deixa, porém, grande margem de discricção política na configuração do modelo regulatório de cada País), não existe nenhuma receita universal para decidir a extensão e a intensidade da regulação numa economia de mercado. Os fenómenos de globalização dos mercados e de integração económica supranacional favorecem indubitavelmente a convergência e a harmonização dos modelos regulatórios e das próprias práticas regulatórias. Todavia, a expressão concreta do modelo regulatório depende muito do tipo de economia de mercado prevalecente e das condicionantes históricas e culturais específicas de cada País.

É extensa, por exemplo, a literatura sobre as chamadas “modalidades do capitalismo” (*varieties of capitalism*), iniciada com a obra homóloga de Peter A. Hall e David Soskice, de 2001 (*Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford: Oxford University Press).

Simplificando os termos da questão, a ideia consiste em distinguir dois modelos básicos de economia de mercado, a que se poderá chamar, de forma simplificada, respetivamente “economia de mercado livre” e “economia de mercado ordenada”, cujas expressões mais típicas, segundo os referidos autores, são correspondentemente os EUA e a Alemanha.

Para evitar equívocos e confusões importa dizer que o primeiro modelo não exclui a regulação, visto que hoje não há economias totalmente desreguladas, por mais liberais que sejam, nenhum correspondendo ao ideal anarcoliberal (“libertário”, dizem eles) de um mercado sem Estado. O que se quer dizer é que a regulação é aí em geral menos extensa e intensa do que no segundo modelo.

O primeiro modelo caracteriza a situação prevalecente nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Austrália e na Nova Zelândia, todos na esfera anglo-saxónica, embora não se limite aos indicados. Aí tende a considerar-se o mercado como o fator prioritário da ordem económica, sendo a intervenção regulatória do Estado considerada sempre subsidiária, se não excecional. O perímetro das atividades reguladas tende a ser reduzido ao mínimo, os instrumentos de regulação pública são

preferencialmente de “*light-handed regulation*”, com alguma margem para a “autorregulação regulada”, e as tarefas regulatórias são primordialmente desgovernamentalizadas, estando a cargo de reguladores independentes.

O modelo da “economia de mercado ordenada”, em sentido estrito, caracteriza a situação prevalecente na generalidade da Europa continental – incluindo a Alemanha, a França e a Itália, aliás com subvariantes (“modelo escandinavo”, “modelo renano”, etc.). Aí tende a considerar-se o mercado como uma construção normativa, assente na defesa ativa da concorrência e na intervenção supletiva ou corretiva da regulação, e não como realidade espontânea. O perímetro das atividades reguladas tende a ser mais vasto (por exemplo nos serviços financeiros e nos serviços profissionais) e os instrumentos de regulação incluem medidas de “*hard regulation*”, incluindo licenciamentos, autorizações, interdições, injunções, sanções, etc.

Modelos de economia de mercado e modelos de regulação

	“Capitalismo livre”	“Capitalismo ordenado”
Âmbito do setor público	reduzido/inexistente	extenso/significativo
Perímetro da regulação	reduzido	extenso
Intensidade da regulação	fraca	forte
Princípio de ordenação do mercado	prevalência da concorrência	concorrência e regulação

5.2.2. Modelos regulatórios e modalidades do Estado social

O modelo e as práticas regulatórias também podem variar de acordo com a ideia e o modelo de Estado social prevalecente em cada País.

Há, desde logo os casos, como os Estados Unidos, onde não existe verdadeiramente Estado social, pese embora as *utilities* municipais, o sistema público de educação, os mecanismos incipientes de segurança social iniciados com Roosevelt e os sistemas de cuidados de saúde para crianças e idosos estabelecidos nas últimas décadas, a que se soma recentemente o sistema de seguro universal de saúde (mas

não um sistema público universal de cuidados de saúde), criado por Obama. Nos Estados Unidos os direitos sociais não são considerados direitos fundamentais, nem sequer direitos (os Estados Unidos não ratificaram o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1966). A ideologia do mercado livre e da liberdade, competição e responsabilidade individual prevalece não somente na conceção das tarefas do Estado mas também na perceção da própria sociedade (*competitive society*).

Por isso mesmo, nos Estados Unidos não há grande margem para a regulação de serviços económicos de interesse geral, ressalvados casos como o referido seguro universal de cuidados de saúde.

Mesmo dentro dos países que compartilham dos traços básicos do Estado social – direitos económicos e sociais, serviços públicos económicos, sistemas públicos de educação, de saúde e de proteção social – existem assinaláveis diferenças, nomeadamente entre o sistema “bismarckiano” de segurança social e de cuidados de saúde, financiado por contribuições dos beneficiários, e o sistema “beveridgeano”, baseado na provisão pública dos serviços, financiados pelo orçamento, ou seja, por via de impostos.

Numa obra célebre, publicada em 1990 (*The Three Worlds of Welfare Capitalism*), Gosta Esping-Andersen organizou uma tipologia de três modelos de Estado de bem-estar, a saber o modelo social-democrata, o modelo cristão democrata e o modelo liberal. O primeiro, dominante nos países escandinavos, é caracterizado por prestações universais financiadas pelo orçamento, ou seja por impostos. O segundo modelo, prevalecente na Alemanha e na França, assenta sobre a organização e a contribuição financeira dos beneficiários em mecanismos de seguro social estabelecidos pelo Estado. O terceiro modelo, compartilhado pela Austrália e pelos Estados Unidos, limita-se a providenciar socorro para os mais necessitados, através da subsídio pública de prestações disponibilizadas através do mercado.

Deste modo, a passagem do Estado de serviços públicos ao “Estado garante”, com pouco impacto nos países do terceiro modelo, que já antecipava justamente o papel de último recurso do Estado, pode ter efeitos muito diferentes nos dois outros modelos de Estados social, sendo o seu impacto muito mais profundo nos sistemas do primeiro tipo acima referido, baseados na provisão pública e no financiamento por

via orçamental. O objetivo do esvaziamento do Estado afeta-os muito mais do que aos países do modelo “bismarckiano” ou do modelo “liberal” de Estado social.

Além da liberalização e da privatização dos serviços públicos, o dessoramento do Estado social passa justamente pela redução das prestações sociais a serviços básicos para quem não pode obtê-los no mercado e pelo copagamento das mesmas (saúde, educação, etc.).

Seja como for, a passagem de um modelo de provisão pública de serviços para um modelo que a provisão passa em via de regra para o mercado e em que o Estado passa a garantir esses serviços a quem não os possa obter por via do mercado exige um novo aparelho regulatório, que antes não era necessário.

5.3. Regulação e defesa da concorrência

Ao contrário da economia liberal do século XIX, a nova economia liberal pós-Estado intervencionista não dispensa mecanismos de defesa da concorrência. No Estado regulador, a defesa pública da concorrência coabita com a regulação pública. Num e noutro caso, a moderna economia de mercado assenta no papel ordenador do Estado, enquanto defensor da concorrência e enquanto corretor das falhas e insuficiências do mercado.

Contra o que é muitas vezes defendido, a defesa da concorrência não é uma forma de regulação em sentido estrito, que deva ser estudada juntamente com ela. De facto, existe uma diferença essencial de filosofia e de sentido entre a defesa da concorrência e a regulação.

A defesa da concorrência não tem a ver com falhas de mercado nem com razões extraeconómicas, mas sim com a prevenção ou punição de comportamentos dos agentes económicos (ou do próprio Estado) que tenham por efeito cancelar ou restringir as regras do mercado, como sucede com as práticas restritivas da concorrência (cartéis e em geral acordos entre empresas para reduzir ou eliminar a concorrência) e os abusos de posição dominante no mercado.

Diferentemente, como se viu, a regulação visa suprir as falhas ou insuficiências do mercado, substituindo o mercado onde ele não existe ou “derrogando” o mercado onde necessário para realizar objetivos extraeconómicos.

A defesa da concorrência é compatível com qualquer tipo de relação entre o Estado e a economia de mercado (salvo as formas de antiliberalismo, realmente

hostis ao mercado). A defesa da concorrência surgiu nos Estados Unidos antes do Estado regulador (*Sherman Act* de 1890) e na Europa em pleno período do intervencionismo de Estado (Tratado CECA, 1951 e Tratado de Roma, 1957), sendo hoje componente essencial do Estado regulador, que é também *Estado-garante-da-concorrência*.

Ao contrário da regulação, que por definição consiste no estabelecimento e na supervisão e aplicação de regras de conduta e de obrigações para os agentes económicos, a defesa da concorrência, como o próprio nome diz, passa sobretudo por interdições de práticas dos agentes económicos. Por isso, como costuma ser sublinhado, enquanto a defesa da concorrência atua em geral *ex post* (exceto no controlo preventivo das concentrações), sancionando as práticas anticoncorrenciais, a regulação propriamente dita atua em geral *ex ante*, mediante regras e obrigações. Além disso, enquanto as autoridades da concorrência possuem fracos poderes de regulamentação, limitados em geral a aspetos procedimentais, e fortes poderes sancionatórios, as autoridades reguladoras são em geral caracterizadas por fortes poderes regulamentares, muitas vezes com amplos poderes discricionários, podendo porém ser desprovidas de poderes sancionatórios, ainda que a tendência recente aponte em sentido contrário.

Por último, enquanto os sistemas nacionais de defesa da concorrência oferecem uma forte convergência e, mesmo, uniformidade, a regulação, como se viu, apresenta maior heterogeneidade de país para país, de acordo com idiossincrasias nacionais, incluindo de natureza ideológica e cultural.

5.4. Regulação e interesse público

A regulação não se justifica a si mesma. Tal como toda a ação legislativa e administrativa num Estado constitucional-democrático, também a função reguladora visa defender e realizar o interesse público, tal como definido pelo legislador.

Antes de mais, trata-se de ordenar o funcionamento da economia, em nome da estabilidade e da eficiência. Como se viu, numa economia de mercado, a regulação está em princípio sujeita a um “princípio de subsidiariedade” em relação à concorrência. A sua função é promover a concorrência onde ela não existe mas pode ser criada, responder às falhas do mercado (“*market failures*”), bem como assegurar

a realização de fins de interesse público extraeconómicos não garantidos pelo mercado. A função reguladora está ao serviço da economia, da confiança dos mercados financeiros e das empresas em geral, da construção do mercado único europeu, da defesa do ambiente, da implementação das “obrigações de serviço público”, enfim ao serviço dos consumidores.

Uma das principais tarefas da generalidade das autoridades reguladoras setoriais consiste desde logo em “construir o mercado” (“regulação para a concorrência”) a partir de antigas situações de monopólio público, assegurando a progressiva liberalização e expansão da concorrência. No caso das indústrias de rede isso passa sobretudo pela garantia de acesso equitativo de todos os operadores às mesmas.

Em segundo lugar, superado crescentemente o antigo modelo dos “serviços públicos” operados diretamente pelo poder público ou sob sua égide (especialmente mediante contrato de concessão), não desapareceram porém as preocupações que eles visavam assegurar, nomeadamente a garantia de existência e continuidade dos serviços em causa, bem como a universalidade e igualdade de acesso naquelas atividades consideradas de interesse geral, por corresponderem a condições essenciais da vida em comunidade. Por isso, uma das tarefas das autoridades reguladoras consiste em assegurar o respeito pelas “obrigações de serviço público” impostas pela lei ou contratualizados com um ou mais operadores públicos ou privados.

Em terceiro lugar, trata-se de acautelar interesses coletivos, como a defesa do ambiente, da saúde pública, da segurança alimentar, do ordenamento territorial e urbanístico e de outros interesses publicamente protegidos.

Se esta visão da regulação ao serviço do interesse público (*public interest theory of regulation*) é a única que se pode compaginar com a lógica de um Estado democrático, em que a Administração, sem excluir a administração regulatória, só pode estar ao serviço do interesse público, não se podem ignorar, porém, o impacto das teorias ditas “positivas” da regulação (por oposição às teorias “normativas” do interesse público), segundo as quais a regulação acaba por defender efetivamente os interesses dos regulados, pelo que se trata de uma atividade “self-interested”. Alavancada pelas teorias do “public choice”, sobre a tomada decisão pelos governantes e gestores públicos, a teoria positiva da regulação deve a sua formulação

mais conhecida a G. Stigler, num célebre artigo «The Theory of Economic Regulation» (*Bell Journal of Economics and Management Science*, nº. 3, pp. 3 –18).

É certo que, tal como toda a ação pública, também a atividade reguladora pode ser influenciada pelos seus destinatários, se não mesmo “capturada” pelos mesmos em benefício próprio. Todavia, isso não autoriza a construir toda uma teoria da “captura sistémica” da regulação pelos interessados, antes impõe a criação de mecanismos adequados de transparência e de *accountability* das autoridades reguladoras, bem como de compensação da influência dos regulados pela influência dos consumidores e do público em geral (*countervailing interests*), segundo o paradigma da “teoria pluralista da política”.

Daí a importância de não reduzir a regulação a uma relação entre regulador e regulados, fazendo intervier outros *stakeholders*, e de estabelecer exigentes procedimentos decisórios em relação a todas as dimensões da atividade regulatória, desde os regulamentos à atividade sancionatória.

6. Expressões da regulação

6.1. Noção e objeto da regulação

A regulação económica consiste fundamentalmente na formulação, implementação e efetivação de regras para a atividade económica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos.

A noção de regulação compreende duas ideias básicas: (i) submeter a atividade económica a *regras* ou normas de conduta (regular é antes de mais estabelecer regras – *regulae* em Latim); (ii) assegurar o funcionamento *regular* da economia, em termos de estabilidade e previsibilidade.

Deve entender-se a regulação como a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade económica, ou seja dos agentes económicos. Nas precisas palavras de E. Paz Ferreira e Luís Morais, a regulação económica consiste na «*intervenção indireta na atividade económica*

produtiva – indireta, porque se exclui a participação pública direta na atividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela atividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma atividade em função de determinados objetivos públicos»¹².

A regulação económica pode ter diferentes alvos, conforme o “momento” da atividade económica sobre que incide.

Pode, antes de mais, tratar-se da chamada “regulação estrutural”, que tem a ver com a regulação da estrutura de cada setor regulado, especialmente no caso da regulação do acesso à atividade (por exemplo, requisitos da criação de bancos ou companhias de seguros) e do acesso dos operadores às redes (rede de transporte e de eletricidade ou de gás, rede ferroviária, etc.).

Em segundo lugar, a regulação pode ter por objeto a organização e gestão dos operadores, seja quanto à sua forma jurídica (por exemplo, a organização como sociedade comercial), o seu sistema de governo (*corporate governance*), a política de remunerações (prémios de gestão e *fringe benefits*), as incompatibilidades, etc. Trata-se de temas hoje correntes na regulação financeira.

Em terceiro lugar, a regulação pode incidir sobre as características e a qualidade dos produtos e serviços, ou sobre o modo de os produzir ou prestar. Tal é o que sucede com a regulação da qualidade e da segurança de produtos e serviços.

Por último, pode tratar-se de “regulação comportamental”, que tem a ver com a conduta dos operadores económicos, especialmente na sua relação com os consumidores (por exemplo, conduta dos operadores de serviços financeiros ou dos serviços de interesse geral face aos utentes).

No âmbito do setor financeiro (banca e seguros) fala-se ainda em “regulação prudencial” (micro e macroprudencial), para designar a regulação dos fatores de risco que afetam a estabilidade e integridade do mercado (requisitos de capital, limites ou restrições a certo tipo de operações, riscos do mercado no seu conjunto das interconexões existentes entre as suas diversas parcelas, etc.).

¹², Eduardo Paz Ferreira e Luís Morais (edts.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 22.

6.2. Formas de regulação

Quanto às formas de regulação, importa distinguir entre a *heterorregulação* e a *autorregulação*, conforme ela seja efetuada “de fora”, pelo Estado sobre os regulados ou seja uma tarefa realizada pelos regulados em relação a si mesmos.

Em segundo lugar, importa distinguir a *regulação unilateral*, efetuada por meio de normas ou injunções administrativas unilaterais, e a *regulação contratual*, efetuada por meio de contratos entre a autoridade reguladora e os particulares ou entre os particulares eles-mesmos sob a égide do Estado. Os contratos regulatórios em sentido próprio incluem uma variedade de espécies, incluindo os contratos de concessão, por exemplo, com uma vertente normativa, ou seja, reguladora, mais ou menos acentuada.

A regulação contratual também pode ocorrer no âmbito da autorregulação, através da figura da contratação coletiva entre grupos de regulados ou entre estes e os consumidores. Oriunda do direito do trabalho, a contratação coletiva para efeitos regulatórios pode ser reconhecida ou incentivada pelo Estado, no quadro dos mecanismos da autorregulação delegada.

6.3. Técnicas e instrumentos de regulação

6.3.1. Técnicas de regulação

Embora seja difícil classificar e agrupar em tipos estanques as diferentes técnicas através dos quais é possível regular o comportamento humano e orientá-lo em determinados sentidos socialmente desejáveis, tendo em conta que muitas vezes eles se combinam na mesma área de regulação, comumente são identificadas na literatura especializada sobre regulação as seguintes técnicas típicas: “comando e controlo”, incentivos e penalizações, recomendações, consenso, comunicações e o próprio *design* regulatório (Baldwin *et alii*, 2010 e 2012).

As técnicas de *comando e controlo*, as mais tradicionais, traduzem-se na elaboração de regras jurídicas proibindo ou impondo determinado tipo de condutas e na imposição de sanções a quem as viola.

Usar *incentivos e penalizações (carrots and sticks)* implica ativar instrumentos de natureza económica, por exemplo subsídios ou taxas, para atingir o mesmo resultado que se obtém através das técnicas de comando e controlo anteriormente referidas. O comportamento não será permitido, salvo se a empresa pagar uma taxa para poder assumir dentro de certos limites esse comportamento. Essa é a lógica subjacente ao princípio poluidor-pagador. Ou ainda a empresa pode receber um incentivo para adequar o seu comportamento a objetivos socialmente desejáveis.

As *recomendações* são normas de conduta “imperfeitas”, por não serem vinculativas, mas que exigem pelo menos que os regulados expliquem por que não as seguem. Conjugadas com a identificação e exposição pública dos cumpridores e dos incumpridores, as recomendações podem ser uma ferramenta muito eficaz e pouco custosa de regulação.

Procurar o *consenso* e a cooperação entre todas as entidades cujo comportamento se pretende modificar é uma outra técnica de regulação, seja esse consenso traduzido num contrato ou de outro modo. A autorregulação está compreendida nesta categoria, quando se trata de uma delegação de poderes regulatórios nas entidades (empresas e ou associações) cujo comportamento pretende alterar-se. Neste caso, são essas entidades que “automodificam” o seu comportamento (e se autovinculam) para o adequar a fins socialmente desejáveis.

A *comunicação* é uma técnica ainda mais leve de influenciar comportamentos no sentido pretendido pelo regulador. Não é vinculativa para os regulados, é apenas orientadora. Contudo, não tem os custos de implementação que se associam as técnicas anteriormente referidas e em especial às de comando e controlo. Pode processar-se através da persuasão, da publicação de orientações, de interpretações officiosas das normas regulatórias, etc. Trata-se, portanto, de regras de cumprimento voluntário.

Por último, o *desenho regulatório*, também designado por “*código*” ou *arquitetura*, é uma técnica que visa impedir certos comportamentos indesejáveis através da forma como se desenham produtos ou espaços onde esses comportamentos podem ocorrer. Por exemplo, instalam-se sistemas automáticos de controlo de bilhetes à entrada nos transportes públicos, substituindo outras formas de controlo menos eficientes e mais onerosas (como o cobrador de bilhetes). Tem sido especialmente recomendada na regulação do *cyberspace*, como por exemplo no

“controle parental” de acesso de crianças à Internet, pela ineficácia de outro tipo de técnicas, como as de comando e controle.

6.3.2. Instrumentos de regulação

Convém começar por notar que os instrumentos de que o Estado se socorre para a tarefa de regulação são indiferentes para a definição do respetivo conceito, razão pela qual o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da atividade económica, quer sejam executadas através de leis ou através de regulamentos ou atos ou contratos administrativos ou de meios judiciais. O essencial do conceito de regulação económica *lato sensu* é o de alterar o comportamento dos agentes económicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse regulação.

Em sentido amplo, a regulação pública começa sempre com a decisão político-legislativa de submeter determinada atividade económica à regulação pública. Num Estado de direito, toda a atividade administrativa tem base na lei, pelo que a atividade administrativa regulatória funda-se necessariamente numa lei. Todavia, na linguagem corrente, as noções de “regulação” e “atividade regulatória” aplicam-se em primeira linha à regulação por via de meios administrativos (regulamentos e medidas administrativas, incluindo as sanções regulatórias).

A decisão político-legislativa inicial definirá em regra a autoridade reguladora, os princípios básicos do regime regulatório estabelecido e os principais instrumentos postos à disposição da autoridade reguladora. Por isso, a fileira regulatória começa sempre na lei, que pode ir longe na especificação dos meios e das obrigações regulatórias, ou pode abster-se de o fazer, “delegando” esse desenvolvimento na Administração regulatória.

Todavia, a noção de regulação administrativa só abrange naturalmente os instrumentos administrativos, descontando portanto a atividade legislativa, a montante, e a atividade judicial a jusante.

Em sentido estrito, como já se viu, a “fileira regulatória” comporta três operações ou etapas: (i) formulação e emissão de normas de atuação (*rule making* ou *rule setting*) -- regulação em sentido estrito; (ii) aplicação e supervisão de aplicação

de normas (*rule implementation e rule supervision*); e (iii) aplicação de sanções pelo incumprimento das normas (*rule enforcement*).

Os poderes da administração regulatória não se distinguem estruturalmente da administração pública em geral. Todavia, a administração regulatória é caracterizada em geral por dois traços específicos: (i) maiores poderes discricionários das entidades reguladoras, sobretudo as autoridades reguladoras independentes, quer ao nível regulamentar, quer ao nível da fiscalização administrativa, quer, por último, ao nível do poder sancionatório; (ii) concentração dos poderes normativos “executivos” e sancionatórios na mesma autoridade administrativa – a autoridade reguladora – diferentemente do que ocorre na administração em geral, em que tais fases estão em geral desagregadas, cabendo a diferentes organismos administrativos.

a) Princípios, normas e padrões regulatórios

A primeira etapa da regulação consiste no estabelecimento das regras (*rule setting*). Não há regulação sem regras ou padrões de conduta para os operadores económicos (e para os próprios reguladores).

As normas regulatórias podem ser estabelecidas desde logo pela Constituição ou pelo legislador. Mas também podem ser estabelecidas, e muitas vezes são-no, pela Administração pública geral ou pelas autoridades reguladoras, por meio de regulamentos, na base de delegação ou da margem de regulamentação deixada pela lei. Em geral as autoridades reguladoras gozam de significativos poderes regulamentares.

Todavia, em vez de impor regras de conduta estritas para os operadores económicos, incluindo objetivos e meios, a regulação pode limitar-se a fazer observar princípios, indicando objetivos e orientações, deixando porém aos regulados liberdade de escolha dos meios para alcançar os objetivos. Tal é a natureza da chamada “*principles-based regulation*”, por oposição à “*rules-based regulation*” (cfr. Baldwin, Cave, e Lodge: 2012, cap. 14).

No caso da autorregulação, as normas regulatórias são estabelecidas pelos próprios regulados através das organizações dotadas dos competentes poderes públicos (por exemplo os regulamentos de estágio e os códigos deontológicos das ordens profissionais).

Ficam naturalmente fora de consideração as normas da autorregulação privada propriamente dita, estabelecidas de forma espontânea e voluntária pelos agentes económicos, de forma unilateral ou contratual na base da autonomia privada, reconhecida pelo Direito privado (direito civil, direito comercial, direito do trabalho). Essas formas de regulação económica privada, através de códigos de conduta e outros instrumentos, podem revestir configurações assaz sofisticadas, como sucede em muitos países com os mecanismos de autorregulação da publicidade, mediante acordos entre as associações de profissionais do setor.

Tal como todas as demais normas do poder público, as normas de conduta regulatória podem ser de natureza impositiva, proibitiva ou permissiva, conforme imponham, proibam ou autorizem comportamentos.

Mais importante do que isso, as normas regulatórias tanto podem ser vinculativas, não podendo deixar de ser observadas sob pena de punição, ou ser facultativas, sob a forma de recomendações de conteúdo geral. O “*soft law*” tem um lugar importante na moderna regulação pública, sobretudo nas formas de regulação “*light handed*”. Tipicamente as recomendações regulatórias implicam um dever de cumprimento ou de explicação pelo incumprimento (*comply or explain*), o que permite expor publicamente os que preferam incumprir as recomendações.

b) A aplicação e supervisão de cumprimento das normas

Cabe às autoridades reguladoras proceder à aplicação das normas reguladoras e fiscalizar o seu cumprimento pelos regulados.

No caso dos reguladores, a aplicação das normas pode implicar a emissão de licenças ou permissões administrativas, de recomendações ou injunções individuais ou coletivas, consubstanciando os atos mais comuns da administração regulatória.

No que respeita à fiscalização do cumprimento das normas pelos regulados, ela importa tanto poderes de fiscalização e inspeção das autoridades reguladoras, bem como de deveres de informação dos regulados, que em geral são assaz intensos.

c) Funções sancionatórias

A regulação não consiste somente em estabelecer normas e supervisionar a sua aplicação, incluindo pela injunção de comportamentos aos regulados. Importa tornar efetiva a sua aplicação.

Existem dois meios alternativos, ou cumulativos para obter o cumprimento de obrigações: ou dar incentivos a quem cumpre (*incentives-based regulation*) ou punir quem não cumpre. É aqui que entram as sanções regulatórias. O incumprimento das normas ou injunções regulatórias vinculativas, como é em geral o caso, tem de dar lugar a sanções.

Tal como no Direito administrativo geral, também na área da regulação administrativa as sanções podem ir da advertência à privação de direitos ou vantagens, como suspensão ou perda de licenças ou autorizações, passando pela multa ou sanção pecuniária compulsória. Não estão excluídas as sanções penais, cuja aplicação porém só pode caber aos tribunais, pois implicam ou podem implicar penas de privação da liberdade, e que por isso ficam fora do âmbito da regulação administrativa.

Obviamente, também pode haver situações de “normas imperfeitas”, desprovidas de sanção efetiva, em que a consequência do seu incumprimento pode consistir somente no “*naming and shaming*” (exposição pública dos incumpridores).

As autoridades reguladoras gozam de em geral de grande poder discricionário na seleção e grau das sanções aplicadas, sendo essa uma das características do direito administrativo regulatório. Todavia, para além dos limites ou imposições legais, há ainda aplicação do princípio da proporcionalidade, que é um princípio geral do Estado de direito.

A este propósito, a teoria da “*responsive regulation*” (Ayres e Braithwaite: 1992), veio propor uma estratégia de aplicação gradual das sanções, da mais leve para a mais pesada, de acordo com um regra de “subsidiariedade” das reações sancionatórias, só sendo de aplicar sanções mais graves se as menos graves se mostrarem ineficazes, de acordo com uma “pirâmide” de sanções regulatórias (*regulatory enforcement*), tendo na base as sanções mais leves, e logo as mais frequentes, e no topo as sanções mais pesadas. Todavia, a tese foi contestada pelo seu gradualismo sancionatório esquemático, não havendo por exemplo nenhuma razão

para começar com sanções leves para infrações graves (cfr. sobre esta crítica Baldwin, Cave e Lodge: 2012).

Uma outra perspectiva foi trazida pela teoria da “*risk-based regulation*” (Black: 2008), que defendeu que o regulador não deve preocupar-se tanto com punir a infração das regras em si mesmas mas sim com as suas consequências quanto aos objetivos da regulação. Assim, no setor financeiro só seriam de sancionar as ações que pusessem em risco a estabilidade do sistema financeiro. A teoria serviu de inspiração à redução da carga regulatória que predominou entre os anos oitenta do século passado e que estava na origem da crise financeira de 2008.

d) Funções parajurisdicionais

Excepcionalmente, as autoridades de regulação podem ser dotadas de competências de tipo parajurisdicional, nomeadamente a resolução de conflitos entre regulados ou a apreciação e de queixas dos consumidores contra os operadores regulados. Tal é entre nós o caso, aliás com base constitucional (CRP, art. 37.º, n.º) da efetivação do direito de resposta pela autoridade de regulação dos média, conferindo a esta o poder de apreciar as queixas dos interessados e de condenar os meios de comunicação visados a efetuar a publicação da resposta.

Quando impliquem uma decisão vinculativa da autoridade reguladora, tais funções só não colocam um problema de incompatibilidade com o princípio da separação de poderes -- por invasão da função judicial, a quem compete dirimir os conflitos entre particulares, como são as empresas e os consumidores -- na medida em que as decisões das autoridades reguladoras não podem ser consideradas como decisões judiciais, mas sim sempre como decisões administrativas, sujeitas por isso a recurso judicial, se ilegais.

As objeções desaparecem, porém, quando o litígio entre operadores ou entre estes e os consumidores tiver por base o incumprimento de uma obrigação regulatória por parte dos regulados, como sucede no referido caso do direito de resposta na comunicação social.

e) Funções complementares

Por vezes as autoridades de regulação são incumbidas de funções complementares, sem natureza regulatória. Por exemplo, entre nós cabe à autoridade reguladora das telecomunicações a gestão do espectro radioelétrico, exemplo típico de administração operacional. Outros exemplos são a cooperação na função legislativa em relação ao respetivo setor regulado, ou a representação internacional do Estado em organizações ou conferências internacionais que tratem do respetivo setor.

Caso especial é o do exercício de funções em matéria de defesa da concorrência no respetivo setor, quer em substituição da autoridade da concorrência, quer em concorrência com ela, quer em cooperação com a mesma. Como se verá, porém, a regra entre nós é a estrita separação de funções entre as autoridades reguladoras e a autoridade da concorrência nessa matéria.

As funções não regulatórias devem considerar-se excecionais e só devem admitir-se por razões de conexão ou de instrumentalidade com a função reguladora.

6.4. Estratégias de regulação

Quanto ao grau de regulação, é usual a distinção entre “regulação dura” (*hard regulation*) e “regulação leve” (*soft regulation* ou *light-handed regulation*). Como o nome diz, a primeira traduz-se no uso de instrumentos fortes de intervenção regulatória, incluindo normas regulamentares, supervisão intensa e aplicação de sanções. A segunda forma designa a regulação levada a cabo com instrumentos menos intrusivos da atividade regulada, nomeadamente por via de recomendações e advertências.

Os autores que compartilham uma perspetiva neoliberal da regulação enfatizam a distinção entre a “regulação imperativa”, que designam como “*command-and-control*”, e a “regulação flexível”, menos impositiva e mais baseada em “princípios”, recomendações e incentivos, que consideram preferível, por ser menos intrusiva na liberdade económica e no mercado.

Todavia, a crise financeira de 2008 veio provocar o descrédito das teorias da regulação “*light-handed*”, pelo menos no setor financeiro, por terem ignorado os riscos dos produtos mais recentes dos serviços financeiros (produtos estruturados,

“*hedge funds*”, etc.) e de terem contribuído assim para a eclosão da crise (“falhas regulatórias”).

Como foi já referido *supra* a propósito da função sancionatória, outra perspectiva sobre a estratégia regulatória é a representada pela obra de Ayres e Braithwaite de 1992 (*Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press), que defende uma estratégia gradativa, sequencial, de modos e de instrumentos regulatórios, começando pelos menos intrusivos ou invasivos da autonomia dos regulados e adotando depois, em caso de insucesso, modos e formas gradualmente mais fortes.

Os referidos autores utilizam duas dimensões para aplicar a estratégia da regulação gradativa, designadamente quanto ao formato regulatório – que vai desde a autorregulação publicamente reconhecida, passando pela corregulação, até à regulação pública direta – e quanto às formas de *enforcement* – que vão desde a advertência, passando pelas multas, pela suspensão ou retirada de licenças, até às sanções criminais. No fundo, trata-se de uma estratégia que obedece a um princípio de subsidiariedade das formas mais fortes de regulação em relação às formas mais “fracas”. Só quando estas se revelem ineficazes é que se deve recorrer a formas mais fortes, subindo ao longo da escala.

Para facilitar a compreensão da estratégia gradativa, o autor desenha duas pirâmides, tendo na base respetivamente as formas de autorregulação e as sanções mais leves e tendo no topo da pirâmide respetivamente a regulação estadual direta e as sanções criminais. A escolha da figura da pirâmide revela imediatamente que as medidas mais frequentes devem ser as da base da pirâmide, ou seja, as formas mais fracas de regulação e que as do topo só podem ser usadas a título excepcional e subsidiário.

Todavia, esta proposta de estratégia regulatória presta-se a objeções bem óbvias. Primeiro, se pode ser defensável um princípio de proporcionalidade na utilização das formas e dos instrumentos regulatórios, já nada justifica o princípio da subsidiariedade e de preferência geral pelas formas mais fracas de regulação em qualquer circunstância.

Em segundo lugar, essa perspectiva gradativa aumenta extraordinariamente a discricionariedade das autoridades de regulação em prejuízo da previsibilidade e da insegurança regulatória.

6.5. Procedimentalização da regulação

As modernas teorias da ação pública, especialmente no caso da atividade administrativa, tradicionalmente isenta de regras procedimentais e de hostil à participação dos interessados, acentuam a importância da sua procedimentalização, através de sucessivas etapas ou fases, desde o projeto até à decisão final, incluindo a preparação das decisões (custo e impacto), a transparência da ação administrativa e a participação dos interessados.

Essas preocupações assumem especial importância na administração regulatória, por duas razões fundamentais. Primeiro, por ela ser levada a cabo, muitas vezes, por autoridades reguladoras independentes ou por entidades de autorregulação delegadas, não sujeitas ao princípio representativo nem a controlo parlamentar direto, carecendo por isso de legitimidade democrática. Segundo, por a administração regulatória dispor em geral de amplos poderes discricionários, na formulação de normas e na sua implementação e na aplicação de sanções e poder afetar seriamente a esfera de liberdade económica dos regulados.

Foi por isso que nos Estados Unidos, a vaga de criação de autoridades reguladoras independentes, nos anos trinta do século XX, dotadas de grande liberdade de ação dados os termos amplos do seu mandato legislativo, conduziu ao fortalecimento das exigências procedimentais da atividade regulatória, estando na origem da aprovação do código de procedimento administrativo (*Administrative Procedure Act*, APA, de 1946).

Na Europa, a passagem para o Estado regulador e para a criação de autoridades reguladoras dedicadas veio encontrar já a Administração em geral submetida a códigos de procedimento administrativo preexistentes (não assim no caso português, dado que o CPA só surgiu em 1991, apesar de previsto desde a Constituição de 1973). Todavia, a administração regulatória foi sujeita a exigências procedimentais adicionais, mais exigentes do que as da demais ação administrativa, como sucede entre nós com o procedimento regulamentar das autoridades reguladoras, obrigatoriamente sujeito a uma fase de consulta pública, o que não sucede no

procedimento regulamentar geral, segundo o Código de Procedimento Administrativo (arts. 117º e 118º), pois nunca foi regulada nem tornada obrigatória a consulta pública prévia aí prevista.

6.6. Problemas da regulação

6.6.1. Custos da regulação

A regulação implica dois tipos de custos: os custos financeiros propriamente ditos e os custos do impacto regulatório sobre a liberdade económica e a concorrência.

Os primeiros são fáceis de contabilizar. São os encargos com as autoridades reguladoras (instalações, equipamentos, pessoal, dirigentes), que podem recair sobre os contribuintes ou sobre os regulados, conforme o sistema de financiamento das autoridades reguladoras. E são os encargos para os regulados, com o cumprimento das obrigações regulatórias (obrigações de informação, montagem de sistemas de controlo internos, financiamento das autoridades reguladoras).

São menos suscetíveis de cálculo os possíveis custos da regulação sob o ponto de vista das limitações à liberdade de ação empresarial e à concorrência. Mas podem ser consideráveis as perdas de oportunidade de investimento e de inovação, entre outros.

Muitas vezes o que está em causa não é a existência ou não de regulação mas uma regulação excessiva e descalibrada, e logo desproporcionadamente onerosa.

Por isso, toda a iniciativa regulatória pressupõe uma ponderação entre os custos e os benefícios da regulação, sendo obviamente de exigir um saldo positivo, em termos de vantagem da regulação quanto à eficiência e estabilidade económica e quanto a outros objetivos da regulação, como a equidade social resultante da regulação dos SIEG, em relação aos custos.

Instrumentos como a avaliação de impacto financeiro e regulatório dos regimes regulatórios podem ser de uma grande valia na apreciação *ex ante* dos custos da regulação. Mas, como é evidente, tal como os custos da regulação importa avaliar os *custos da não regulação*.

6.6.2. Falhas de regulação

Se a regulação visa remediar falhas de mercado, a verdade é que ela mesma pode incorrer em falhas de regulação. Normalmente usada para designar erros de regulação, a noção de falhas de regulação deve abarcar desde logo os casos de excesso de regulação e de défice de regulação.

Deve distinguir-se as falhas do regime regulatório, que são da responsabilidade do legislador, e as falhas da ação regulatória, que são da responsabilidade dos reguladores. Os excessos e défices de regulação podem verificar-se em relação a estas duas fases da regulação, *lato sensu*. Muitas vezes, de resto, acumulam-se, em vez de se compensarem. Assim, no caso da regulação financeira antes da crise de 2008 é hoje claro que se acumulou défice de regulação legislativa com o laxismo da ação regulatória.

Tal como em toda a ação legislativa e administrativa, são em certa medida inevitáveis as falhas de regulação. Mas há meios de atenuar o risco de elas ocorrerem quer na fase de conceção do regime regulatório, quer na sua implementação. Quanto à primeira, instrumentos como o dos “livros verdes”, da consulta pública, da avaliação de impacto regulatório podem ser obviamente muito úteis. E quanto à segunda, instrumentos como a avaliação periódica por entidades independentes e o *regulatory review* ao fim de um certo período, são meios indispensáveis para manter a situação sob controlo.

6.6.3. A captura regulatória

As chamadas teorias “realistas” ou “positivas” da regulação sempre advertiram para o risco, para não dizer inevitabilidade, da captura regulatória, ou seja, da capacidade dos regulados colocarem os reguladores aos serviços dos seus interesses, em vez do interesse público.

Mas não tem de ser assim. Por um lado, a administração reguladora não se distingue essencialmente de outros domínios da ação administrativa onde se movimentam poderosos interesses privados (contração pública, obras públicas, subsídios públicos, etc.). Por outro lado, o regime das autoridades reguladoras independentes está justamente concebido para assegurar a independência dos reguladores face aos regulados. Aí se contam o procedimento especial de seleção e

nomeação, os requisitos pessoais dos reguladores, as incompatibilidades durante e após o cargo, a eliminação de conflitos de interesse, a transparência e procedimentalização da ação regulatória (consultas públicas, etc.), a vigilância de outros *stakeholders* (como os consumidores), os mecanismos de *accountability* (relatórios anuais, etc.), o escrutínio direto do parlamento. Em geral trata-se de traços específicos da administração regulatória, que não valem para outras áreas da ação administrativa.

6.6.4. Da *better regulation* à *smart regulation*

Embora a problemática da *better regulation* tenha um espectro mais amplo do que a regulação pública da economia, aplicando-se, no fundo, a toda a ação legislativa e administrativa com impacto externo, ela toca também, como não poderia deixar de ser, a regulação em sentido mais estrito.

Os conceitos de «reforma da regulação» (*regulatory reform*), «política da regulação» (*regulatory policy*), «melhor legislação» (*better regulation*) e «regulação inteligente» (*smart regulation*) partilham uma história e objetivos comuns, aparecendo em cena pela ordem com que foram aqui enunciados. Por todos eles perpassa a ideia de melhorar a qualidade da regulação, de tornar o seu processo de produção mais aberto e participado, de incentivar a avaliação *ex ante* dos seus impactos, nomeadamente através dos estudos de avaliação de impacto legislativo (*regulatory impact assessment*), de reduzir os encargos administrativos e financeiros que dela possam resultar para os cidadãos e para as empresas, através de medidas de simplificação, e finalmente de avaliar (*ex post*) os resultados da regulação.

Embora em 1995 o conceito de «reforma da regulação», utilizado pela OCDE (cfr. *Relatório para a Reforma da Regulação*, OCDE: 2007), trouxesse consigo também, como ideia forte, a necessidade de alguma desregulação da atividade económica no seu conjunto, essa ideia foi perdendo força nas expressões que se lhe seguiram a favor a qualidade e da simplificação da regulação, mais ainda quando a atual crise financeira veio mostrar o défice de regulação particularmente dos mercados financeiros.

O conceito e a política de melhoria da legislação, sob a designação de *better regulation*, foi introduzido pela Comissão Europeia em 2002, com o objetivo de

modernizar e simplificar o ciclo legislativo. Na sua Comunicação de 2010 (COM (2010) 543) a Comissão substituiu o conceito de *better regulation* pelo de *smart regulation*. Com este novo conceito, a Comissão Europeia pretendeu deixar claro que a política para uma «regulação inteligente» tem de cobrir todo o ciclo de vida da legislação, desde a opção política por legislar (e a consideração de alternativas) e a conceção de um diploma legislativo até à sua transposição, aplicação, avaliação e revisão. Particular importância foi conferida nesta nova abordagem à avaliação *ex post*, sublinhando-se a importância de ela não incidir apenas sobre diplomas individuais mas antes ter conta objetivos estratégicos e políticas no seu conjunto. Para esse efeito a Comunicação da Comissão refere-se aos «balanços de qualidade» (*fitness checks*), os quais «permitirão avaliar se o quadro normativo num domínio de intervenção serve o objetivo visado e, em caso negativo, quais as alterações a introduzir». Para além disso, considerando o objetivo de dar atenção a todos os fatores que prejudicam a eficácia e eficiência da legislação, destaca-se ainda a importância de melhorar os mecanismos de consulta, incentivando a participação e a clareza (*plain language*) e acessibilidade da legislação. (Sobre as políticas da *better e da smart regulation* na UE e nos Estados-membros cfr. em especial Basilica e Barazzoni (2012), *Verso la Smart Regulation in Europa* (Roma: Maggioli).

É claro que o que se afirma para a legislação da União Europeia em geral vale para toda a regulação económica, seja ela feita através de legislação propriamente dita ou de outros instrumentos regulamentares.

7. Os reguladores

7.1. Formatos regulatórios

A regulação pública das atividades económicas pode ser efetuada por diferentes categorias de entidades reguladoras, isoladamente ou em conjunto, ou em diferentes formas de cooperação. Todo o sistema de regulação implica a escolha da(s) entidade(s) responsável(eis) pela regulação, a definição do respetivo formato organizatório e das competências da(s) mesma(s).

Também aqui as opções são variadas, dependendo, entre outros fatores, das tradições administrativas, em geral e do setor em particular; da existência ou não de

concorrência; da importância do serviço, designadamente da sua qualificação como serviço público; e do sistema de gestão privada adotado (concessão, arrendamento, mero *contracting out*, etc.).

Importa distinguir à partida os formatos de autorregulação (regulação delegada a organismos dos próprios regulados) e os de heterorregulação estadual da economia. Aliás, como se verá, ambos surgem em geral articulados no mesmo formato regulatório, com divisão de tarefas entre um e outro. A autorregulação é quase sempre parte de um formato de coregulação.

Dois modelos costumam ser apontados à regulação, quando a cargo do próprio Estado (heterorregulação): o sistema em que a autoridade administrativa geral funciona também como autoridade reguladora (sistema da “regulação integrada”); e o sistema das autoridades reguladoras especializadas, separadas da autoridade administrativa geral (sistema da “regulação dedicada”), muitas vezes dotadas de assinalável independência orgânica e funcional (autoridades reguladoras independentes). Este último sistema é oriundo dos Estados Unidos, onde tem uma tradição de mais de um século, e tem vindo a multiplicar-se na Europa, como foi referido, justamente para a regulação dos setores correspondentes aos serviços financeiros e dos antigos serviços públicos económicos entretanto liberalizados.

De facto, uma das particularidades do movimento regulador no Estado pós-intervencionista é a tendência para a homogeneidade internacional, por efeito de uma espécie de “efeito de imitação”, que leva a reproduzir em sucessivos países, sem grandes alterações, o modelo experimentado nos países de referência. Daí o predomínio universal das autoridades reguladoras independentes hoje em dia.

Entre nós, existe uma grande variedade nos modelos regulatórios. Muitas vezes a competência regulatória mantém-se na administração departamental direta correspondente à área a regular (direções-gerais). Outras vezes, a autoridade reguladora está investida num organismo da “administração direta do Estado, segundo o modelo clássico dos institutos públicos (por exemplo, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, relativamente à supervisão das atividades de inspeção dos veículos, ou da realização de exames de condução). Noutras, finalmente, ela assume o formato de autoridade administrativa independente (o caso

da CMVM e da ERSE), as quais aliás estão longe de obedecer a um modelo único quanto ao seu estatuto de independência e quanto ao seu regime institucional.

Note-se, porém, que a existência de autoridades reguladoras especializadas não implica por vezes o monopólio da competência regulatória, que pode ser partilhada por outros organismos, nomeadamente o departamento administrativo competente da Administração central, como acontece entre a ERSE e a Direção-Geral de Energia ou entre a ERS a Direção-Geral de Saúde e as Administrações Regionais de Saúde.

Tipicamente podem configurar-se as seguintes modalidades de regulação quanto ao tipo de reguladores, indo das formas menos “governamentais” para as mais “governamentais”:

- regulação espontânea e voluntária por entidades privadas, nomeadamente pelos próprios regulados a título individual ou coletivo (autorregulação privada);
- autorregulação oficialmente reconhecida, efetuada por entidades de autorregulação privadas;
- autorregulação oficialmente imposta e oficialmente definida (*enforced self-regulation*), efetuada em geral por entidades de autorregulação oficiais (dotadas de estatuto de direito publico, como as ordens profissionais entre nós);
- regulação pública por autoridade reguladora independente;
- regulação pública por autoridade reguladora dependente (instituto público sob tutela governamental);
- regulação pública direta por autoridade governamental.

Na prática, cada “formato regulatório” concreto é uma acumulação ou conjugação dos diferentes níveis indicados, quer através de formas de regulação conjunta por autoridades públicas e por organizações de autorregulação (corregulação), quer por controlo de umas formas por outras, nomeadamente a “autorregulação delegada”, em que as entidades de autorregulação estão sob controlo de autoridades públicas ou do Governo diretamente, como sucede com a autorregulação profissional oficial.

O quadro seguinte ilustra graficamente as várias possibilidades, excluída a autorregulação individual pelos próprios operadores económicos.

Formatos regulatórios

<i>Estatuto da regulação</i>	<i>Formatos regulatórios</i>	<i>Autoridades reguladoras</i>
Regulação privada	Autorregulação privada	Organizações privadas
Regulação pública	Autorregulação oficial	Organizações de direito privado
		Organizações de direito público
	Regulação a cargo do próprio Estado (heterorregulação)	Administração direta
		Administração indireta (institutos públicos)
	Autoridades reguladoras independentes	

7.2. A regulação governamental

O que caracteriza a função reguladora no Estado regulador é, antes de mais, a especialização regulatória, que consiste na autonomização da função reguladora como tarefa administrativa própria, mediante a criação de entidades reguladoras dedicadas, com funções exclusivamente regulatórias. A exceção costuma ser a dos bancos centrais, quando dotados de funções de regulação financeira, como sucede entre nós com o Banco de Portugal.

Tradicionalmente, no Estado intervencionista, a regulação pública da economia não dispunha de autonomia como tarefa pública. Em geral estava a cargo diretamente do Governo ou da Administração dele direta ou indiretamente dependente, no caso português protagonizada respetivamente pelas direções-gerais e inspeções-gerais dos ministérios e pelos institutos públicos, sujeitos a tutela e superintendência governamental, ou seja ao controlo e às orientações do Governo.

Por vezes, a regulação pública das atividades privadas competia aos próprios operadores económicos públicos, que cumulavam as suas tarefas empresariais com a função regulatória das atividades privadas adjacentes, como sucedia com a PT em relação à homologação dos aparelhos telefónicos.

Era em geral desconhecida a regulação por entidade independente. Mesmo quando surgiram as primeiras autoridades reguladoras dedicadas, elas começaram por revestir a forma de instituto público (institutos públicos reguladores), como sucedeu com o Instituto dos Seguros de Portugal (ISP) e com o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), só posteriormente transformados em autoridades reguladoras independentes. E ao longo do tempo o mesmo sucedeu com vários outros institutos reguladores públicos, que ainda hoje mantêm esse estatuto, como o Instituto Nacional da Aviação Civil (INAC).

7.3. A regulação independente

7.3.1. A origem das autoridades reguladoras independentes

Como se viu, nas três últimas décadas, verificou-se uma tendência geral nos países europeus em matéria de regulação, seguindo a tradição norte-americana de mais de um século, para confiar as tarefas regulatórias a entidades públicas largamente independentes do Governo e da Administração direta do Estado (*autoridades reguladoras independentes*).

Em geral, tais entidades são caracterizadas, entre outras coisas, pelos seguintes traços essenciais:

- dedicação exclusiva à função reguladora;
- grande independência e discricionariedade no seu mandato legal;
- procedimento especial de designação dos reguladores;
- fortes incompatibilidades funcionais dos reguladores;
- estabilidade do mandato dos reguladores, o qual tem duração superior à legislatura e ao mandato dos governos, não podendo os reguladores ser destituídos antes do seu termo, salvo por falta grave;
- autonomia no exercício das funções reguladoras, não estando os reguladores sujeitos a ordens, instruções, nem a diretrizes ou orientações do Governo;
- natureza definitiva das suas decisões, que só podem ser impugnadas junto dos tribunais, não podendo ser revistas pelo Governo;
- substancial autonomia na gestão financeira, incluindo recursos financeiros próprios, por meio designadamente de contribuições dos regulados (princípio do “regulado pagador”);

- *accountability* direta perante o Parlamento.

Também em Portugal se manifestou essa tendência. Depois da consagração legal da independência do Banco de Portugal (entidade reguladora das instituições de crédito), da criação da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), respetivamente em 1991 e 1995, foram posteriormente reconvertidos como autoridades reguladoras independentes o Instituto dos Seguros de Portugal (ISP) e a Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM), antigo Instituto das Comunicações de Portugal (ICP). Mais tarde, já no presente século, foi criada a Autoridade da Concorrência (AdC), igualmente qualificada como entidade reguladora independente, e a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) e a Entidade Reguladora de Águas e Resíduos (ERSAR).

No entanto, esta orientação não se generalizou a todas entidades reguladoras setoriais, algumas das quais ainda mantêm o regime legal dos institutos públicos tradicionais (por exemplo, as autoridades reguladoras do setor dos transportes).

Do que se trata nas autoridades reguladoras independentes é de uma “desgovernamentalização” da regulação, de uma clara separação de funções entre, por um lado, os órgãos políticos do Estado, nomeadamente parlamento e o Governo – que devem estabelecer, respetivamente, os quadros legislativos e as linhas estratégicas da atividade reguladora – e, por outro lado, a atividade reguladora em si mesma, que consiste na regulamentação “secundária” do quadro legal e na implementação do mesmo, mediante as pertinentes ações de supervisão e sancionamento das infrações ao referido quadro regulatório.

7.3.2. Fundamentos da independência regulatória

Quais são os fundamentos da regulação independente? Porquê isentar as entidades reguladoras do poder de orientação e controlo do Governo, que é por definição o órgão supremo de toda a Administração pública e que deve responder por ela perante o parlamento?

As razões que se advogam a favor da independência das autoridades reguladoras são muito variadas. Sem pretensão de as esgotar, importa destacar as seguintes:

a) Desgovernamentalização da atividade reguladora

No paradigma, hoje dominante, da desintervenção do Estado na esfera económica, entende-se que, mesmo quando é imprescindível manter a regulação pública da economia, esta não deve pertencer ao Governo, para assim acentuar a separação entre a política e a economia.

b) Favorecer o profissionalismo e a neutralidade política

Na mesma linha do argumento anterior, defende-se que a regulação é essencialmente uma questão técnica, devendo ser confiada a especialistas e estar tão afastada quanto possível da disputa política. Isso favorece o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de pessoal político, dando garantias de maior neutralidade e objetividade da atividade reguladora.

c) Assegurar a estabilidade e segurança do quadro regulatório

A independência em relação ao Governo assegura que o quadro regulatório não depende do ciclo eleitoral das mudanças de governo, dada a inamovibilidade do mandato dos reguladores e a sua autonomia de ação. Desse modo procura favorecer-se a confiança dos agentes económicos em relação ao ambiente regulatório, que fica a coberto de mudanças imprevisíveis.

d) Separar o Estado-empresário do Estado regulador

Em vários dos setores regulados, apesar das privatizações e da liberalização, o Estado continua a ter uma intervenção direta considerável, através de empresas públicas ou de participação no capital dos operadores, por vezes em posição dominante. Nesses casos importa separar cuidadosamente as funções estaduais de operador económico e de regulador, de modo a assegurar a imparcialidade e igualdade de tratamento do regulador em relação aos operadores públicos e privados. Isso é particularmente relevante no caso das indústrias de rede (telecomunicações por fio ou cabo, eletricidade, gás natural, transportes ferroviários, etc.), em que importa garantir igualdade de condições de acesso às redes por parte de todos os operadores (nomeadamente quanto às tarifas pela respetiva utilização).

e) “Blindagem” contra a captura regulatória

Um dos maiores perigos da regulação consiste, com se viu antes, na possibilidade de o regulador ser “capturado” pelos regulados, transformando-se numa forma de autorregulação por meio de entreposto regulador. Por isso, a criação de reguladores independentes, afastados das constrações próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, tende a proporcionar melhores condições para resistir às eventuais pressões dos regulados do que sucederia em relação a serviços da Administração direta ou indireta, no sentido de infletir a regulação em seu proveito.

f) Facilitar o autofinanciamento

A independência orgânica e funcional das autoridades reguladoras facilita a sua independência financeira, quer quanto às fontes de financiamento (financiamento endógeno, através de taxas dos seus próprios serviços, ou do produto das sanções pecuniárias que aplique ou de contribuições obrigatórias das entidades reguladas), quer quanto à gestão financeira (que pode mesmo incluir uma autonomia superior à dos chamados “fundos e serviços autónomos”). Essa autonomia financeira, por sua vez potencia a independência tanto em relação ao Governo quanto em relação aos regulados.

7.3.3. Independência em relação às atividades reguladas

Quando se fala em regulação independente pretende-se normalmente dizer *independente em relação ao Governo*. Mas as autoridades reguladoras, sejam ou não independentes nesse sentido, devem ser sempre *independentes em relação aos interesses regulados*. Esta vertente é tanto ou mais importante do que a independência em relação ao Governo.

Entre os mecanismos destinados a garantir essa outra vertente da independência e a minorar os riscos da captura regulatória, contam-se principalmente os seguintes:

a) Escolha dos reguladores

A principal garantia da independência está na personalidade dos membros do órgão regulador. Quanto mais autoridade pessoal e prestígio tiver o regulador no meio a regular, mais segura está a sua independência em relação às pressões externas. Por isso a lei deve definir adequadamente os requisitos pessoais e o método de designação dos membros do órgão regulador. Normalmente exige-se entre nós a nomeação conjunta pelo Ministro da área em causa e do Primeiro-Ministro ou designação em Conselho de Ministros. A divulgação do currículo dos nomeados e uma prévia apresentação dos indigitados perante a comissão parlamentar competente poderiam ajudar a reforçar uma imagem de independência e a prevenir a escolha de pessoas inidóneas para a função.

Em muitos países, os reguladores independentes são indigitados pelo executivo (Governo ou Presidente), mas sob controlo do parlamento. Nos Estados Unidos, os reguladores são nomeados pelo Presidente, sob confirmação dos nomeados pelo Senado. Em vários regimes parlamentares europeus, os reguladores são em geral nomeados pelo Governo, precedendo audição pública dos indigitados pelo parlamento.

b) Inelegibilidades, incompatibilidades e impedimentos

Este género de mecanismos reveste uma grande variedade, que incide em três fases distintas: primeiro, vedar a designação de quem tenha ligações comprometedoras ou interesses em entidades sujeitas à jurisdição regulatória da autoridade em causa; segundo, interditar qualquer conflito de interesses dos reguladores com as entidades reguladas (por exemplo, proibição de deter participações sociais nas empresas em causa); terceiro, impedimento de os reguladores poderem passar para o serviço dos regulados logo após a cessação do seu mandato (“quarentena”). A independência partidária, pelo menos a não participação em atividades partidárias, deveria também fazer parte das exigências deontológicas do regulador independente.

c) Garantias de transparência e participação procedimental pública

O melhor antídoto contra a captura regulatória é a transparência de procedimentos, a participação de todos os interessados no processo regulatório (a começar pelas opções reguladoras adotadas), sobretudo quanto tenham sido contestadas na fase procedimental. Importante pode ser também a obrigatoriedade de apresentação de um relatório anual público sobre a atividade reguladora efetuada, tanto mais eficaz quanto ele possa vir a ser discutido pelas comissões parlamentares competentes.

d) A participação dos utentes/consumidores

O risco de captura regulatória vem naturalmente dos operadores sujeitos à regulação. Por isso um dos melhores antídotos é a participação institucional da outra parte interessada na atividade da autoridade reguladora. Trata-se naturalmente dos utentes ou consumidores correspondentes. Entre nós a sua participação tem lugar normalmente em conselhos consultivos dentro das autoridades reguladoras, ou por vezes em conselhos tarifários tripartidos. A sua intervenção é decisiva em todos os procedimentos regulatórios, nomeadamente os que têm a ver com a fixação de tarifas ao consumo, regulamentos de qualidade e segurança, tratamento das queixas dos clientes, etc.

7.3.4. Independência com responsabilidade pública

Num Estado de direito democrático não pode haver independência sem responsabilidade pelo exercício dos cargos públicos. A “*accountability*” (dar conta pública da atividade) é uma exigência básica de todo o poder público da conceção republicana de governo. Um défice de responsabilidade (“*accountability gap*”) pode pôr em causa a legitimidade das autoridades reguladoras independentes.

Por isso a independência das autoridades reguladoras implica os necessários mecanismos de responsabilidade. Entre os mais importantes contam-se os seguintes:

a) Rigorosa definição do mandato da autoridade reguladora

A primeira condição da responsabilidade é a delimitação precisa da esfera de atribuições da autoridade reguladora. Essa definição cabe à lei instituidora. Nada mais pernicioso para a responsabilidade de um organismo público do que as dúvidas sobre as fronteiras da sua esfera de ação e dos seus poderes, as quais geram conflitos de competência e diluem a responsabilidade. Um mandato claramente delimitado, quanto a atribuições, competências e poderes, é a primeira condição da responsabilidade.

b) A transparência e a publicidade

A garantia mais importante da responsabilidade pública é a própria abertura pública do exercício do poder. A “arcana praxis” (secretismo do poder) é o maior inimigo da responsabilidade. Por isso, a divulgação de todos os dados relevantes, o prévio anúncio público dos projetos de regulamento e das mais relevantes medidas regulatórias, a “democracia procedimental” (intervenção de todos os interessados no procedimento decisório), a justificação das decisões adotadas, tudo isto são requisitos elementares da transparência. Ela deve começar logo no “website” da autoridade reguladora.

c) O relatório regular da atividade regulatória

A lei deve impor à autoridade regulatória a elaboração de um relatório anual da atividade regulatória (que não deve confundir-se com o normal relatório de atividade de gestão e das contas da entidade), que deve ser especificamente remetido ao Governo e à comissão parlamentar competente e deve ser igualmente publicado. Esse é um dos mais visíveis meios de “prestação de contas”.

d) O escrutínio da comissão parlamentar competente

A independência das autoridades reguladoras não as torna imunes ao acompanhamento parlamentar. Nos Estados Unidos, esse é um dado essencial das “comissões reguladoras independentes”. Os presidentes das autoridades reguladoras devem poder ser solicitados a comparecer perante as respectivas comissões

parlamentares, para esclarecer ou explicar qualquer iniciativa ou medida regulatória. Um escrutínio parlamentar a nível de comissão parlamentar – menos politizado e mais “técnico” – pode ser uma “compensação” apropriada para a ausência de tutela governamental.

e) A sanção das faltas graves

Embora a inamovibilidade seja uma das garantias da independência, é geral a admissão de que ela tem de ceder em caso de infrações graves por parte dos membros das autoridades reguladoras. Todos os estatutos preveem essa possibilidade. Nesses casos, e precedendo adequado processo de averiguação, o Governo pode dissolver o órgão regulador (em caso de responsabilidade coletiva) ou destituir individualmente os membros prevaricadores. Em última instância, em caso de reiterada “*misconduct*”, resta a solução radical da extinção da autoridade reguladora.

f) Controlos transversais gerais

Independentemente desses mecanismos específicos de “*accountability*”, as autoridades reguladoras independentes não estão isentas dos controlos gerais da atividade pública, nomeadamente dos exercidos pelos tribunais (impugnação contenciosa das suas decisões, em caso de ilegalidade), pelo Tribunal de Contas (quanto à gestão financeira, inclusive a efetivação da responsabilidade financeira) e por outras entidades independentes com competências específicas de controlo do poder público (Provedor de Justiça, Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais, etc.).

7.3.5. Perspetivas de evolução do sistema de regulação independente

As autoridades de regulação independente, *lato sensu*, não têm natureza efémera, sejam as autoridades de defesa da concorrência, de âmbito transversal, sejam as autoridades reguladoras setoriais, de âmbito “vertical”. Vieram para ficar, umas e outras. A própria edificação do mercado único europeu pode necessitar de formas de coordenação das autoridades nacionais homólogas ou mesmo de formas de

integração parcial ou total da função regulatória ao nível da UE. Mas não se perfila no horizonte o desaparecimento das autoridades nacionais, mesmo que conjeturável a longo prazo.

As autoridades reguladoras independentes tornaram-se um elemento essencial da moderna governação das democracias e da economia de mercado. Elas proporcionaram um redimensionamento da administração governamental direta ou indireta (no sentido tradicional), asseguraram uma maior separação entre a esfera da política e a da economia, foram instrumentos essenciais da própria constituição do mercado em muitos setores anteriormente fora da sua lógica, fomentaram uma nova “cultura regulatória”, menos “Estado-dependente”, mais racional e mais objetiva. Com elas o Estado e a economia têm melhor governo.

Por isso será positivo tudo o que melhore a situação presente, no sentido de lhe conferir maior coerência sistémica, harmonizar soluções, eliminar constrangimentos, aumentar a confiança dos agentes económicos e dos consumidores na regulação e nos seus objetivos.

Isso não quer dizer, porém, imutabilidade do atual desenho das autoridades reguladoras independentes entre nós. Por um lado, não é de excluir a concentração de algumas autoridades reguladoras, agregando as que operam em áreas afins, tal como já sucede na energia, nas telecomunicações e serviços postais e nas indústrias ambientais (água e saneamento). A mesma concentração poderia ocorrer na regulação dos transportes e dos serviços financeiros. De facto na área dos serviços financeiros, em que existem três autoridades de regulação, uma para cada um dos setores (banca, seguros e valores mobiliários), poderia discutir-se a opção por um regulador único (como no Reino Unido) ou um sistema dualista de separação funcional entre a regulação prudencial e a regulação comportamental (modelo *twin peaks*).

Antes da crise de 2008 este último modelo parecia ser a opção política, mas entretanto foi abandonado, sem justificação.

7.4. A autorregulação

7.4.1. O conceito de autorregulação

Numa formulação simplista, autorregulação é a regulação conduzida pelos próprios destinatários da regulação (ou seja, os regulados). Aplicada à economia, a autorregulação significa a regulação dos mercados, das empresas, das profissões, etc., pelos próprios agentes económicos interessados, em oposição à heterorregulação, enquanto regulação exógena efetuada pelo Estado. O traço identitário da autorregulação consiste na coincidência entre reguladores e regulados, entre titulares e destinatários da regulação.

São três os elementos típicos essenciais da noção de autorregulação. Em primeiro lugar, ao contrário do *conventional wisdom*, a autorregulação é uma forma de regulação e não a ausência desta. Como forma genuína de regulação, a autorregulação distingue-se da velha noção liberal da “autorregulação do mercado”, que, essa sim, era o contrário da regulação. Em segundo lugar, a autorregulação é uma forma de regulação não estadual (o que não significa que não seja uma forma de regulação pública, como veremos mais à frente). Por último, a autorregulação é uma forma de regulação coletiva (e não individual), sendo conveniente distinguir a autorregulação em sentido próprio em relação à autocontenção ou autodisciplina de cada profissional, agente económico ou empresa. A autorregulação pressupõe uma organização coletiva dos regulados (associação, comissão representativa ou outra) que estabelece, impõe e fiscaliza um conjunto de regras impostas aos seus membros. Para cada regulado individualmente considerado a autorregulação também é heterorregulação, na medida em que lhe é imposta de fora.

A autorregulação pode ser de natureza privada ou de natureza pública, conforme se trate de autorregulação espontânea de um determinado grupo de agentes económicos por meio de normas voluntárias e autovinculação voluntária dos destinatários (autorregulação privada), ou se trate de autorregulação oficialmente reconhecida ou imposta pelo Estado. Na primeira hipótese, as organizações autorreguladoras assentam na autodeterminação e autovinculação dos interessados, com base na autonomia privada e na liberdade negocial. Já a segunda modalidade

assenta no reconhecimento oficial pelo Estado da entidade autorreguladora, dotando-a de especiais poderes públicos, normativos e disciplinadores.

A autorregulação não funciona em geral desligada da regulação estadual. Muitas vezes trata-se de autorregulação imposta (*enforced self-regulation*) ou reconhecida pela lei, que estabelece condições de validade e legitimidade da autorregulação. Por isso estamos perante uma situação de “autorregulação regulada”.

7.4.2. Áreas de autorregulação oficial

A principal figura da autorregulação oficial é a das ordens profissionais e outros organismos de representação profissional, oficialmente reconhecidos e dotados de tarefas de regulação. É aquilo que a doutrina designa por *autorregulação profissional, stricto sensu*.

A par dela existem várias outras expressões de autorregulação económica e profissional oficial, designadamente as seguintes:

- a autorregulação das regiões demarcadas vinícolas, através das comissões vitivinícolas regionais, compostas por representantes das organizações profissionais do setor;

- a certificação de denominações de origem agrícolas (além das vitivinícolas), através de organizações profissionais;

- a autogestão das obras de hidráulica agrícola, através das associações de regantes;

- as funções de certificação e credenciação de produtos industriais, através das câmaras de comércio e indústria, ou seja, as associações comerciais e industriais como tais reconhecidas;

- a atribuição da carteira profissional de jornalista, por meio de um organismo de representação interprofissional (a Comissão da Carteira Profissional);

- a regulação de alguns aspetos das bolsas de valores, por meio das associações profissionais intervenientes no mercado de valores mobiliários, etc.

Noutros países existem várias outras áreas em que diversas tarefas de regulação pública são transferidas para a esfera da autoadministração profissional, nomeadamente a regulação e disciplina da caça e da pesca, o ordenamento agrícola, o registo automóvel, o registo de empresas, etc. Uma das instituições mais expressivas da autoadministração profissional em muitos países é a realizada pelas *câmaras de*

comércio, indústria, artesanato e agricultura, que dispõem em muitos países da qualidade de “corporações públicas” (entes públicos de substrato associativo) e que detêm amplíssimos poderes de regulação e administração económica.

A autorregulação traduz-se sempre numa desoneração de tarefas do Estado, que no entanto se mantêm como tarefas públicas oficiais, embora confiadas a entidades extraestaduais, sob sua responsabilidade própria, sujeitas a tutela estadual, ainda que, frequentemente, com um estatuto de entidades de direito público. Em qualquer caso elas deixam de pertencer à esfera da regulação estadual. O Estado alivia-se assim de uma parte das tarefas administrativas, incluindo sob o ponto de vista financeiro, visto que em geral a autorregulação é financeiramente sustentada pelos interessados.

7.4.3. Formas institucionais da autorregulação

As formas jurídicas do desempenho de tarefas reguladoras públicas por entidades não estaduais são as seguintes:

a) as “corporações públicas”, constituídas por ato legislativo, do tipo das ordens e câmaras profissionais, das associações de regantes, etc., que são entes de direito público;

b) os “organismos públicos representativos”, constituídos por ato legislativo, compostos por representantes dos profissionais ou das respetivas associações privadas, podendo ser dotadas ou não de personalidade jurídica (por exemplo, a Comissão da Carteira Profissional dos Jornalistas);

c) as associações de direito privado, reconhecidas oficialmente e credenciadas para o exercício de certas funções regulatórias públicas, como sucede com as comissões vitivinícolas regionais, as associações agrícolas com poderes de gestão e disciplina das “denominações de origem”, etc.

d) as entidades privadas, oficialmente reconhecidas e dotadas de poderes de certificação.

As organizações de autorregulação oficial apresentam uma de duas situações: ou são formas de organização pública de substrato privado, um fenómeno de “estatização” da sociedade, como sucede com as ordens profissionais; ou são formas de exercício de poderes públicos por entidades privadas. Em qualquer caso, a

autorregulação oficial supera a tradicional separação entre a esfera pública e a esfera privada, que era típica do modelo liberal oitocentista.

7.4.4. A "transação" da autorregulação oficial

Sendo necessária a regulação de determinada atividade profissional, como é o caso da maioria das profissões liberais, são vários os modelos disponíveis para realizar tal objetivo. Com efeito, a regulação profissional pode assumir o formato de pura autorregulação (autorregulação privada), de pura regulação estatal (sem autorregulação), de coabitação separada entre (pura) autorregulação e (pura) regulação estatal ou de integração dos dois modelos-base, através de incorporação estatal ou oficialização de mecanismos de autorregulação ou de conjugação de ambos (corregulação).

A distinção entre estes modelos parte da respetiva natureza jurídica. A autorregulação privada resulta da iniciativa dos interessados e diz respeito a organizações puramente privadas, assentes na liberdade negocial e na liberdade de associação. Assenta em regra na autovinculação dos seus membros e tem o seu campo de ação na *soft regulation*, ou seja, no estabelecimento de códigos de conduta, códigos de boas práticas ou códigos deontológicos sem, no entanto, estarem dotados de poderes disciplinares em relação aos não membros.

Dentro da autorregulação oficial encontramos duas formas distintas. Uma é aquela em que os próprios organismos autorreguladores são incorporados na esfera pública, como entidades de direito público. Outro é aquela em que a oficialização da autorregulação se limita às suas normas e à sua atividade regulatória, permanecendo os organismos autorreguladores como entidades privadas.

A autorregulação oficial é, em rigor, *autorregulação regulada*. Ou seja, a autorregulação passa a funcionar no quadro definido pela lei, que lhe pode traçar limites ou impor restrições. Por um lado, trata-se da publicização das instâncias regulatórias privadas, na medida em que passa a existir um controlo ou tutela do Estado (ainda que por vezes bastante ténue). Por outro lado, verifica-se uma autolimitação do Estado, que delega nas instâncias autorreguladoras certas funções e poderes estaduais – um fenómeno de *outsourcing* estadual.

Existe, efetivamente, um arranjo entre Estado e profissões no que respeita à autorregulação oficial, assente numa série de vantagens face aos modelos de

heterorregulação. Com efeito, a autorregulação traz, teoricamente, vantagens ao nível da *eficácia, flexibilidade e economia da regulação*.

Do ponto de vista do Estado, a autorregulação permite desde logo uma desoneração da carga excessiva, tanto política como administrativa e financeira, que lhe caberia caso assumisse essa tarefa. A autorregulação garante também maior eficácia da regulação face ao que sucederia caso fosse o Estado a prosseguir essa tarefa, eficácia que resulta da maior aceitabilidade e observância menos litigiosa das regras por parte dos regulados. A autorregulação permite ainda maior flexibilidade e mais fácil adequação às mudanças de circunstâncias, uma vez que em regra assenta em estruturas mais leves e adota um modelo de atuação mais informal. Acresce que a autorregulação assegura ao Estado um distanciamento face aos regulados, permitindo-lhe reservar a sua atuação para circunstâncias em que sua intervenção seja imprescindível. Outro elemento de relevante vantagem para o Estado passa pela possibilidade de substituição dos instrumentos sancionatórios estatais, por via de regra morosos, onerosos e por vezes inadequados, pela autodisciplina profissional, com maior proximidade e facilidade de investigação e produção de prova. Por fim, registe-se a melhor adequação da autorregulação à crescente diferenciação e complexidade das esferas reguladas, em que é difícil ao Estado adquirir a *expertise* fora do núcleo regulado.

Do ponto de vista da atividade ou corpo profissional regulado, a autorregulação permite evitar a regulação estadual direta, conseguindo níveis de regulação menos intensos ou menos lesivos da liberdade e autonomia económico-profissional/empresarial ou afeiçoando correspondentemente o regime regulatório. Com efeito, esta costuma ser a maior motivação para os profissionais assumirem a tarefa de se controlarem a si próprios, receando que a regulação estatal possa ser mais intrusiva no exercício da sua atividade. Por outro lado, a autorregulação permite adquirir *status* para a própria entidade autorreguladora e seus dirigentes, e logo acréscimo de influência, havendo que acrescentar a capacidade de cativar associados e ampliar os meios financeiros da entidade face a um modelo de pura autorregulação privada. Por fim, a autorregulação permite fomentar a ideia de “responsabilidade social” da profissão ou da atividade autorregulada e melhorar o crédito público da profissão/atividade.

Face a este leque de vantagens recíprocas, importa acrescentar que estas vantagens podem coexistir. Ou seja, ambas as partes, Estado e autorregulados podem sair a ganhar do arranjo autorregulatório. Com efeito, o Estado pode ter de conformar-se com níveis de regulação aquém de ótimos, mas isso pode ser mais do que compensado pela sua maior eficácia e menores custos quantos aos recursos públicos envolvidos. Por outro lado, a entidade autorreguladora pode ter de restringir a sua liberdade de ação e ter de exercer sobre os seus associados poderes de autoridade, incluindo poderes disciplinares, em benefício dos interesses do Estado, mas isso pode ser mais do que compensado pela moderação de intensidade reguladora (quando comparada com a regulação estadual direta que em vez da autorregulação poderia ser estabelecida).

7.4.5. Contraindicações da autorregulação oficial

Mas nem tudo são vantagens na autorregulação oficial. São vários os perigos ou contradições que podem emanar dos esquemas autorregulatórios.

Entre eles está a sobreposição da função de representação de interesses profissionais (por definição interesses particulares privativos) e a função de regulação pública (por definição ligada a defesa do interesse geral), com os seguintes riscos: desvio da função regulatória em benefício próprio; tentação de restringir o acesso à profissão, para reservar o mercado para os profissionais no ativo; consolidação de privilégios profissionais e livre curso ao espírito corporativo, em prejuízo de terceiros; e criação de oligarquias profissionais, em benefício de pequenas minorias e em prejuízo da generalidade dos membros da profissão.

Em segundo lugar, tem sido destacada a tendência da autorregulação para a irresponsabilidade democrática externa dos organismos profissionais e a dificuldade de controlo governamental sobre eles, atendendo ao controlo ténue por vezes assegurada na respetiva delegação de funções. Além disso, é comum apontar-se o dedo à autorregulação no que se refere à responsabilidade por tendências corporativistas para transformar as suas tarefas em meios de restrição de acesso à profissão e de limitação da concorrência, em prejuízo sobretudo dos consumidores, que estão ausente do processo regulatório, ao contrário do que sucede na regulação a cargo do Estado.

Em terceiro lugar, a autorregulação profissional oficial tende a incorrer em restrições à concorrência intraprofissional, através de diversos mecanismos: restrição do acesso à profissão, fixação de remunerações, proibição da publicidade dos serviços profissionais, interdição de associação com profissionais de outros serviços, etc.

Ao contrário da vantagem da eficiência tantas vezes mencionada, são várias as críticas feitas à dificuldade (ou falta de vontade) em os organismos profissionais imporem aos seus membros restrições dispendiosas em favor do interesse geral dos consumidores, bem como à transformação da autodisciplina profissional em “autodesresponsabilização” profissional, visto que os fiscalizados são simultaneamente os fiscalizadores.

É nesta dialética entre vantagens e riscos da autorregulação que deve ser encontrada a sua fundamentação concreta. A autorregulação profissional assenta na tensão entre o interesse coletivo do grupo e o interesse público inerente à regulação. Sendo assim, a autorregulação pressupõe essencialmente que não exista incompatibilidade, antes exista fundamental coincidência, entre a defesa dos interesses coletivos do grupo ou profissão e os interesses reguladores do Estado. Ou seja, que a profissão esteja interessada em assumir o papel do Estado na regulação e que o Estado não veja a defesa dos interesses coletivos em causa como um obstáculo ao interesse público.

7.5. A regulação em vários níveis (*multilevel regulation*)

Como se viu atrás, a globalização e a integração económica transnacional implicam o fim do monopólio regulador do Estado nacional.

Historicamente, a jurisdição territorial da regulação confina-se ao âmbito da fronteira territorial dos respetivos mercados. Se na Idade Média a autoridade municipal correspondia à dimensão local dos mercados e se depois, no século XIX, a autoridade nacional correspondia à dimensão nacional dos mercados, então quando os mercados passam a ter âmbito transnacional, para lá das fronteiras nacionais, também a autoridade reguladora tem de ter jurisdição transnacional.

De forma crescente vão-se criando níveis de regulação transacional, com poderes de regulação correspondentes aos novos espaços territoriais em causa, embora com atrasos e de forma assaz assimétrica.

Todavia, nem a regulação supranacional substitui integralmente a regulação nacional nem a regulação global substitui integralmente a regulação supranacional, embora a primeira seja progressivamente consumida pela segunda e uma e outra sejam progressivamente consumidas pela terceira, num processo de centralização e ampliação do espaço territorial da regulação. No entanto, todas coexistem entre si, ao seu nível de competência respetivo. Daí o nascimento de uma estrutura regulatória em vários níveis (*multitier* ou *multilevel regulation*)¹³.

a) Regulação supranacional

Os processos de integração económica, como a União Europeia, não consistem somente na criação de uma união aduaneira, mas também num mercado comum, caracterizado pela liberdade de circulação de capital, de mercadorias, de serviços e de trabalhadores - incluindo o direito de estabelecimento transfronteiriço para produção de bens e prestação de serviços. O mercado comum gera naturalmente a necessidade de regras comuns ou o reconhecimento recíproco das regras de cada um e gera depois a necessidade de autoridades reguladoras centralizadas para todo o espaço económico. Nasce assim a regulação supranacional dos mercados integrados.

O sistema regulatório da União Europeia já consubstancia um elevado nível de integração regulatória. A criação do mercado comum, primeiro, e do mercado interno, depois, implicou a comunitarização de um denso sistema regulatório, incluindo poderes legislativos, autoridades de regulação próprias e mecanismos de “*enforcement*” judicial, através do TJUE.

Em vários aspetos a UE constitui uma entidade de tipo federal, com “políticas comuns”, como a PAC e a PCC. A criação do “mercado único” implicou a abertura ao mercado dos antigos serviços públicos económicos, operação que foi acompanhada do estabelecimento de regimes regulatórios comunitários setoriais

¹³ A regulação multinível abrange também os estratos infraestaduais, resultantes da descentralização político-territorial do Estado contemporâneo, sobretudo em consequência do fenómeno da regionalização e da autonomia local.

assaz desenvolvidos (telecomunicações, energia, serviços postais, transportes ferroviários, etc.).

O âmbito de regulação da União abrange não somente as matérias de competência exclusiva da União (“competências federais”) mas também as competências compartilhadas, sobre as quais a União em geral detém “poderes de preempção”, como a PAC.

b) Regulação global

Por sua vez, também a globalização suscita a necessidade de convergência ou de harmonização global de regras, seja através de acordos multilaterais ou através de emissão de regras e da sua supervisão por agências ou instâncias reguladoras globais. Daí o fenómeno da regulação global (*global regulation*). Relativamente à harmonização internacional da regulação económica, Nakagawa (2011) enumera os seguintes áreas: regras relativas a direitos aduaneiros (comércio internacional), instrumentos de defesa comercial (*antidumping*, etc.), direitos de propriedade intelectual, direitos e padrões laborais, regras de concorrência, regulação financeira (padrões definidos pelo Comité de Basileia, pelo IOSCO e pelo IAIS respetivamente para o setor bancário, o setor de valores mobiliários e o setor dos seguros).

Em consequência desse fenómeno, surgem também instâncias de governação global, dotadas de poderes de definição de normas e de poderes de “*enforcement*”, por vezes assaz efetivos. Tenha-se em conta o sistema de regulação global do comércio internacional, constituído por um conjunto de tratados multilaterais de comércio de âmbito quase universal, cujo respeito é assegurado pela Organização Mundial de Comércio (OMC), munida de poderes de supervisão e de poderes de resolução de litígios (*Dispute Settlement Mechanism*).

Ao contrário da regulação supranacional de mercados integrados, que abrange tendencialmente todos os aspetos de regulação económica – desde os mercados financeiros aos serviços interesse geral –, já a regulação global permanece ainda num estado embrionário e fragmentário, concentrada em certos setores, designadamente a regulação do comércio internacional, o investimento direto estrangeiro e os mercados financeiros globais.

Quanto aos reguladores, se na regulação supranacional de mercados integrados a regulação incumbe às instituições de governo supranacional ou a agências reguladoras próprias (caso das agências reguladoras da UE) – replicando em geral os mecanismos da regulação a nível nacional –, já no caso da regulação global a regulação incumbe a organizações internacionais estabelecidas por tratado internacional (caso da OMC) ou a associações internacionais de reguladores nacionais (como sucede com as instâncias de regulação global dos bancos, dos seguros e dos mercados de valores mobiliários).

O caso mais desenvolvido e mais sofisticado de regulação global é constituído pela OMC, mercê da densidade das convenções multilaterais de comércio (GATT, GATS, TRIPS, etc.) e dos poderes de supervisão e quase judiciais de que goza a OMC.

Regulação em vários níveis

Nível territorial	Âmbito	Autoridades reguladoras	Instrumentos regulatórios
Nível global	Comércio internacional Serviços financeiros Harmonização regulatória	OMC Comité de Basileia, IOSCO ISB (FMI) UNECE	Normas (acordos internacionais e “legislação” das agências internacionais) Supervisão Resolução de litígios (OMC)
Nível supranacional	Áreas atribuídas pelos Tratados à UE	Comissão Europeia Autoridades de regulação setorial da UE	Poderes legislativos e regulamentares Poderes de supervisão Revisão judicial
Nível nacional	Áreas remanescentes	Governos Autoridades de regulação nacionais	Poderes legislativos Poderes de supervisão
Nível infraestadual	Competências descentralizadas	Autoridades regionais e locais	Poderes normativos Poderes de supervisão

Noutros casos, as instâncias de regulação global são organizações de autoridades reguladoras nacionais, como sucede com a *Basel Committee on Banking Supervision*, com sede em Basileia para o setor bancário e com a *International*

Organization of Securities Commissions (IOSCO), com sede em Madrid, para o setor segurador. Embora sem o estatuto de organização internacional, a verdade é que tais organizações emitem recomendações que depois as autoridades nacionais ou supranacionais transpõem na respetiva ordem jurídica. Nem por se tratar de formas de *soft law* internacional é menos efetiva a regulação global dos setores em causa.

Outra expressão da regulação global é a representada pelo *Financial Stability Board* criado no âmbito do Fundo Mundial Internacional (FMI) e encarregado de velar pela estabilidade sistémica do sistema financeiro mundial.

Nota à parte merecem as instâncias internacionais de harmonização regulatória, dedicadas à elaboração e aprovação de *standards* técnicos de bens e serviços. Entre elas merece destaque a UNECE (United Nations Economic Commission for Europe), que é responsável pela aprovação de normas técnicas sobre veículos automóveis e respetivas partes componentes. A adesão aos mesmos facilita obviamente o comércio internacional nos respetivos produtos, removendo as barreiras não aduaneiras ao comércio internacional.

7.6. O “triângulo regulatório”: reguladores, regulados e consumidores

A regulação estabelece uma relação bilateral entre reguladores e regulados. No caso da autorregulação existe uma identidade entre uns e outros; todavia, para cada operador económico ou profissional a autoridade de autorregulação aparece como regulador externo.

No entanto, a relação regulatória não se limita a reguladores e regulados. Há também os consumidores ou utentes, competindo aos reguladores defender os seus direitos e interesses. Um célebre regulador britânico (Littlechild, presidente da entidade reguladora da energia nos anos oitenta) chegou a declarar que a regulação só se justifica em função dos interesses dos consumidores (o que é verdade se eles forem considerados numa perspetiva de longo prazo).

Uma das preocupações da teoria e da política da regulação consiste em fazer intervir tanto os regulados como os consumidores nos procedimentos regulatórios. No que respeita aos regulados, como se viu, uma das razões para a lei do procedimento administrativo nos Estados Unidos (APA de 1946) foi justamente o

estabelecimento de um “*due procedure*” no que respeita às autoridades reguladoras independentes, nomeadamente através da consulta pública das propostas de medidas regulatórias.

No caso dos consumidores/utentes a sua participação tem sido proporcionada através da sua inclusão em conselhos consultivos das autoridades reguladoras, ainda que pouco relevante.

Uma das atribuições das autoridades reguladoras, especialmente no caso dos “serviços de interesse económico geral” consiste na gestão do sistema de queixas dos utentes em relação aos operadores regulados. As situações podem ser porém muito variadas.

Numa versão, a autoridade reguladora limita-se a verificar se os operadores dão o devido tratamento às queixas dos utentes (análise, resposta), sem procederem elas mesmas à análise e tratamento das queixas. Trata-se de uma expressão da supervisão regulatória das obrigações impostas aos regulados por lei ou pelo regulador. Noutras situações, porém, as autoridades reguladoras têm a competência e a obrigação de apreciar as queixas e de lhes dar seguimento, analisar o seu fundamento e “julgá-las”, adotando as recomendações ou injunções apropriadas, ou desencadeando os pertinentes processos sancionatórios dos operadores responsáveis.

Um caso especial neste sentido é entre nós a Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC), que decide as queixas em matéria de direito de resposta e de retificação, condenando se for caso disso os média à publicação das respostas ou retificações indevidamente não publicadas. Trata-se de um exemplo das tarefas parajudiciais da administração regulatória, acima referidas.

7.7. Autoridades reguladoras e autoridades de defesa da concorrência

Pelas razões acima expostas quanto à distinção entre regulação e defesa da concorrência, as autoridades de defesa da concorrência não devem ser consideradas como autoridades reguladoras em sentido estrito. Questão diferente consiste em saber se as autoridades reguladoras podem ser encarregadas de tarefas de defesa da concorrência no respetivo setor e se a autoridade de defesa da concorrência pode ser encarregada de tarefas de regulação setorial, em substituição das autoridades reguladoras.

Na generalidade dos países, a regra é a separação de esferas de ação entre umas e outras. Nem as autoridades de regulação têm tarefas de defesa da concorrência, nem as autoridades de defesa da concorrência têm funções reguladoras.

Por isso, em princípio, a competência da autoridade de defesa da concorrência em matéria de práticas restritivas da concorrência e de autorização de concentrações deve abranger os setores regulados. Todavia, compreende-se e justifica-se que as respetivas autoridades de regulação setorial, que conhecem bem o setor, sejam chamadas a cooperar com a autoridade da concorrência, a título consultivo.

Pelas mesmas razões, em princípio, as autoridades da concorrência não devem ser chamadas a exercer funções reguladoras, exercendo poderes próprios das autoridades reguladoras.

No entanto há países onde essa separação não é respeitada, nem num sentido nem noutro.

Assim no Reino Unido é tradicional o desempenho de funções de defesa da concorrência pelas autoridades reguladoras setoriais (caso das telecomunicações, da energia, da ferrovia, dos transportes aéreos, da água), em concorrência com a própria autoridade da concorrência, havendo porém mecanismos para impedir conflitos positivos de competência em relação aos casos concretos. Inversamente em outros países a autoridade da concorrência dispõe de competência para a regulação setorial em certas áreas, em virtude da extinção das respetivas autoridades reguladoras setoriais. Tal é o caso por exemplo dos Países Baixos, e mais recentemente da Espanha, onde se decidiu a extinção da regulação separada de várias áreas, sendo as respetivas atribuições transferidas para a autoridade da concorrência. Só ficam de fora da nova mega-autoridade da concorrência e de regulação as autoridades de regulação financeira.

8. O Estado desregulador

8.1. A vocação desreguladora do Estado regulador

Paradoxalmente, desde a sua origem nos anos oitenta do século passado, o Estado regulador não nasceu só para regular mas também para reduzir a regulação.

Por um lado, como se viu, a própria mudança do Estado intervencionista para o Estado regulador passou pelo abandono dos excessos reguladores do primeiro, incluindo no setor financeiro (recorde-se a liberalização do mercado de valores mobiliários), que permaneceu porém como domínio primordial da regulação pública da economia. Por outro lado, mesmo nos setores económicos nascidos da desintervenção do Estado em que se concentrou grande parte da nova regulação, designadamente nas *utilities* e indústrias de rede, também aí se manifestaram desde o início tendências desreguladoras.

A regulação não é evidentemente imutável, nem quanto às suas formas e à sua intensidade, nem quanto à sua própria existência em cada área concreta. Designa-se por desregulação o processo de alívio da função regulatória, mediante a redução ou eliminação da regulação, em favor da “regulação” pela concorrência.

A desregulação pode obedecer a várias motivações. Razões ideológicas, nomeadamente ideias liberais radicais no campo económico, são responsáveis por grande parte da desregulação desde o início do Estado regulador. Noutros casos, porém, a desregulação é justificada pela necessidade de eliminar excessos de regulação (sobrerregulação), de simplificar a carga administrativa sobre a atividade económica e de reduzir os seus custos.

A desregulação pode igualmente ser justificada pela necessidade de “competição regulatória”, de modo a atrair investimentos ou a deslocação de atividades económicas de outras geografias, menos exigentes em termos regulatórios. Outras vezes, a desregulação decorre de alterações económicas ou tecnológicas que tornam dispensável a regulação, por esta poder ser substituída pela concorrência no mercado. É o que se passa por exemplo com várias das chamadas indústria de rede, em que a desagregação (*unbundling*) da fileira do setor permitiu confinar a regulação aos segmentos caracterizados por monopólios naturais (por exemplo, as redes de transporte e distribuição de eletricidade e de gás).

Em geral, a desregulação é promovida em nome da eliminação de obstáculos à concorrência criados pela regulação. Com efeito, a maior parte da literatura refere-se com frequência ao «impacto anticoncorrencial da regulação» (Amato e Laudatti, 2001).

Um dos novos fatores da desregulação tem, ainda, a ver com a globalização económica em geral e com o comércio internacional em especial, mediante a

eliminação das chamadas barreiras não tarifárias às trocas comerciais. Entre elas contam-se em geral diferenças regulatórias, que podem ser resolvidas pela harmonização ou pelo reconhecimento mútuo, mas que outras vezes são resolvidas pela eliminação ou redução da regulação existente.

A noção de desregulação abrange duas coisas assaz distintas. Num sentido amplo, a noção designa todos os processos de redução da intensidade ou do perímetro regulatório numa determinada atividade regulada. Pode-se falar em “desregulação relativa” quando a atividade continua a ser regulada mas de forma menos intensa ou menos ampla do que anteriormente. Foi o que sucedeu nos anos oitenta do século passado em relação a muitas atividades que, embora continuando reguladas, passaram a ser menos intensamente ou menos extensamente reguladas do que eram antes (serviços financeiros, transportes aéreos, etc.).

O exemplo mais notório de desregulação relativa consiste na eliminação de licenças ou de outras barreiras à entrada numa atividade, mantendo porém os requisitos de entrada na atividade, que passam a ser verificados “ex post”. Outro exemplo de desregulação relativa consiste em aliviar os requisitos de exercício de uma atividade económica ou profissional (por exemplo, baixar os requisitos de qualificação académica ou de treino profissional).

Por sua vez, a “desregulação absoluta” consiste em suprimir toda a regulação de uma atividade anteriormente regulada, que passa a estar submetida somente às regras da concorrência. Um exemplo seria a eliminação de todos os requisitos de acesso e de exercício de uma profissão anteriormente regulada. Nas últimas décadas várias profissões e atividades económicas foram inteiramente desreguladas sob o ponto de vista económico e entregues à concorrência e ao mercado.

8.2. A desregulação nas indústrias de rede

Tradicionalmente os serviços providenciados pelas chamadas indústrias de rede (*network industries*), como a eletricidade e o gás, a água e saneamento, os transportes ferroviários e urbanos, as telecomunicações e serviços postais, eram fornecidos por empresas integradas, que abrangiam toda a fileira ou cadeia de valor.

Assim, no caso da eletricidade e do gás, as empresas respetivas exploravam a produção de eletricidade e a extração do gás, a rede de transporte em alta tensão ou

alta pressão, a rede de distribuição domiciliária e finalmente o fornecimento a retalho aos consumidores. O mesmo sucedia nos transportes ferroviários (gestão da rede ferroviária e das instalações mais operação de transporte) das telecomunicações (gestão da rede e fornecimento do serviço), nos serviços postais (recolha, separação, transporte e distribuição domiciliária de correio), na água (captação tratamento, transporte em alta pressão, distribuição em baixa pressão, fornecimento de água aos consumidores).

**Potencialidade de concorrência
nas indústrias de rede**

Indústria	Segmentos da indústria	Potencialidade de concorrência
Eletricidade	Geração	boa
	Transmissão alta tensão	nula
	Distribuição	nula
	Retalho	boa
Gás	Extração	boa
	Transmissão alta pressão	nula
	Distribuição baixa pressão	nula
	Retalho	boa
Telecomunicações	Rede de longa distância	boa
	Rede local	moderada
	Serviço ao consumidor	boa
Correios	Recolha	boa
	Separação	boa
	Transporte	boa
	Distribuição domiciliária	limitada
Caminho-de-ferro	Rede e estações	muito limitada
	Serviço de transporte	moderada
Água	Captação de água	boa
	Tratamento	moderada
	Canalizações	nula
	Fornecimento de água	boa

Como as indústrias de rede incluem elementos de monopólio natural – nomeadamente as redes de transporte e de distribuição, a rede ferroviária, as redes de telecomunicações, a rede de distribuição postal –, todo o serviço era organizado e

fornecido em forma integrada pela mesma empresa, em regime de exclusivo. A manterem-se como empresas integradas depois da sua privatização, a regulação teria de abranger toda a cadeia de fornecimento final do serviço, nomeadamente o preço de fornecimento do serviço. Todavia, se se desagregar a cadeia de valor, isolando a segmento que constituía o monopólio natural e separando os estádios suscetíveis de serem abertos à concorrência (como, por exemplo, a produção de eletricidade e o seu fornecimento aos consumidores, ou a operação de transporte ferroviário), então a regulação pode ficar limitada ao nível do monopólio natural, fixando as regras de acesso dos operadores às redes e o seu preço.

As diferentes indústrias de rede não oferecem a mesma potencialidade de desagregação. Assim, enquanto as redes de transporte e de distribuição (de energia, de telecomunicações, de saneamento, de água, etc.), se afiguram insuscetíveis de ser submetidas à concorrência, já o mesmo não sucede na área das redes de telecomunicações, onde a evolução tecnológica permitiu a vários operadores estabelecer as suas próprias redes (mantendo-se porém o direito de acesso de todos às redes existentes).

O quadro acima (adaptado de Baldwin, Cave e Lodge: 2012) ilustra a geometria variável sobre a potencialidade de desagregação de cada indústria de rede.

8.3. Reformas administrativas

Desde há várias décadas que intentam ou se levam a cabo “reformas administrativas” na generalidade dos países. Em geral trata-se de reorganizar e agilizar a Administração Pública, com o propósito de lhe dar mais eficiência, de a tornar mais transparente e participativa, de generalizar os procedimentos eletrónicos, enfim de lhe permitir responder melhor às suas funções.

Nas suas versões mais crescentes, há duas linhas que avultam nas reformas administrativas. Por um lado, visa-se reduzir o tamanho e o peso da Administração, em nome da diminuição do peso do Estado e da despesa pública; por outro lado, visa-se reduzir os encargos administrativos sobre as empresas e pessoas, de modo a facilitar a sua vida e a aumentar a competitividade externa da economia. Daí o *leit motiv* da “simplificação administrativa”, que se traduz em eliminar ou

desmaterializar procedimentos, dispensar intervenções administrativas, tornar mais simples e mais amistosos dos administrados os procedimentos remanescentes.

A simplificação administrativa inclui necessariamente a eliminação ou redução de exigências regulatórias consideradas supérfluas ou prejudiciais, nomeadamente o licenciamento de atividades económicas. Nesse especto a simplificação administrativa traduz-se num fenómeno de desregulação virtuosa, com a supressão de exigências regulatórias despropositadas. Contudo, a simplificação, como referimos, não se traduz sempre e necessariamente em desregulação. Na maior parte dos casos ela exige alterar a regulação e modernizar os seus procedimentos para a tornar mais simples de aplicar e mais eficaz quanto aos resultados a obter.

Hoje em dia, uma das prioridades das reformas administrativas consiste em facilitar a criação e a atividade das empresas, eliminando requisitos e formalidades administrativas. O principal objetivo é o de aumentar a competitividade externa das empresas, de modo a permitir-lhes competir no mercado global. Tornou-se moda a elaboração de *rankings* internacionais sobre o “ambiente” de negócios em cada País, cujos principais parâmetros são fatores como o tempo necessário para criar uma empresa, para registar a transmissão de propriedade, para obter uma licença de construção, etc.¹⁴.

8.4. A desregulação soft

Além da desregulação pura e simples, em que uma atividade ou parte dela deixa de ser total ou parcialmente regulada, há outras formas de desregulação parcial, diminuindo a intensidade da regulação, ou reduzindo o perímetro da esfera regulada pelo poder público.

Importa referir as principais formas dessa desregulação soft.

¹⁴ Ver, por exemplo, o programa *Doing Business* do Banco Mundial. Acessível em: <http://www.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf>

a) Substituição da regulação pela autorregulação

Uma das formas mais típicas de desregulação pública consiste em transferir a competência regulatória para a esfera da autorregulação, mantendo o Estado quando muito uma função de controlo ou supervisão.

Trata-se do modelo da chamada “autorregulação regulada”, em que a regulação propriamente dita é privatizada e confiada aos interessados, limitando-se o Estado a monitorizar o desempenho e os resultados da autorregulação. Expressão dessa externalização e esvaziamento da regulação administrativa observam-se na regulação financeira (até à crise de 2008), na regulação da média, na regulação das condições de trabalho, etc.

b) “Metarregulação”

A noção de metarregulação designa o processo pelos quais o Estado abandona a regulação direta de determinado setor, confiando-a aos interessados através de mecanismos de autocontrolo, mantendo o Estado a função de estabelecer as regras e de impor os referidos mecanismos aos regulados. A metarregulação tem a ver sobretudo com sistemas de controlo de riscos (regulação ambiental, segurança alimentar, regulação financeira, etc.).

Trata-se aqui ainda de uma forma de “regulação delegada” *lato sensu*, semelhante à “autorregulação regulada, neste caso em benefício das próprias empresas, limitando-se o Estado a monitorizar os sistemas de controlo de riscos postos em prática pelas mesmas de acordo com as determinações regulamentares. Tal como a autorregulação por meio de associações de empresas (códigos coletivos de conduta, etc.), a metarregulação também permite poupar os custos da regulação direta (já que são as empresas que suportam os respetivos custos), ao mesmo tempo que dá às empresas uma margem de autonomia na escolha dos meios de respeitar as normas regulatórias.

c) Outras fórmulas de desregulação soft

Entre as formas *soft* de desregulação devem contar-se os processos de aligeiramento da regulação, como os já referidos modos de *risk-based regulation* e

de *principles-based regulation*, pois ambas as fórmulas visam aliviar a regulação em relação aos níveis de exigência tradicionais.

Desenvolvidas especialmente para o caso da regulação dos mercados financeiros, ambas as fórmulas contribuíram para o desarme da regulação desse setor, tanto nos Estados Unidos como na Europa, tendo tido uma responsabilidade não despreciable na erupção e desenvolvimento da crise financeira de 2008.

9. O Estado regulador e a crise financeira de 2008

9.1. Origem e desenvolvimento da crise

A prolongada crise iniciada em 2008 teve a sua origem na chamada crise do crédito hipotecário “*sub prime*” nos Estados Unidos, mas a breve trecho transformou-se numa grave crise financeira global, tendo-se estendido rapidamente à Europa e a outros continentes, afetando a estabilidade do setor bancário e financeiro dos dois lados do Atlântico.

A crise financeira não tardou em transformar-se numa crise económica, mercê do estrangulamento do crédito à economia, com a retração da atividade económica e o aumento de desemprego. Com exceção da Polónia, mesmo assim seriamente afetada, todos os Estados-membros da UE entraram em recessão em 2009.

Depois sobreveio em grande parte dos Estados-membros da UE a crise orçamental ou crise da dívida pública. Por efeito da crise económica, os Estados-membros perderam receita nos impostos e viram aumentar a despesa pública por causa do aumento dos subsídios de desemprego e outras prestações sociais, dos encargos assumidos para ajudar as pessoas e as empresas a enfrentar a crise económica e dos encargos acrescidos com a própria dívida pública, em resultado da subida das taxas de juro.

No caso da UE, a crise revelou também as deficiências da construção da união económica e monetária (UEM), nomeadamente quanto à pouca eficiência dos dispositivos de disciplina orçamental e quanto à salvaguarda da competitividade dos países mais vulneráveis e dos equilíbrios macroeconómicos dentro da zona euro.

Tendo perdido o acesso aos mercados da dívida pública a juros comportáveis, alguns países da zona euro, entre os quais Portugal, tiveram de pedir assistência

financeira externa e de se submeter a um duro programa de ajuste orçamental e de recuperação da competitividade das suas economias.

9.2. O triplo défice regulatório

É quase consensual que a principal razão da crise do setor financeiro nos Estados Unidos e da sua rápida propagação através do Atlântico se ficou a dever a um défice regulatório e a falhas de regulação, nomeadamente à redução da função regulatória a uma “*principles-based regulation*”, à delegação do “*enforcement*” para a autorregulação voluntária dos operadores, e à falta de regulação de muitos produtos financeiros propositadamente inovadores, nomeadamente os produtos derivados e as “operações de balcão” (OTC), constituindo o designado “*shadow banking system*”.

Ainda em 2008, nas vésperas da eclosão da crise, o Tesouro Nacional dos Estados Unidos passou em revista o sistema de regulação financeira, num relatório intitulado *Blueprint for a Modernized Financial Regulatory Structure*, insistindo em duas ideias-chave: que a regulação pública se limitasse à observância de regras gerais ou princípios, deixando as regras de pormenor para a autorregulação, e que o “*enforcement*” da regulação fosse também confiado às *self-regulatory organizations* (SRO).

Por conseguinte, somou-se um défice de ação reguladora (por opção das autoridades reguladoras) a um défice de regulação (por opção do legislador).

No caso da UE, acresceu um outro défice de regulação, mercê da discrepância entre por um lado, a profunda integração dos serviços financeiros dentro do mercado interno, e por outro lado, a manutenção da fragmentação das autoridades reguladoras, confinadas à sua jurisdição nacional, e logo incapazes de ter em conta o risco sistémico dos novos operadores transfronteiriços, muito menos dos operadores globais. Sem reguladores federais, ao nível da União, as operações e os operadores e transfronteiriços ficaram sem regulação e sem supervisão adequadas.

9.3. O impacto regulatório da crise

Nascida de um clamoroso défice de regulação do setor financeiro, a crise não poderia deixar de afetar o sistema regulatório, no sentido de mais regulação

financeira. Todavia, não foi esse o único impacto regulatório da crise financeira. Noutros setores, pelo contrário, verificou-se a pressão para menos regulação. E em qualquer caso, tornou-se evidente a necessidade de fazer corresponder à integração europeia dos mercados, a começar pelos mercados financeiros, estruturas regulatórias igualmente integradas ao nível do mercado único da União.

a) Reforço da regulação financeira

Tanto nos Estados Unidos como na Europa, não tardaram iniciativas legislativas de alargamento, densificação e reforço da regulação do setor financeiro. No caso europeu, importa referir a regulação dos fundos de investimento alternativos, das agências de *rating* de crédito, do capital mínimo dos bancos, entre outras.

b) Desregulação noutros setores

Mas o desenvolvimento da crise também acabou por ter um efeito contrário, ou seja, de redução da carga regulatória, em outros setores. Com efeito, a crise revelou em alguns dos países afetados pela recessão e pela crise orçamental défices de competitividade acentuados, que, a manterem-se, comprometiam as possibilidades de retoma económica. Daí que em vários desses países, seja por decisão própria, seja por imposição externa, foram adotados programas extensos de liberalização das atividades económicas, eliminando ou atenuando as barreiras regulatórias à entrada em setores até aí protegidos, nomeadamente os serviços profissionais.

c) Integração supranacional da regulação financeira

Outro efeito da crise foi um reforço da integração transnacional da regulação.

Assim, no caso da União Europeia, foram criadas pela primeira vez autoridades europeias de regulação dotadas de poderes de supervisão e de *enforcement* das normas regulatórias da União no setor financeiro. Trate-se das três autoridades de supervisão financeira criadas em 2010, uma para o setor bancário, outra para os seguros e fundos de pensões e outra para o mercado de valores mobiliários.

O mesmo se passou com o reforço da regulação global através de iniciativas do G20 e das entidades de supervisão global do setor financeiro, nomeadamente o Comité de Estabilidade Financeira do FMI e o Comité de Basileia (setor bancário).

9.4. O caso específico de Portugal

Tal como já havia sucedido com a Grécia e com a Irlanda, também Portugal se viu obrigado a recorrer a assistência financeira da União e do FMI em maio de 2011, quando o Governo e os bancos deixaram de ter acesso aos mercados financeiros internacionais a juros comportáveis. Como referimos *supra*, a propósito da emergência, entre nós, de um Estado regulador, Portugal teve de subscrever um programa de ajustamento com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o FMI, de modo a assegurar o financiamento do défice orçamental e dos encargos da dívida.

Para além das exigentes medidas de consolidação orçamental, o programa de ajustamento constante do Memorando de entendimento entre o Governo português e a troika (composta pelo FMI, pela Comissão Europeia e pelo Banco Central Europeu)¹⁵ inclui um conjunto de “reformas estruturais” destinadas a melhorar a competitividade externa da economia nacional, entre as quais se conta a aceleração das privatizações e da liberalização das *utilities*, e se enunciam outras medidas claramente liberalizadoras – e nesse sentido desreguladoras – do mercado de trabalho, do mercado de arrendamento, das profissões, dos serviços, etc.

Ao mesmo tempo que prescreveu o reforço da concorrência e dos poderes da Autoridade da Concorrência, o Memorando de Entendimento entre Portugal e a troika também estipula claramente o reforço da função reguladora do Estado e da independência e poderes das autoridades reguladoras. Concretamente o Memorando estipula as seguintes medidas:

- Reforçar a regulação e supervisão bancária, devendo o Banco de Portugal, para o efeito, recrutar mais especialistas em supervisão bancária e manter uma estreita coordenação entre os supervisores do Estado de origem e do Estado de

¹⁵ Que pode ser consultado em:
http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf.

acolhimento, no âmbito do quadro europeu para supervisão bancária transfronteiriça, e com os relevantes supervisores dos países terceiros em que se encontrem estabelecidas sucursais e filiais de bancos portugueses;

- Reforçar os poderes da autoridade reguladora nacional de telecomunicações;

- Reforçar a independência da autoridade reguladora dos caminhos-de-ferro, incluindo o reforço da sua capacidade administrativa em termos de decisão, de poderes de execução e de recursos humanos;

- Garantir que as autoridades reguladoras nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades.

Em suma, a crise constituiu um fator de reforma do sistema regulatório da UE e dos seus Estados-membros, nuns casos reforçando a regulação do setor financeiro, onde o défice de regulação e de supervisão tinham posto em causa a estabilidade e a confiança do setor financeiro, noutros casos eliminando ou aligeirando formas de regulação restritivas da concorrência, de modo a estimular a competitividade da economia.

10. Problemas atuais da regulação a nível nacional e transnacional

10.1. Problemas a nível nacional

Importa, por último, referir as questões em aberto sobre a regulação em Portugal, as quais têm a ver ora com o modo como ela está estruturada (ou não estruturada) do ponto de vista organizacional ou territorial, ora com a delimitação de competências entre diferentes autoridades reguladoras, ora como o próprio regime das autoridades reguladoras independentes.

As principais são as seguintes:

- Delimitação entre a jurisdição estadual, regional e municipal quanto a certos “serviços públicos”, como é o caso das antigas concessões municipais de distribuição de eletricidade;

- Instabilidade da arquitetura das autoridades reguladoras, especialmente no respeitante à regulação dos transportes e das infraestruturas rodoviárias;

- Abandono, sem justificação pública, dos projetos de reformulação da arquitetura regulatória do setor financeiro;
- Diversidade de estatuto organizatório das autoridades reguladoras: dois tipos de autoridade reguladora (institutos públicos e autoridades reguladoras independentes) e singularidade de regime de cada autoridade;
- Opacidade dos critérios de escolha dos reguladores e regime a que obedece, sem nenhum critério formal de seleção e sem nenhum escrutínio parlamentar prévio dos nomeados;
- Heterogeneidade de regime regulatório (regulação dos preços; financiamento das obrigações de serviço público; competência para gerir o acesso à atividade nos setores liberalizados);
- Diversidade de funções das autoridades reguladoras no que respeita aos requisitos e procedimentos de acesso à atividade regulada, quando concessionada ou licenciada;
- Articulação entre a regulação por autoridade independente nacional, por um lado, e a autonomia regional e municipal, por outro;
- Deficiente definição legal das “obrigações de serviço público” ou de “serviço universal” em vários dos SIEG (especialmente nos transportes e no serviço público de rádio e de televisão) e falta de procedimentos concorrenciais para a seleção do operador incumbido de realizar as OSP (nas telecomunicações, na energia, etc.);
- Défice de autoridade e de afirmação das autoridades reguladoras, bem como défice de visibilidade e “accountability” pública das mesmas;
- Défice de uma “cultura de regulação” tanto a nível da Administração, como dos regulados e do público em geral;
- Inexistência de uma lei-quadro das autoridades reguladoras, que sem prejuízo da necessária flexibilidade, estabeleça as linhas gerais comuns.

No panorama das autoridades de regulação entre nós avulta o problema da injustificável heterogeneidade das autoridades reguladoras, conforme o departamento governamental em que estão inseridas e conforme a época em que viram aprovados os seus estatutos. Por um lado, enquanto umas possuem um estatuto de maior ou menor independência face ao governo (“autoridades reguladoras independentes”), outras permanecem com um estatuto de instituto público tradicional, sem garantia de

estabilidade dos seus membros e submetidos a superintendência e tutela governamental. Por outro lado, tanto num caso como noutra verifica-se uma extraordinária diversidade de regimes, com soluções divergentes de caso para caso para questões em tudo semelhantes, por exemplo, quanto ao regime de nomeação, duração de mandato e reelegibilidade (ou não) dos seus membros, quanto ao regime de pessoal e de gestão financeira, quanto à competência contenciosa para rever judicialmente os seus atos ilegais, quanto aos poderes de tutela a que estão submetidas, etc..

Por isso julga-se aconselhável um exame da situação institucional da regulação entre nós, de modo a:

a) Estabilizar a arquitetura das autoridades reguladoras, definindo fundamento o perímetro regulatório de cada uma delas;

b) Generalizar a solução de autoridades reguladoras dedicadas, eliminando os resquícios de regulação por instâncias integradas na administração direta do Estado (nomeadamente direções-gerais);

c) Tornar norma a independência orgânica e funcional das entidades reguladoras, de modo a garantir a estabilidade e autonomia dos seus órgãos e a liberdade de decisão dos mesmos, só sujeitos ao controlo judicial, o que implica rever o estatuto de organismos reguladores que mantêm o figurino do instituto público tradicional, integrado na administração indireta do Estado, em sentido estrito;

d) Revisitar o sistema sancionatório das autoridades reguladoras, essencialmente baseado na figura híbrida das contraordenações;

e) Estabilizar e consolidar o sistema de recursos financeiros próprios das autoridades reguladoras, que deve ser baseado essencialmente nas contribuições regulatórias dos regulados;

f) Introduzir a obrigação de audição pública dos indigitados para o cargo de regulador na comissão parlamentar competente, como condição da sua nomeação definitiva;

g) Estabelecer, mediante uma lei-quadro, um padrão comum mínimo quanto aos princípios básicos que devem reger a organização, poderes e funcionamento das autoridades reguladoras independentes, por forma a conferir consistência ao sistema, sem prejuízo de uma ampla margem de discricionariedade na formatação estatutária

de cada entidade reguladora em particular, em homenagem às especificidades de cada caso.

10.2. Problemas da regulação transnacional

10.2.1. Mercado único *versus* regulação descentralizada

Um dos problemas persistentes do sistema regulatório da União Europeia, que aliás foi posto em destaque pela crise financeira de 2008, é a contradição entre a existência de um mercado interno sem fronteiras, que em muitas áreas é protagonizado por empresas transfronteiriças, logo sob diversas jurisdições regulatórias nacionais, com a escassa ou nula integração da regulação substantiva e das autoridades reguladoras ao nível europeu.

Ao contrário do sistema de defesa da concorrência, que goza desde a origem de um regime integrado ao nível europeu, sob responsabilidade da União (a cargo da própria Comissão Europeia), nada disso se passou com os demais domínios da integração económica, nomeadamente nos setores que foram sendo liberalizados e abertos ao mercado desde os anos noventa do século passado, por decisão da própria UE (telecomunicações, energia, etc.). Se o regime substantivo da regulação foi sendo objeto de integração legislativa a nível da União, por via de diretivas, já outro tanto não sucedeu no que respeita à integração de autoridades reguladoras setoriais, continuando esses setores a ser regulados a nível nacional, no que respeita à supervisão e ao “*enforcement*”, mediante autoridades nacionais de supervisão.

Foi preciso a crise financeira de 2008 para obrigar e corrigir esse ponto no que respeita a esse setor, como se viu atrás. Mas nos restantes setores regulados pela própria União continua a verificar-se essa discrepância entre mercado único e regulador múltiplo. Embora essa discrepância seja atenuada pela criação de conselhos de reguladores nacionais para cada setor (energia, telecomunicações, etc.), tal fica bem longe de uma verdadeira integração pela criação de autoridades reguladoras a nível da própria União, o que só sucedeu mesmo assim em termos limitados, com a agência para a cooperação dos reguladores de energia, em 2009, e com as autoridades de supervisão financeira da UE, criadas em 2010.

10.2.2. Défice de regulação da globalização

A liberalização do comércio internacional de bens e serviços não implica somente a eliminação de barreiras aduaneiras (direitos de importação e de exportação) mas também a eliminação de barreiras não tarifárias, entre as quais se contam numerosas discrepâncias regulatórias (normas técnicas, padrões de segurança e sanitários, etc.).

Na verdade, muitos requisitos regulatórios podem funcionar como restrições ao comércio internacional, visto que os bens e serviços de um país não preenchem os requisitos exigidos em outro, o que torna impossível a sua comercialização, visto que não passam nos procedimentos de controlo de conformidade.

Maior é o défice de regulação da globalização financeira, apesar das recomendações das sucessivas reuniões do G20 e do reforço dos poderes do *Financial Stability Board* desde o início da crise financeira em 2008

Por conseguinte, torna-se necessário fazer acompanhar a globalização económica de uma regulação global, reforçando os poderes reguladores das instituições internacionais existentes (FMI, OMC, instituições de regulação financeira, instituições de harmonização regulatória) e criando outras onde elas faltam.

Importa também assegurar um *level playing field* nas trocas económicas e comerciais, a fim de evitar inaceitáveis formas de *dumping* social e ambiental (e do conseqüente *dumping* fiscal), em prejuízo das economias que asseguram níveis elevados nessas duas áreas e que suportam os respetivos custos adicionais (incluindo uma mais elevada carga fiscal). A globalização económica não pode traduzir-se num *race to the bottom*, numa competição pelos padrões menos exigentes, consentida e alimentada pela ausência de regulação.

A globalização não pode ser a rasoira da grande invenção europeia do século XX: o casamento da economia de mercado com o Estado de bem-estar social.

11. Conclusão

Tal como a defesa da concorrência, a regulação é uma condição do funcionamento ordenado, regular e eficiente das economias de mercado.

Antes de mais, a regulação é hoje, como sempre foi, uma ferramenta incontornável de defesa de valores societais e de bens públicos face ao mercado, como a saúde pública, a segurança alimentar, o ordenamento territorial, a preservação dos equilíbrios ambientais, o pluralismo da informação, entre outros.

Em segundo lugar, superados os paradigmas contrapostos da economia sem Estado e da economia de Estado, a regulação do Estado constitui um instrumento indispensável de superação das falhas e insuficiências do mercado.

Por último, estando em crise a configuração tradicional do Estado social, enquanto Estado prestador de serviços, a regulação é um dispositivo imprescindível de salvaguarda do princípio do serviço público, enquanto garantia de acesso universal a um conjunto de serviços essenciais, através da definição e implementação de obrigações de serviço público, estabelecidas a nível constitucional ou legislativo.

Todavia, embora ainda efetuada em grande medida ao nível nacional, a regulação pública da economia é cada vez mais definida e conduzida ao nível da UE e das instâncias internacionais.

Sendo irreversível a integração europeia, a regulação supranacional torna-se indispensável para facilitar o funcionamento do mercado interno, eliminando barreiras regulatórias, e para harmonizar o nível de integração do mercado com a necessária integração regulatória, reduzindo o espaço para a competição regulatória.

Admitindo que a marcha da globalização dos mercados não sofrerá paragens ou recuos significativos, a regulação global torna-se insubstituível para disciplinar a globalização, para eliminar barreiras ao comércio internacional, para assegurar a estabilidade do sistema monetário e do sistema financeiro internacional e para estabelecer um *level playing field* entre os operadores no mercado global.

No entanto, qualquer que seja o nível territorial em que opere, a regulação faz parte de qualquer equação sobre a boa ordenação da economia de mercado. Ao contrário do liberalismo radical e do seu ódio ao Estado, a economia de mercado não pode dispensar o Estado, nem na garantia do seu quadro jurídico básico (direitos de propriedade, liberdade contratual, liberdade de empresa), nem na defesa da concorrência, nem finalmente na regulação da economia, lá onde o mercado falha ou onde outros valores societais “mais alto se levantam”.

Parafrazeando a escola de Freiburg, só a regulação confere à economia de mercado o “princípio de ordem” de que ela carece para ser mais eficiente, para funcionar mais estavelmente e também para poder prover às necessidades de uma sociedade mais digna e mais justa.

Bibliografia básica sobre teoria e política da regulação

AAVV (2000), *A regulação em Portugal*, Lisboa: ERSE.

AAVV (2001), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaat*, Caderno n.º 4 de *Die Verwaltung*, Berlim: Duncker & Humblot.

AAVV (2012), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière: Une approche comparée*, Paris: École nationale d'administration.

Alexander, K. *et alii* (2006), *Global Governance of Financial Systems*, Oxford: Oxford University Press.

Amabile, B. (2005), *Les cinq capitalismes: Diversité des systèmes économiques et sociaux dans la mondialization*, Paris: Seuil.

Amato, G. & Laudati, L. (edits.) (2001), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar.

Amstrong, M., Cowan, S. e Vickers, J. (1994), *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*. Cambridge MA: MIT Press.

Ariño Ortiz, G. *et alii* (2012), *Regulación económica*, Madrid: Aranzadi.

Ayres, I. e Braithwaite, J. (1992), *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, R., Scott, C. e Hood, C. (edts) (1998), *A Reader on Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M. (edts.) (2010), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, R; Cave, M. e Lodge, M. (2012), *Understanding Regulation*, 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press.

Basilica, F. e Barazzoni, F. (2012), *Verso la Smart Regulation in Europa*, Roma: Maggioli.

Beck, U. (2000), *What is Globalization?*, Cambridge: Polity Press.

Beesley, M. E. (1997), *Privatization, Regulation and Deregulation*, 2.^a ed., Londres & Nova York: Routledge.

Bernstein, M. H. (1955), *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Cambridge University Press.

Black, J. (1997), *Rules and Regulators*, Oxford: Oxford University Press.

Black, J. *et alii* (2005), *Regulatory Innovation: A Comparative Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar.

Black, J. (2008), *Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learned*, SG/ GRP (4), Paris: OCDE.

Braithwaite, J e Drahods, P. (2000), *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press.

Braithwaite, J. (2008), *Regulatory Capitalism: How It Works, Ideas for Making It Works Better*, Cheltenham: Edward Elgar.

Breyer, S. (1982), *Regulation and its Reform*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Bustamante, J. E. (1993), *Desregulación: Entre derecho y economía*, Buenos Aires: Alfredo-Perrot.

Carbajales, M. (1998), *El Estado regulador*, Buenos Aires: Ed. Ábaco.

Coglianesi, C. e Nash, J. (edts.) (2001), *Regulating from the Inside*. Washington, DC: Ressources For The Future.

Cohen, E. (2001), *L'ordre économique mondial: Essai sur les autorités de régulation*, Paris: Fayard.

Cooper, P. J. (2009), *The War against Regulation: From Jimmy Carter to George W. Bush*, Lawrence: University Press of Kansas.

Confraria, J. (2010), «Falhas de mercado e regulação independente», *Regulação e Concorrência*, I, n.º 3.

Crew, M. A. e Parker, D. (edts.) (2006), *International Handbook of Economic Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar.

D'Alte, S. T. (2007), *A nova configuração do setor empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, Coimbra: Almedina.

Davies, H e Green, D. (2008), *Global Financial Regulation, The Essential Guide*, Polity: Cambridge.

Derthick, M e Quirck, P. (1985), *The Politics of Deregulation*, Washington DC, Brookings Institute.

Drezner, D. (2007), *All Politics is Global: Explaining International Regulatory Regimes*, Princeton NJ: Princeton University Press.

Esping-Andersen, G (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990.

Ferreira, Eduardo Paz & Morais, Luís (eds.) (2009), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina.

Fontainha, Giselle (2012), *Les autorités administratives indépendantes e la notion de régulation en France et au Brésil*, Berlim: Editions Universitaires Européennes.

Francis, J. G. (1993), *The Politics of Regulation: A Comparative Perspective*, Cambridge MA: Blackwell.

Frison-Roche, Maria-Anne (2011), *Les 100 mots de la régulation*, Paris: PUF.

Frison-Roche, Maria-Anne (ed.) (2005), *Les risques de la régulation*, Paris: Sciences Po / Dalloz.

Graham, C. (2000), *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart.

Gunningham, N. e Grabosky, P. (1998), *Smart Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Hall, P & Soskice, D. (dirs.) (2001), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford: OUP.

Hancher, L. e Moran, M. (eds.) (1989), *Capitalism, Culture and Economic Regulation*, Oxford : Oxford University Press.

Harris, R. A. & Milkis, S. M. (1996), *The Politics of Regulatory Change: A Tale of two Agencies*, Nova York: Oxford University Press.

Joerges, C. e Petersmann, E-U. (eds.) (2011), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford: Hart.

Jordana, J. e Levi-Faur, D. (eds) (2004), *The Politics of Regulation: Institutions of Regulatory Reform for the Age Globalization*, Cheltenham: Edward Elgar.

Kirpatrick, C. e Parker, D. (eds.) (2007), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar.

Lima, L. Vale e Moreira, V. (2012) «A nomeação dos reguladores», *Textos de Regulação da Saúde*, 2, Porto: ERS, pp. 281 ss.

Majone, G. (1994), «The Rise of the Regulatory State in Europe», *West European Politics*, 14, pp. 77-101.

Majone, G. (ed.) (1996), *Regulating Europe*, London: Routledge.

Mattli, W. W. e Woods, N. (edts.) (2009), *Politics of Global Regulation*. Princeton: NJ: Princeton University Press.

Nakagawa, J. (2011), *International Harmonization of Economic Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Midttun, A. & Svindland, E. (2001), *Approaches and Dilemmas in Economic Regulation*, Houndmills & Nova York: Palgrave.

Ministério das Finanças (1999), *Privatização e regulação: A experiência portuguesa*, Lisboa: Ministério das Finanças.

Moran, M. (2003), *The British Regulatory State*, Oxford: Oxford University Press.

Moreira, V. (1997), *Autorregulação profissional e Administração pública*. Coimbra: Almedina.

Moreira, V. & Marques, M. M. L. (1999), «Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos», *Economia e Prospetiva*, Vol II, n.º3/4, Outubro de 1998- Março 1999.

Moreira, V. & Maças, F. (2003), *Autoridades reguladoras independentes*, Coimbra: Coimbra Editora.

Moreira, V. & Marques, M. M. L. (2003), *A mão visível: Mercado e regulação*, Coimbra: Almedina.

Moreira, V. e Forte, A. (2004), «Declaração de Condeixa», in V. Moreira (org.), *Estudos de regulação pública*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora.

Morgan, B e Yeung, K. (2007), *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press.

Muñoz Machado, S. e Esteve Pardo, J. (2009) *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel.

Nakagawa, J. (2011), *International Harmonization of International Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Nozick, R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell.

OCDE (1997), *Report on Regulatory Reform*, vol. I: *Sectoral Studies*, Paris: OCDE.

Ogus, A. I. (1994), *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press.

Ogus, A. I. (1995), «Rethinking Self-regulation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 15(1): 97-108.

Ogus, A. I. (ed.) (2001), *Regulation, Economics and the Law*, Cheltenham: Elgar.

Osborne, D. & Gaebler, T. (1992), *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Reading, MA: Addison Wesley.

Pereira, J. N. (2002), *Integração do mercado de capitais e regulação financeira*, sep. do *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XIL-A, Coimbra: FDUC.

Porto, M. (2009), *Teoria da integração e políticas comunitárias: Face aos desafios da globalização*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

Prasad, M. (2006), *The Politics of Free Markets: The Rise of Neoliberal Economic Policies in Britain, France, Germany, and the United States*, Chicago: UCP.

Prosser, T. (2010), *The Regulatory Enterprise: Governments, Regulation and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press.

Rebollo Puig, M. (dir.) (2012), *La regulación económica, En especial la regulación bancaria*, Madrid: Iustel.

Rodrigo, R.; Allio, L. e Andres-Amo, P. (2009), «Multilevel Regulatory Governance», *Working Papers on Public Governance*, 13, Paris: OCDE, pp. 1-48.

Stigler, G. (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management*, 2/1.

Stuerner, R. (2007), *Markt und Wettbewerb ueber alles? Gesellschaft und Recht im Fokus Neoliberaler Marktideologie*, Munique: C .H. Beck.

Sunstein, C. R. (1990), «Paradoxes of the Regulatory State», *University of Chicago Law Review*, n.º 57.

Vasconcelos, J. (2000), «O Estado regulador», in AAVV, *A regulação em Portugal*, Lisboa: ERSE, pp. 160 ss.

Vogel, S. K. (1998), *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Cornell Studies in Political Economy, Cornell: CUP.

Walsh, K. (1995), *Public Services and Market Mechanisms: Competition, Contracting and the New Public Management*, Londres: Macmillan Press.

Wilson, J. Q. (1980), *The Politics of Regulation*. Nova York: Basic Books.

Parte II

Programa e organização da disciplina

1. Ficha técnica da disciplina de Direito Público da Regulação

Nome da disciplina: *Direito Público da Regulação*

Área: Direito, 2º ciclo de estudos (mestrado)

Ramo: Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito administrativo

Créditos: 8 ECTS (*European Credit Transfer and Accumulation System*)

Tempo letivo: Trinta horas de aula em sala.

2. O ensino da regulação pública da economia

2.1. O ensino da regulação em algumas universidades portuguesas

São muitas as escolas de ensino superior de direito, de ciência política, de administração ou de economia, em diferentes partes do mundo, que incluem atualmente o ensino da regulação económica nos seus *curricula* como disciplina autónoma, e não como capítulo do direito público da economia. Ora se trata de cursos/disciplinas sobre a regulação em geral, normalmente integrados em formação de segundo ciclo, ora de cursos/disciplinas especializados/as sobre determinadas áreas de regulação (por exemplo, energia, telecomunicações, mercados financeiros).

Meramente a título de exemplo ilustrativo deste interesse, e, portanto, sem preocupações de exaustão ou sequer de representatividade, apresentar-se-ão de seguida alguns programas dedicados ao ensino da regulação em universidades ou institutos de ensino superior em Portugal e no estrangeiro.

As universidades portuguesas têm vindo a dar atenção aos estudos da regulação económica em formações de pós-graduação e em disciplinas integradas em formação de segundo ciclo, ora numa perspetiva mais jurídica, ora mais económica. É de esperar, aliás, que as alterações introduzidas nas reformas curriculares pós-Bolonha confirmam maior flexibilidade aos planos de estudos de segundo ciclo, abrindo-os à possibilidade de formação curricular em matérias mais especializadas e/ou de natureza interdisciplinar.

Por via de regra, os cursos abrangem tanto a regulação propriamente dita como a defesa da concorrência.

a) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) - Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE)

A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra foi pioneira no ensino jurídico da regulação económica em Portugal. O primeiro curso sobre “Regulação Pública e Concorrência” foi organizado nessa Faculdade pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), um centro de investigação criado em 2000 pelo autor do presente Relatório, tendo como principal propósito dedicar-se à investigação e ao ensino pós-graduado na área do direito público, em geral, e do direito público da regulação, em especial.

O tipo de estudantes que se procurava atrair eram profissionais ligados ao direito público da economia e da regulação, oriundos nomeadamente dos organismos reguladores e das empresas reguladas. À atividade letiva estava associada a instalação de um observatório das entidades e das atividades reguladoras, em cooperação com as instituições interessadas, e a realização de outras iniciativas que contribuíssem para o desenvolvimento do direito público da economia e da regulação.

O programa do primeiro curso (2001/2002) versava as seguintes matérias:

- *Constituição económica portuguesa e ordem económica comunitária*
- *Instrumentos e autoridades de regulação económica*
- *Regulação e direito da concorrência*
- *Regulação da energia*
- *Regulação das telecomunicações*

- *Regulação dos valores mobiliários e mercados financeiros*
- *Regulação das águas e resíduos*
- *Regulação dos transportes*
- *Regulação dos média*

De então para cá e até ao ano letivo de 2011/12 frequentaram o referido curso 211 alunos, dos quais 120 eram licenciados em direito, 45 em economia ou gestão, 14 em engenharia, 5 em administração pública, 1 em relações internacionais e os restantes 26 distribuídos por outras licenciaturas. Além da parte letiva, foi publicada durante algum tempo uma revista trimestral *on-line* com o título *Direito Público e Regulação*, bem como estudos monográficos sobre temáticas diversas no domínio da concorrência e da regulação setorial.

O programa muda de ano para ano, procurando cobrir novas áreas da regulação e adaptar-se às expectativas de potenciais novos formandos. Daí a aposta em programas mais temáticos.

Programa do curso em 2011-12

- *Regulação – Enquadramento geral*
- *Face institucional da regulação - Autoridades reguladoras*
- *Ordem económica da UE*
- *Direito da concorrência*
- *Ordem económica portuguesa*
- *Regulação da água – Enquadramento geral*
- *Regulação económico-financeira da água*
- *Regulação e gestão por contrato no setor da água*
- *Formatos institucionais da regulação do vinho*
- *Regulação do vinho do Porto*
- *Regulação do mercado do vinho*

Fonte:

http://www.fd.uc.pt/cedipre/cursos/pg_regulacao/curso_regulacao.htmlb, (consultado em 25/08/2012).

b) Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) – Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF)

A Faculdade de Direito de Lisboa, através do seu Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, organiza uma pós-graduação em direito da concorrência e regulação, embora mais focada no primeiro tema do que no segundo.

Em 2012 o curso organizava-se em «dois seminários iniciais dedicados a uma perspetiva geral do regime de defesa da concorrência em Portugal e na UE, versando (i) o conceito de empresa e atividade económica e o regime de cooperação entre empresas e (ii) o regime de abuso de posição dominante, seguidos por módulos temáticos mais específicos, versando aspetos específicos da recentíssima reforma nacional do regime de defesa da concorrência e contemplando igualmente aspetos de reforma da regulação setorial em perspetiva e em desenvolvimento no quadro de medidas previstas no Memorando de Entendimento de Portugal com a Comissão Europeia/FMI e BCE».

Programa

- *O conceito de empresa e atividade económica e o regime de cooperação entre empresas*
- *O regime de abuso de posição dominante*
- *O contencioso da concorrência – balanço e perspetivas em função da reforma do direito português da concorrência*
- *Aspetos processuais do controlo de concentrações e articulação com o regime de contratação pública*
- *O abuso de posição dominante no direito português da concorrência: passado, presente e futuro*
- *Infrações, sanções e recursos no novo regime de defesa da concorrência. Novos poderes da ADC e mecanismos de controlo*
- *Reflexões sobre controlo jurisdicional em matéria de concorrência*
- *Regras relativas a compromissos no novo regime de defesa da concorrência*
- *Cartéis e regime de transações no novo regime*
- *Novos rumos do controlo da concentração de empresas na reforma do direito português da concorrência*

- *O que muda no regime jurídico da clemência*
- *Abuso de dependência económica*
- *Estudos de mercado e novos poderes de supervisão da ADC*
- *Regime de recursos de decisões da ADC*
- *Auxílios de Estado e atuação da ADC em relação a entes públicos*
- *Perspetivas de private enforcement de direito da concorrência*
- *Garantias de defesa no processo contraordenacional por infrações ao direito da concorrência (due process)*
- *Articulação entre aplicação de normas nacionais de concorrência e normas de concorrência da EU*
- *Interação entre normas de regulação setorial e normas de concorrência – setor energético, setor de comunicações eletrónicas e setor financeiro*
- *O estatuto dos principais reguladores setoriais*
- *Mecanismos de salvaguarda da independência e de escrutínio dos reguladores setoriais*

Fonte: http://www.ideff.pt/pos_detail.php?aID=412 (consultado em 24 de agosto de 2012).

2.2. O ensino da regulação em algumas universidades estrangeiras

Vejamos agora o ensino da regulação pública da economia em algumas universidades estrangeiras.

a) London School of Economics

No Reino Unido, o plano de estudos da *London School of Economics* inclui um «*Master of Science on Regulation*». Este mestrado é organizado por dois departamentos diferentes: o «*Department of Law*» e o «*Department of Government*». O programa adota, portanto, uma abordagem pluridisciplinar, como se esclarece na nota de apresentação do curso, combinando temas de direito, de ciência política e de economia das instituições. «*As a field of study* – esclarece-se na nota de apresentação

–, *regulation requires a multi-disciplinary approach, because legal, political and economic issues are intertwined and each has to be understood to make sense of the overall process*».

Desenvolvem-se não apenas os aspetos institucionais da regulação, mas também os aspetos comportamentais («*regulatory bureaucracies, interest groups*»), sem esquecer os aspetos económicos. A perspetiva internacional não é menosprezada, comparando-se, em termos teóricos e práticos, as abordagens norte-americanas e europeia sobre a regulação.

Para acentuar esta vertente “experiencial”, o curso conta com a participação, em seminários e conferências, de especialistas provenientes de entidades reguladoras e de empresas reguladas, ou seja, profissionais com experiências práticas relevantes neste domínio.

O objetivo do curso é assim o de dar aos estudantes «*an essential grounding in theories of regulation encountered in the legal, political science and law & economics literatures. It examines competing explanations of the origins, development and reform of regulation; the styles and processes of regulation; issues surrounding enforcement; the inter-organizational and international aspects of regulation; and questions of evaluation and accountability*», tendo em consideração que a regulação tem hoje um papel central na compreensão do direito e das políticas públicas.

Programa

Disciplinas obrigatórias

- *Law and Politics of Regulation*
- *Foundations of Social Research 1 (Research track only)*
- *Foundations of Social Research 2 (Research track only)*

Opções

- *Environmental Regulation*
- *Environmental Problems and Development Interventions*
- *Global Environmental Governance*
- *Environmental Regulation: Implementing Policy*
- *Concepts in Environmental Regulation*
- *International Political Economy of the Environment*

- *International and European Environmental Law*
- *Science, Technology and Resistance*
- *Issues in Environmental Governance*
- *Finance and Commercial Regulation*
- *Management Accounting, Decisions and Control or Principles of*

Finance

- *Legal Regulation of Information Technology*
- *Regulation of Financial Markets*
- *Regulation, Risk and Economic Life*
- *European Monetary and Financial Services Law*
- *Corporate and Financial Crime*
- *Social Regulation*
- *Anthropology of Politics or Anthropology of Economy: Development, Transformation and Globalization or Anthropology of Economy: Production and Exchange or Law in Society: A Joint Course in Law and Anthropology*

- *Gender and Development: Geographical Perspectives*
- *Policing and Police Powers*
- *Criminal Justice Policy*
- *The Governance of Welfare: The Nation State and the European*

Union

- *Contemporary Issues in European Social Policy*
- *Utilities Regulation*
- *Network Regulation*
- *Media and Communications Regulation*
- *New Media Regulation*
- *Competition Law*
- *EU State Aid Law*
- *Government and Law*
- *Law and Governance of the Single European Market*
- *Comparative Public Policy Change*
- *Political Science and Political Economy: Introduction*

- *Political Science and Political Economy: Advanced Topics*
- *Public Management Theory and Doctrine*
- *Behavioural Public Policy*
- *Jurisprudence and Legal Theory*
- *Law and Social Theory*
- *Modern Legal History*
- *Corporate and Financial Crime*
- *Law of International Economic and Financial Sanctions*
- *Risk and Governance: A Sociological Approach*

Fonte:

<http://www2.lse.ac.uk/study/graduate/taughtProgrammes2012/MScRegulation.aspx>

(consultado em 22 de agosto de 2012).

b) École de Science Politique, de Paris

Em França, na *École de Science Politique*, sediada em Paris, os estudos sobre a regulação estão concentrados no mestrado em Direito Económico, na especialidade «*Entreprises, Marchés et Régulations*». Visa-se, nomeadamente, formar especialistas para «*structures qui conseillent les acteurs des secteurs régulés, c'est-à-dire notamment les départements concurrence et réglementation des cabinets d'avocats, mais encore les services juridiques des opérateurs agissant dans des secteurs régulés, les banques par exemple, voire les services des organisations professionnelles qui les défendent ou à l'inverse les services des autorités de régulation*».

O objetivo principal é dotar os estudantes dos instrumentos necessários que lhes permitam entender «*les caractéristiques majeures et les originalités, de leur faire acquérir les réflexes juridiques professionnels comme utilisateur de n'importe quel régulateur, en leur permettant en permanence de combiner les principes de base du droit public avec les spécificités du droit de la régulation*».

A formação inclui um curso geral sobre «Os princípios gerais do direito da regulação e dos mercados», e ensino especializado sobre alguns temas, nomeadamente, sobre regulação das telecomunicações, média e energia.

O curso geral sobre o direito da regulação e dos mercados debruça-se, em especial, sobre as instituições de regulação francesas de modo a estabelecer a base comum em que assentam os traços essenciais da regulação. São analisados entre outros os seguintes pontos:

- *Typologie et histoire*
- *Insertion dans la hiérarchie des normes et des pouvoirs*
- *Place institutionnelle et statut*
- *Compétences (missions de régulation, pouvoirs de réglementation, règlement de différends, enquête, sanction...)*
- *Moyens budgétaires et humains*
- *méthodes et procédures*
- *Indépendance et déontologie*
- *Contrôles politiques et juridictionnels*

Fonte: <http://master.sciences-po.fr/droit/contenu/master-droit-conomique>

(Consultado em 23/08/2012).

c) Instituto Universitário Europeu, de Florença

Em Itália, no *Instituto de Universitário Europeu* (IUE), o interesse pelas questões da regulação expressa-se na organização de diversos seminários temáticos, ora incidindo sobre questões transversais que enformam a produção de regulação, como as dos novos riscos e a regulação global (alterações climáticas, segurança de produtos, comércio internacional) ou a da relação entre concorrência e regulação, ora dedicados questões setoriais que vão desde a energia, os transportes ou os produtos farmacêuticos. A abordagem multidisciplinar que caracteriza este Instituto de ensino superior europeu reflete-se nos programas que organiza sobre esta temática, a que se junta também a contribuição de especialistas com experiências práticas relevantes. Este é precisamente o modelo adotado na *Florence School of Regulation* (FSR) que, por isso, vale a pena destacar.

A *Florence School of Regulation* (FSR) é um fórum especificamente dedicado às questões da regulação económica, em matéria de formação e investigação. Iniciou

a sua atividade focado na regulação da energia (gás e eletricidade), reunindo para esse efeito, académicos, reguladores e empresas reguladas de diversos países. A sua atividade inclui a análise e discussão de conceitos, de práticas e políticas, a divulgação das melhores práticas e previsão e estudos de novos desafios e o desenvolvimento de uma linguagem e cultura de regulação comum.

A FSR pretende ser uma escola de referência em diferentes áreas da regulação, agregando, apurando e consolidando o conhecimento produzido em diferentes países. A importância dada a este tema assenta basicamente na importância que os setores regulados têm na Europa, não apenas de um ponto de vista económico, mas também social. Além disso trata-se de setores interligados, em rede, de um ponto de vista físico, o que exige que a sua respetiva regulação seja também articulada, envolvendo para o efeito não apenas as autoridades nacionais mas também as europeias, em particular a Comissão Europeia e as diversas agências reguladoras supranacionais, como a Agência para a Cooperação dos Reguladores de Energia (ACER). Por esta razão a FSR pretende ser um local que favoreça a comunicação e a construção de consensos para identificar os melhores instrumentos jurídicos e económicos de regulação e para assegurar às entidades reguladoras as condições adequadas de eficiência, independência, prestação de contas e legitimação democrática.

Programa

Bloco I (curso intensivo)

- *Electric power and gas systems: Structure, organization and functioning*
- *Theory and principles of regulation and competition*
- *Models of regulation*
- *Restructuring of the electric power and gas industries*
- *Regulatory institutions*
- *Regulatory economics: Monopolistic activities. Approaches to price control*
- *Regulatory economics: Competitive activities*
- *Quality of service in electricity and gas*
- *Environmental issues in energy systems*
- *Traditional regulation of energy utilities regulator*
- *Electricity distribution*

- *The electricity transmission network*
- *Electricity markets. The wholesale market*
- *Electricity markets. The retail market*
- *Gas markets. The wholesale market*
- *Gas markets. The retail market*
- *Gas networks*
- *Tariff design*
- *Legal issues in EU energy regulation*
- *NRAs and ACER*

Bloco II

- *Module 1 - Electricity and gas systems (Preliminary reading)*
- *Module 2 - Theory and principles of regulation (Preliminary reading)*
- *Module 3 - Traditional regulation (Preliminary reading)*
- *Module 4 - Monopolistic*
- *Module 5 - Competitive activities*
- *Module 6 - Wholesale electricity markets*
- *Module 7 - Electricity transmission*
- *Module 8 - Gas markets*
- *Module 9 - Gas networks*
- *Module 10 - Electricity distribution*
- *Module 11 - Quality of service*
- *Module 12 - Electricity retail markets*
- *Module 13 - Tariff design*
- *Module 14 - Regulatory authorities*
- *Module 15 - Environmental regulation*

Bloco III (curso intensivo)

- *Case study on quality of supply and the protection of energy consumers*
- *Introduction and first round of the simulation game of competitive electricity markets*

- *Case study on issues in design and regulation of day-ahead electricity markets*
- *Case example on the integration of electricity and/or gas markets in the European Union*
- *Case study on gas networks and markets*
- *Case examples on competition law*
- *Second round of the simulation game of competitive electricity markets*
- *Case study on long-term security of supply in electricity generation*
- *Evaluation of the current state of implementation of the Internal Electricity and Gas Markets and recent developments*
- *Third round of the simulation game of competitive electricity markets*
- *Case study on authorisation of operations of mergers and acquisitions*
- *Case study on electricity transmission investment & pricing and renewable generation*
- *Institutional & public communication issues in energy regulatory commissions*
- *Debate and conclusions of the simulation game on competitive electricity markets*
- *Current issues affecting the sustainability of the present energy model*
- *The limits to fossil fuel supply & the sustainability of the energy model: The role of regulation*
- *The social component of sustainability: universal energy access. The role of regulation*
- *Roundtable and open debate with the course speakers and participants on the conceptual and implementation issues of the proposed regulatory approaches*

Fonte:

http://www.florence-school.eu/portal/page/portal/FSR_HOME/ENERGY/Training/Annual/2012-2013Edition/ (consultado em 24/08/2012).

Esse mesmo tipo de abordagem interdisciplinar dos estudos da regulação é igualmente visível no programa do *Competition & Regulation Working Group* do IUE. A investigação e discussão deste grupo assenta na importância crescente ao nível europeu não só da política da concorrência, mas também da regulação das infraestruturas, regulação essa inicialmente apenas concebida para introduzir concorrência em certos mercados, mas que cada vez mais é reconhecida como um instrumento que deve permanecer para além desse objetivo. Conta expressamente com a contribuição de saberes diversos, desde a história ao direito e à economia, e agrega especialistas externos ao corpo docente do Instituto.

d) Universidade de Bonn (Rheinische Friedrich-Wilhelms Universitaet)

Na Alemanha, decorre na *Universidade de Bona* o «*Master of European Regulation of Network Industries (MERNI)*», inserido no âmbito dos estudos sobre integração europeia.

Inclui diferentes módulos sobre regulação das indústrias de rede em geral e sobre regulação da concorrência na UE, bem como módulos sobre economia e gestão dessas mesmas indústrias. Módulos especializados sobre cada uma dessas indústrias, quer do ponto de vista regulatório quer do ponto de vista do seu modelo de negócios, fazem também parte do programa de estudos.

Programa

Módulos básicos

- *Introduction to the Regulation of Network Industries*
- *Liberalisation of Network Industries in the EU*
- *Introduction to the Economics of Network Industries*
- *Business Concepts for Network Industry Analysis*
- *Basic 5: Introduction to EC Antitrust Law and Merger Control*
- *State Aid and Services of General Economic Interest*
- *International Framework for the Regulation of Network Industries*
- *Regulatory Rational and Remedies: A Synoptic Overview*

Módulos especializados

(General description of the sector, technology particularities, economics of the sector, sector-specific regulation, business aspects, implementation of the sector-specific regulation in the member states, application of competition law to the sector)

- *Electronic Communications*
- *Energy (Electricity & Gas)*
- *Postal Services*
- *Transport (Air & Rail)*
- *Water*

Fonte:

[http://www.postgraduate.de/MBA/Studium/Master_of_European_Regulation_of_Net_work_Industries_\(MERNI\)_2857.htm](http://www.postgraduate.de/MBA/Studium/Master_of_European_Regulation_of_Net_work_Industries_(MERNI)_2857.htm); consultado em 24 de agosto de 2012.

d) Disciplinas de regulação pública da economia em outros cursos

Existem disciplinas de regulação pública da economia no âmbito dos estudos de direito e de economia em algumas escolas de ensino superior. É o caso da Universidade Católica em Lisboa ou da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.

Uma vez mais a título de exemplo, reproduz-se aqui o programa da disciplina de «Direito regulatório e economia» ministrado na Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.

O objetivo do curso é o de «permitir aos alunos de direito avaliarem os reflexos que as decisões em matéria de política regulatória exercem sobre a economia e o desenvolvimento do País, bem como os desafios com os quais se confronta cotidianamente a autoridade reguladora, que envolvem discussões tanto de natureza econômica quanto jurídica».

O curso distribui-se por cinco módulos:

Módulo 1 – Teoria económica da regulação

- *Revisão de conceitos de microeconomia*
- *Teorias da regulação*
- *Instrumentos para a regulação de infraestruturas*
- *A participação do Estado na atividade económica*

- *Novas questões regulatórias e a recente experiência europeia*

Estudo de caso: regulação das telecomunicações no Brasil: histórico e reforma na década de 90.

Módulo 2 – Temas em regulação de serviços públicos

- *Regulação dos serviços públicos*
- *Serviços públicos e atividade econômica: limites à intervenção do Estado*
- *As funções das agências reguladoras na disciplina dos serviços públicos e das atividades econômicas*

- *Direitos do usuário de serviço público*
- *A tarifa como instrumento regulatório*
- *Modicidade tarifária e equilíbrio econômico-financeiro da concessão*
- *Prorrogação de concessões e permissões de serviços públicos*
- *Estudo de caso: cobrança de assinatura básica na prestação de serviços de telefonia fixa comutada*

- *Estudo de caso: prorrogação de permissões de ônibus*
- *Estudo de caso: CPI das tarifas: porque são diferentes as tarifas de energia elétrica em distintos Estados da federação?*

Módulo 3 – Direito, regulação e concorrência

- *Interação entre agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência*
- *Compartilhamento de infraestruturas*
- *Teoria das essential facilities*
- *A recusa de compartilhamento de infraestrutura como conduta anticompetitiva e como infração regulatória*

- *Estudo de caso: decisão do CADE no caso TVA/Directiv*
- *Estudo de caso: a cobrança de THC2 no Porto Organizado de Santos – decisão do CADE*

Módulo 4 – Regulação do setor de energia elétrica

- *Histórico e privatização do setor*
- *O setor elétrico no ordenamento jurídico vigente*
- *O modelo de privatização inicialmente previsto*
- *Os agentes setoriais*

- *O novo modelo (1995-2003)*
- *O “novíssimo” modelo (2004-)*
- *Planejamento e regulação.*

• *Estudo de caso: neste módulo, serão aprofundados os temas tratados nos módulos 1, 2 e 3 com um estudo de caso mais pormenorizado das mudanças por que passou o setor elétrico desde os primeiros empreendimentos de energia elétrica, na virada do século XIX para o século XX, até a última reforma do marco regulatório adotado pelo Brasil em 2004. (...)*

Módulo 5 – Regulação de outros setores de infraestrutura

O módulo abordará o estudo das linhas gerais de regulação de petróleo e gás natural, concessão de rodovias e portos.

Estudos de caso:

- *Regulação do petróleo e do gás natural: o regime inaugurado em 1997 e os debates atuais*
 - *A Lei de modernização dos Portos e o Decreto 6620/2008: deve haver concorrência entre portos públicos e terminais portuários de uso privativo?*
- A concessão de rodovias – diferentes modelos tarifários.*

Fonte:

<http://diretorio.fgv.br/direito-regulatorio-e-economia> (consultado em 28 de novembro de 2012).

3. Programa da disciplina de Direito Público da Regulação

3.1. Objetivos

Posta esta introdução, onde se mostrou brevemente a pertinência e atualidade do estudo da regulação pública da economia, ilustrada por alguns exemplos de diversas escolas onde ela consta na respectiva oferta curricular, importa agora definir os objetivos desta disciplina e apresentar o seu programa, justificando as suas escolhas principais.

Este é uma disciplina sobre regulação pública da economia para alunos de Direito, pelo que deve assumir a sua natureza essencialmente jurídica. Trata-se portanto de uma disciplina de Direito público da regulação da economia.

Esta nova “cadeira” do curso de Direito destina-se a completar a formação de quem, por curiosidade académica, pretenda aprofundar os seus conhecimentos nesta área recente do saber jurídico, ou de quem necessite de o fazer por escolha de uma orientação profissional para o seu mestrado (2.º ciclo de estudos).

Nesta “unidade curricular”, enquadrada no segundo ciclo de estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, adotaremos portanto o modelo clássico das disciplinas jurídicas.

Assim, depois de uma introdução que define o objeto da disciplina e o seu enquadramento na enciclopédia jurídica, segue-se a Parte I do programa, dedicada ao enquadramento histórico-político da regulação da economia de mercado, tanto a nível transnacional como a nível nacional. Esta parte do programa não passa de uma versão sumária da primeira Parte deste relatório.

Entrando na matéria jurídico-regulatória, a Parte II aborda os aspetos gerais do Direito público da regulação, compreendendo sucessivamente o enquadramento internacional, a constituição económica da UE, bem como o enquadramento constitucional interno, as fontes do Direito público da regulação, as autoridades de regulação, os instrumentos do Direito administrativo da regulação, nomeadamente o poder normativo, o poder de supervisão e o poder de “*enforcement*”, a situação jurídica dos regulados e, finalmente, as relações jurídico-institucionais entre a regulação e a defesa da concorrência.

A Parte III do programa constitui a parte especial ou substantiva do Direito público da regulação, abordando sucessivamente a regulação transversal da atividade económica, a regulação das profissões, a regulação das infraestruturas, a regulação das *utilities*, a regulação dos serviços de interesse económico geral, a regulação dos serviços financeiros, a regulação dos média, a regulação do setor da saúde, a regulação do setor da construção e do imobiliário e, por último, a regulação das “denominações de origem”. Sem pretender ser exaustivo, cobrem-se as áreas mais relevantes da regulação económica na atualidade, incluindo designadamente todos os setores onde existem autoridades de regulação dedicada.

Como se vê, este programa diverge da aproximação mais corrente nos cursos e disciplinas de regulação pública da economia, que se concentram na regulação setorial e nas respetivas autoridades de regulação. São duas as razões dessa diferença. Por um lado, na tradição da Escola de Coimbra, o ensino de qualquer disciplina jurídica não pode prescindir da respetiva “parte geral”. Por outro lado, por mais relevante que seja a regulação setorial, não pode esquecer-se a regulação de âmbito mais geral, incluindo a regulação das profissões e a regulação dos serviços de interesse geral.

No caso da Parte III, dedicada à “parte especial” da disciplina (regulação substantiva), notar-se-á que, diferentemente do que é habitual em estudos de regulação pública da economia, a regulação das antigas *public utilities* (ou serviços públicos económicos) se encontra aqui repartida por três capítulos diferentes, sendo o primeiro dedicado à regulação das infraestruturas, o segundo à organização e provisão dos serviços em causa e o terceiro dedicada aos “serviços de interesse económico geral” (SIEG). Na verdade, a desintegração dos antigos monopólios públicos verticais em diferentes atividades económicas e a sua sujeição ao mercado aconselham a considerar separadamente cada um dos referidos aspetos.

Daí a relativa originalidade do plano a seguir apresentado, que na verdade desenvolve e se inspira no programa do primeiro Curso de pós-graduação de regulação pública da economia organizado pelo CEDIPRE há mais de uma década (apresentado *supra*).

3.2. Plano geral da disciplina

Definido o objeto e os objetivos do curso, cabe agora apresentar o plano da disciplina de forma suficientemente desagregada, de modo a possibilitar a perceção do desenvolvimento da exposição. É o que será feito de seguida.

Introdução

- 1. Sentido e objeto de uma disciplina de regulação pública da economia*
- 2. O direito da regulação económica como Direito público especial*
- 3. O Direito administrativo regulatório*

Parte I – Teoria geral da regulação pública da economia

1. Enquadramento geral da atividade regulatória

- 1.1. As relações entre o Estado e a economia*
- 1.2. As funções do Estado nas economias de mercado*
- 1.3. Do Estado intervencionista ao Estado regulador*
- 1.4. Defesa da concorrência e regulação como modos de ordenação pública*

da economia

2. Sentido e justificação da regulação

- 2.1. Justificações de natureza económica: as falhas de mercado*
- 2.2. Justificações extraeconómicas*
- 2.3. Regulação tradicional e nova regulação*

3. Noção, objeto e âmbito da regulação

- 3.1. Definindo conceitos*
- 3.2. Tipos e formas de regulação*
- 3.3. As transformações da regulação*
- 3.4. Regulação e outras formas de intervenção pública no mercado*
- 3.5. Objeto da regulação*

4. A regulação pública da economia na União Europeia e em Portugal

- 4.1. A UE como “Estado regulador”*
- 4.2. O Estado regulador em Portugal*
- 4.3. A crise económico-financeira de 2008 e o seu impacto na regulação ao*

nível da UE

- 4.4. O acordo de ajuste orçamental de 2011 e o seu impacto na regulação*

em Portugal

5. Problemas e desafios da regulação na atualidade

- 5.1. Problemas gerais*
- 5.2. Principais desafios*

Parte II – Direito público da regulação em geral

1. Bases constitucionais da regulação

- 1.1. Enquadramento transnacional da regulação*
- 1.2. A “constituição regulatória” da União Europeia*
- 1.3. A “constituição regulatória” da CRP*
- 1.4. Obrigação de regulação e limites da regulação*

2. Fontes jurídicas da regulação

- 2.1. Governo multinível e estratificação das fontes*
- 2.2. Fontes da regulação económica internacional*
- 2.3. Fontes da regulação económica europeia*
- 2.4. Fontes da regulação económica nacional*
- 2.5. Relação entre as fontes da regulação*

3. Autoridades de regulação

- 3.1. Autoridades de regulação internacional*
- 3.2. Autoridades de regulação da UE*
- 3.3. A administração regulatória nacional*
- 3.4. Em especial: as autoridades reguladoras independentes (ARI)*
- 3.5. A regulação por entidades privadas delegadas*
- 3.6. Financiamento das autoridades reguladoras*

4. Autorregulação

- 4.1. A intervenção dos regulados nas tarefas de regulação*
- 4.2. Autorregulação privada e autorregulação publicamente institucionalizada*
- 4.3. A racionalidade da autorregulação oficial*
- 4.4. As instituições públicas de autorregulação em Portugal*
- 4.5. A autorregulação delegada: as entidades de certificação de produtos agrícolas*

4.6. Alguns casos de autorregulação privada: autorregulação da publicidade

5. Instrumentos da regulação

- 5.1. As diferentes técnicas de regulação*
- 5.2. Estado de direito e princípio da legalidade*
- 5.3. As três vertentes da regulação (lato sensu)*
- 5.4. Estabelecimento de regras*
- 5.5. Implementação e supervisão das regras*
- 5.6. Sanções regulatórias*

6. Os regulados

- 6.1. A relação jurídico-administrativa regulatória*
- 6.2. Autorregulação, correção e participação regulatória*
- 6.3. Meios de defesa perante medidas regulatórias*

7. Regulação e defesa da concorrência

- 7.1. Exclusão, complementaridade, sobreposição*
- 7.2. Articulação entre a autoridade de concorrência e as autoridades de regulação setorial*

Parte III – Áreas da regulação em especial

1. A regulação transversal da atividade económica em geral

- 1.1. Áreas da regulação*
- 1.2. Justificação da regulação*
- 1.3. Instrumentos regulatórios*
- 1.4. Regime de acesso à atividade industrial e à atividade comercial*
- 1.5. Autoridades de regulação*

2. Regulação das profissões

- 2.1. Economia de serviços e regulação profissional*

2.2. Liberdade de profissão e profissões reguladas

2.3. UE: mercado interno e liberdade de prestação de serviços

2.4. A autorregulação profissional

2.5. Autorregulação profissional e concorrência

3. Regulação das infraestruturas e das redes

3.1. Responsabilidade do Estado pelas infraestruturas

3.2. A liberalização e a privatização da gestão das infraestruturas

3.3. A regulação das infraestruturas e das redes

4. Regulação das utilities

4.1 Liberalização e privatização das utilities (remissão)

4.2. Fundamentos da regulação das utilities (remissão)

4.3. Regulação das utilities ao nível da UE

4.4. Autoridades de regulação

4.5. Principais instrumentos de regulação

4.6. Regulação da energia (eletricidade e gás)

4.7. Regulação das telecomunicações

4.8. Regulação dos serviços postais

4.9. Regulação dos transportes rodoviários, ferroviários e marítimos

4.10. Regulação dos transportes aéreos

4.11. Regulação da água e dos resíduos

5. Regulação dos serviços de interesse económico geral

5.1. Estado social e Estado de bem-estar

5.2. Serviços públicos económicos (“utilities”) e serviços públicos não económicos

5.3. Liberalização/privatização dos serviços públicos económicos

5.4. Os SIEG na ordem económica da UE

5.5. Obrigações de serviço público

5.6. Regime jurídico dos SIEG a nível nacional e o nível local

5.7. Os direitos especiais dos utentes dos SIEG

6. Regulação dos serviços financeiros

- 6.1. Avatares da regulação do setor: da desregulação à re-regulação
- 6.2. Estrutura dos serviços financeiros
- 6.3. Fundamentos da regulação do setor
- 6.4. Autoridades de regulação a nível global, europeu e nacional
- 6.5. Principais instrumentos de regulação
- 6.6. Regulação e autorregulação auxiliar

7. Regulação dos meios de comunicação

- 7.1. Estrutura dos média
- 7.2. Fundamentos da regulação do setor
- 7.3. Regulação dos média a nível da UE
- 7.4. Autoridades de regulação
- 7.5. Principais instrumentos de regulação
- 7.6. Regulação da Internet em especial
- 7.7. Regulação e autorregulação
- 7.8. Direito de resposta e de retificação
- 7.9. O serviço público de rádio e televisão

8. Regulação do setor da saúde

- 8.1. Referência história
- 8.2. Estrutura do setor
- 8.3. Fundamentos da regulação do setor
- 8.4. Regulação do setor a nível da UE
- 8.5. Autoridades de regulação
- 8.6. Principais instrumentos de regulação

9. Regulação do setor da construção e do imobiliário

- 9.1. Estrutura do setor
- 9.2. Fundamentos da regulação do setor
- 9.3. Autoridades de regulação
- 9.4. Principais instrumentos de regulação

10. Regulação das denominações de origem agrícolas

10.1. *Sentido e justificação das denominações de origem*

10.2. *Regulação das indicações geográficas a nível da UE*

10.3. *Regulação das denominações de origem a nível nacional*

10.4. *O caso especial das denominações de origem vitivinícola*

10.5. *Autoridades de regulação*

10.6. *Principais instrumentos de regulação*

4. Bibliografia geral sobre Direito público da regulação económica

4.1. Livros

AAVV (1997), *L'administration à l'épreuve des mutations économiques*, Toulouse: Université des Sciences sociales.

AAVV (2000), *A regulação em Portugal*, Lisboa: ERSE.

Albuquerque, R. & Cordeiro, A. M. (coords.) (2004), *Regulação e concorrência*, Coimbra: Almedina.

Ariño Ortiz, G. (2001), *Principios de derecho público de la economía*, Granada: Comares.

Ariño Ortiz, G.; De la Cuétara, J. M. & Del Guayo Castiella, P. (2012), *Regulación económica*, Madrid: Aranzadi.

Breyer, S. G. & Stewart, R. B. (1985), *Administrative Law and Regulatory Policy*, 2ª ed. Boston: Little Brown & Co.

Bronwen M. e Karem Y. (2007), *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press.

Cardozo, J. E. M. et alii (orgs.) (2006), *Curso de direito administrativo económico*, São Paulo: Malheiros, vol. III, cap. IX.

Carullo, A. (2005), *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 3ª ed., Milão: Cedam.

Craig, P. P. (1999), *Administrative Law*, 4^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, cap. 11.

Dellis, G. (2010), «Régulation et droit “continental”»: Essai d’une approche synthétique», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, pp. 957-979.

De Lucia, L. (2002), *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turin: Giappichelli.

Di Pietro, M. S. Z. (org.) (2004), *Direito regulatório: Temas polêmicos*, 2^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum.

Di Plinio, G. (2009), *Scritti di Diritto pubblico dell’economia*. Pescara: Abruzzesi.

Du Marais, B. (2004), *Droit public de la régulation économique*. Paris: Dalloz-Sirey.

Fehling, M. (2006) «Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschlands: Zu der Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts», in Hill, H. (org.), *Die Zukunft des öffentlichen Sektors*, Baden-Baden: Nomos.

Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.) (2010), *Regulierungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Ferreira, E. P. et alii (coords.) (2009), *Regulação em Portugal, Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina.

Frison-Roche, M.-A. (éd.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz.

Gonçalves, P. (2008), *Regulação, eletricidade e telecomunicações: Estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra: Coimbra Editora.

Gonzalez-Varas, S. (2012), *Tratado de Derecho administrativo*, tomo VI, *Derecho administrativo económico*, 2^a ed. Madrid: Civitas.

Guerra, S. (2005), *Temas de direito regulatório*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora.

Marcou, G. & Moderne, F. (eds.) (2005), *Droit de la régulation: Service public et intégration régionale*, Paris: L’Harmattan.

Moreira, E. B. & Mattos, P. T. L. (coords.) (2010), *Direito concorrencial e regulação económica*, Belo Horizonte: Editora Fórum.

Muñoz Machado, S. e Esteve Pardo, J. (2009), *Fundamentos y instituciones de la regulación*, Madrid: Iustel.

Neto, D. F. M. (2003), *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar.

Nutzinger, H. G. (2003), *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft: Festschrift Christian von Weizsaecker*, Goettingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Otero, P. & Gonçalves, P. (2009-2010), *Tratado de Direito administrativo especial*, 4 vols., Coimbra Almedina.

Salomão Filho, C. (2008), *Regulação da atividade econômica*, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros.

Shapiro, M. G. (2010), *Direito econômico regulatório*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

Souto, M. J. V. (2002), *Direito administrativo regulatório*, Rio de Janeiro : Lumen Iuris.

Sundfeld, C. A. (coord.) (2000), *Direito administrativo econômico*, São Paulo : Malheiros.

Valentini, S. (coord.) (2005), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milão: Giuffrè.

Vicente, M. S. N. (2012), *A quebra da legalidade material na atividade administrativa da regulação econômica*, Coimbra: Coimbra Editora

4.2. Revistas

Existem em língua portuguesa revistas especialmente dedicadas ao direito da regulação, tais como:

– *Concorrência e Regulação*, editada em parceria pela Autoridade da Concorrência e pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, da FDUL.

– *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, editada em São Paulo pela editora MP Editora.

– *Revista de Direito de Direito Pública da Economia (RDPE)*, publicada em Belo Horizonte, Ba. pela Editorial Fórum.

5. Desenvolvimento do programa da disciplina

5.1. Planificação da disciplina

A distribuição do tempo disponível pelo conjunto do programa é apresentada no quadro abaixo.

A distribuição do tempo apresentada tem em conta a natureza assumidamente jurídica do Curso, concentrando portanto a maior parte do tempo disponível na parte II e na parte III do programa.

Repartição do tempo letivo

<i>Grandes áreas</i>	<i>Tempo letivo</i>
Introdução	1 h
Parte I – Teoria geral da regulação da economia	5 h
Parte II – Direito da regulação em geral	10 h
Parte III – Direito da regulação em especial	14 h

Naturalmente, uma parte do tempo letivo previsto, sobretudo no que respeita às aulas sobre a Parte II e a Parte III, será dedicado à apresentação e discussão de uma seleção dos trabalhos dos estudantes (ver *infra*, Parte III do Relatório).

Para além do tempo letivo propriamente dito, em aula, deve ainda considerar-se o trabalho necessário para aconselhamento e orientação do trabalho dos estudantes, para o qual se prevê um horário de *drop in*, a anunciar no início do Curso.

5.2. Sumários das aulas

Desenvolvem-se, a seguir, os diferentes capítulos do programa antes apresentado, desagregando-os nos temas correspondentes. Cada “sumário” é acompanhado de uma nota explicativa (*Argumento e problemas*), onde são apresentados os principais aspetos (os *highlights*) de cada matéria.

Além disso, são ainda selecionados temas para serem desenvolvidos pelos estudantes do curso nos seus trabalhos e apresentações, individualmente ou em grupo

(*Temas para aprofundar*). A sua apresentação neste contexto é exemplificativa, variando de ano para ano, tendo em conta a atualidade dos temas, e deixando aos estudantes outras opções de acordo com as suas preferências. Para além de orientações quando à pertinência dos temas, no capítulo relativo ao método de ensino e avaliação (*infra*. Cap. 6), apresenta-se um conjunto de orientações metodológicas para a preparação de pequenos trabalhos académicos, a distribuir aos estudantes na primeira aula.

No final de cada sumário, é apresentada uma bibliografia específica, a título principal e complementar, tendo em conta a sua pertinência e atualidade. Também a bibliografia é naturalmente variável de ano para ano, devendo ser permanentemente atualizada tendo em conta a produção científica mais recente.

Sumário n.º 1 – Introdução

I - Plano da lição

1. Sentido e objeto de um curso de regulação pública da economia

- 1.1. Apresentação do plano de curso e do método de avaliação
- 1.2. Avaliação das experiências e expectativas dos alunos

2. O direito da regulação económica como direito público especial

- 2.1. Pluralidade de perspetivas sobre a regulação

- a) História da regulação*
- b) Política da regulação*
- c) Economia da regulação*
- d) Direito da regulação*

- 2.2. Do clássico “Direito público da economia” ao “Direito público da regulação”

3. O Direito administrativo regulatório

- 3.1. Autonomia do Direito administrativo da regulação
- 3.2. Especificidades do Direito administrativo da regulação

II - Argumento e problemas

1. A primeira coisa a fazer quando se apresenta um novo Curso é justificar a autonomia didática desta nova disciplina do direito público da economia. Trata-se da

primeira ocasião para apontar as transformações da ordenação económica nas últimas décadas, entre as quais avulta o papel regulador do Estado.

Uma referência a anteriores iniciativas nesta matéria pode servir de “entrada” ao Curso.

2. Com o abandono ou perda de peso dos institutos tradicionais do Direito Público da Economia, como as nacionalizações e privatizações, o setor público empresarial, o planeamento, etc., os temas centrais do direito que rege a ação do Estado na esfera económica são agora os que têm a ver com a *função ordenadora do mercado*, nomeadamente o direito da concorrência e o direito da regulação.

Ora, se o Direito da concorrência se autonomizou há muito como nova disciplina jurídica, não há razão para não fazer o mesmo com o direito da regulação pública da economia.

3. O direito da regulação pública da economia é, no essencial, Direito administrativo, visto que regula antes de mais a *Administração regulatória*, ou seja, as autoridades administrativas com funções reguladoras. Trata-se, de facto, de normas, decisões e ações de autoridades públicas, em cumprimento ou no uso de poderes discricionários deixados pela lei, em sentido lato (incluindo as normas de direito internacional, bem como os tratados da UE).

Todavia, o *Direito administrativo regulatório* apresenta diversas peculiaridades que lhe conferem uma certa especificidade. Entre elas contam-se as seguintes:

- a) A sua repartição por vários níveis do poder público (*multilevel government*), com especial peso do Direito constitucional e administrativo da União Europeia;
- b) A sua forte dependência de opções constitucionais (“constituição regulatória”), tanto a nível da UE como a nível nacional;
- c) Independência das autoridades reguladoras face ao Governo;
- d) Amplos poderes normativos (poder regulamentar da administração reguladora);
- e) Concentração na mesma autoridade administrativa dos três poderes que constituem a fileira regulatória quando se trata de entidades reguladoras

independentes: poder normativo, poder fiscalizador, poder sancionatório, a que acresce por vezes um poder parajurisdicional de resolução de conflitos;

f) Ampla discricionariedade no poder regulamentar e na atuação concreta das autoridades reguladoras;

f) Forte intrusão na propriedade e na liberdade económica e profissional dos regulados (alienação forçada de redes, obrigação de contratar e de ceder acesso à infraestruturas próprias, poder de inspeção intrusivo das autoridades reguladoras, interdições profissionais, etc.);

g) Instrumentos de *soft law* (recomendações, advertências e outros meios informais), combinação de *soft law* com *hard law* nas medidas na atividade reguladora (recomendações, em vez de normas e de atos administrativos, “comply or explain” em vez de injunções, etc.);

h) Poderes sancionatórios fortes das autoridades reguladoras;

i) Poderes “parajudiciais” das autoridades reguladoras;

j) Procedimentalização qualificada das medidas regulatórias, procedimentos regulatórios fortemente participados pelos interessados (procedimento regulamentar, procedimentos decisórios);

l) Jurisdição contenciosa privativa;

Neste ponto discutiremos cada uma destas especificidades.

III - Temas para aprofundar

a) Temas clássicos do Direito Público da Economia: ausência do tema da regulação nos manuais tradicionais de DPE;

b) O nascimento do direito da regulação em Portugal;

c) A técnica do *soft law* e do “*comply or explain*” no caso das regras de “*corporate governance*”.

IV - Bibliografía

a) *Leituras recomendadas*

Esteve Pardo, J. (2009), «El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público», in Munoz Machado, S. e Esteve Pardo, J. *Fundamentos y instituciones de la regulación*, Iustel: Madrid, pp. 387 ss.

Gonçalves, P. (2006), «Direito administrativo regulatório», in AAVV, *Estudos em homenagem a Marcelo Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora.

b) Bibliografia complementar

Masing, J. (2003), «Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts», *Die Verwaltung*, 36, Heft 1, Berlin: Dunckler & Humblot.

Ruffert, M. (1999), «Regulierung im System des Verwaltungsrecht», *AoR*, 124, pp. 237 ss.

Valentini, S. (coord.) (2005), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milão: Giuffrè, cap. IV.

Sumário n.º 2 - Enquadramento geral da atividade regulatória

I – Plano da lição

1. Enquadramento geral da atividade regulatória

1.1. As relações entre o Estado e a economia

1.1.1. Os sistemas económicos: capitalismo e socialismo; economia de mercado e economia centralmente dirigida; “tipos ideais” e realidades mistas.

1.1.2. A revolução liberal e as bases jurídico-económicas da economia de mercado: a “mercadorização” dos “fatores económicos”

a) Privatização e “desamortização” da terra

b) Liberdade de trabalho e de profissão

c) Liberalização do crédito

d) Liberalização dos monopólios profissionais e estaduais do “antigo regime”

1.1.3. As fases da relação Estado-economia desde a revolução liberal

a) A fase liberal: a “mão invisível” e o “Estado guarda-noturno”

b) O Estado intervencionista: do “Estado corporativo” ao “Estado social”

c) A desintervenção económica do Estado e o “Estado regulador”

1.2. As funções do Estado nas economias de mercado

1.2.1. A economia de mercado como economia essencialmente privada e “descentralizada”. A separação básica entre o Estado e a economia.

1.2.2. As “modalidades do capitalismo” (*varieties of capitalism*) e o papel económico do Estado

1.2.3. Integração económica e regulação supranacional da economia

1.2.4. Globalização dos mercados e regulação internacional da economia

1.3. Do Estado intervencionista ao Estado regulador

1.3.1. Os fatores da mudança

1.3.2. Liberalização dos monopólios públicos

1.3.3. Privatização do setor público

1.4. Defesa da concorrência e regulação como modos de ordenação pública da economia

II - Argumento e problemas

1. Importa neste ponto introdutório fornecer aos estudantes uma perspetiva histórica sobre o modo como o Estado tem exercido o seu papel nas economias de mercado e, desde logo, mostrar que essa presença, embora com uma geometria variável, é, na verdade, uma constante desde o século XIX, seja qual for o tipo de sistema económico dominante. De facto, ela é visível mesmo nas fases onde foi maior a influência de teorias mais liberais no que diz respeito ao papel do Estado na economia. Desde o final do século XIX, fase na qual nasceram, aliás, as primeiras leis *anti trust* nos EUA, tornou-se evidente que ao Estado competia até proteger uma das marcas genéticas do mercado, a concorrência, da sua própria autodestruição. Convém ainda mostrar como essa presença do Estado nas economias de mercado oscilou entre momentos de alargada intervenção e momentos de grande liberalização. Reportando-nos ao período que decorre do fim do século XIX até à atualidade, o que vemos são ciclos oscilantes de maior ou menor presença do Estado na economia, ciclos esses a que se associam teorias económicas mais ou menos intervencionistas ou mais ou menos liberalizadoras. Esta evolução cíclica também se reflete nos instrumentos de intervenção usados pelo Estado. Se num momento mais liberalizador ou mais interventor alguns deles parecem ser definitivamente abandonados, verificamos que voltam mais tarde, ainda que *aggiornatos* com novas designações e “roupagens”, mantendo no entanto todas as suas características essenciais.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com as nacionalizações ou a intervenção do Estado na gestão de empresas privadas, as quais foram banidas dos instrumentos políticos de intervenção económica pelo movimento das privatizações que dominou as economias de mercado desde a década de oitenta do século passado, voltando, contudo, a ser usadas no início da crise de 2007 para resolver problemas urgentes no setor financeiro. Mesmo que a fundamentação do seu uso não tenha sido a mesma de outrora, ou seja, uma opção favorável da propriedade pública em vez da privada de certos meios de produção, a nacionalização e a intervenção na gestão de empresas privadas não deixaram, por isso, de ser usadas como instrumentos de intervenção pública na economia, ainda que de forma transitória.

E isso não se passa apenas com os instrumentos mais interventivos, como os dois exemplos que referimos antes. Pensemos, por exemplo, nas concessões, utilizadas no século XIX para a construção de grandes obras públicas e profusamente retomadas no final do século XX, no formato tradicional ou no formato de parcerias público-privadas, como forma de privatização da exploração de serviços públicos.

2. Com mais ou menos intensidade, e apesar da tendência para reduzir o papel económico do Estado, este mantém um conjunto de instrumentos de ação sobre a esfera económica, sendo de destacar as seguintes:

- Construção ou promoção da construção de infraestruturas;
- Atividade económica direta, como produtor de bens e serviços (empresas públicas);
- Funções de polícia económica, de modo a defender a segurança, a saúde pública, o ambiente, etc.;
- Provisão ou garantia de provisão de certos serviços públicos (educação, proteção social, etc.);
- Ordenamento territorial das atividades económicas;
- Fomento económico, através de subvenções e de outros incentivos;
- Fomento das exportações e do investimento direto estrangeiro;
- Políticas de investimento e de emprego;
- Defesa da concorrência.

Por conseguinte, a regulação, sendo embora hoje a função dominante do Estado em relação à economia – daí a caracterização de Estado regulador – está longe de ser a única.

3. Sendo certo que alguns instrumentos de ação do Estado na economia (empresas públicas, regulação, fomento, etc.) são mais ou menos permanentes, nem por isso é a mesma a sua intensidade ao longo do tempo.

A história dos últimos dois séculos revela três modelos típicos, que vão desde o Estado abstencionista do século XIX, passando pelo Estado intervencionista de grande parte do Século XX, até ao atual Estado regulador. Importa conhecer os traços de cada um desses modelos bem como as principais razões da transformação, especialmente quanto às origens do Estado regulador.

4. A regulação é somente um dos modos de ordenação pública da economia, sem intervir diretamente na atividade económica. O outro grande instrumento de ordenação da ordenação pública da economia é a defesa da concorrência.

Em suma, é importante que desde o início os estudantes contextualizem sempre os conceitos que aprendem neste curso, que os olhem numa perspetiva histórica e crítica. Também a regulação é cíclica e quando se pensa que se tornou dispensável num determinado setor pode voltar em força a ter de incidir sobre ele (veja-se o que se passa atualmente com a regulação do sistema financeiro).

III - Temas para aprofundar

- As grandes obras públicas do século XIX e os contratos de concessão
- As nacionalizações ao longo do século XX
- A história do *Sherman Act*
- O “ordoliberalismo” e o neoliberalismo

IV - Bibliografia

Leituras recomendadas

Almunia, M. *et alii* (2010), «From Great Depression to Great Credit Crisis: Similarities, differences and lessons», *Economic Policy*, 62, pp. 219-265.

Moreira, V. e Marques, M. M. L. (1999), "Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos", *Economia e Prospetiva*, vol. II, n.º3/4.

Bibliografia complementar

Majone, G. (1994), «The Rise of the Regulatory State in Europe», *West European Politics*, 14, pp. 77-101.

Sumário n.º 3 – Sentido e justificação da regulação

I - Plano da lição

2. Sentido e justificação da regulação

2.1. Justificações de natureza económica: as falhas de mercado

- b) Monopólios naturais*
- c) Assimetrias de informação*
- d) Externalidades*
- e) Bens públicos*

2.2. Justificações extraeconómicas

- a) “Obrigações de serviço público”*
- b) Ordenamento territorial e urbanístico*
- c) Defesa do ambiente*
- d) Proteção dos consumidores*
- d) Garantia de pluralismo informativo*
- e) Outras*

2.3. Regulação tradicional e nova regulação

II - Argumento e problemas

1. Este ponto destina-se a apresentar e a discutir as principais razões que justificam a existência de regulação numa economia de mercado, sejam elas

económicas ou não, de natureza transversal ou setorial, comuns a todos os países ou específicas de alguns deles.

Numa economia de mercado baseada sobre a liberdade de iniciativa económica e a concorrência, o que justifica a regulação económica são antes de mais as “falhas de mercado”, onde a “mão invisível” do mercado precisa de ser substituída pela “mão visível” do Estado.

Se é precisa a intervenção ativa do Estado para defender a concorrência, mais ainda é necessária para suprir a concorrência lá onde ela não funciona ou é ineficaz. A teoria económica da regulação identifica quatro falhas de mercado essenciais: os monopólios naturais, as assimetrias de informação, as externalidades e a incapacidade de provisão de bens públicos, caracterizados pela sua não exclusividade.

Em diferentes setores de atividade económica a regulação é justificada por uma variedade de falhas de mercado, isto é, situações em que o mercado, pelas suas especiais características, não pode funcionar normalmente sem intervenção externa como sucede nos serviços financeiros (assimetria de informação e risco sistémico).

2. Mas a regulação pode, igualmente, ser justificada por razões extraeconómicas da mais variada ordem, desde razões de equidade social, de defesa ambiental, de ordenamento territorial e urbanístico das atividades económicas, de pluralismo da informação, de defesa da segurança e da saúde dos consumidores.

Na generalidade dos casos, as razões extraeconómicas acrescem às razões económicas reforçando a regulação de certas atividades económicas (saúde, serviços de interesse económico geral). Várias dessas razões são transversais (ambiente, direitos dos consumidores), ou seja, tocam as diversas áreas da regulação, enquanto outras porém operam somente a nível setorial.

Se as razões económicas da regulação são essencialmente universais e independentes de escolha políticas, o mesmo não sucede com as razões extraeconómicas, que dependem de escolhas constitucionais e/ou políticas e que portanto variam de país para país dependendo também da cultura regulatória nacional. A garantia do pluralismo de informação ou dos serviços de interesse económico geral são dois exemplos particularmente relevantes.

3. Em maior ou menor medida sempre houve regulação pública da economia. Mesmo no liberalismo oitocentista havia medidas de polícia administrativa da economia, para defender a saúde pública. O Estado intervencionista contava com uma pesada regulação da economia, incluindo restrições à entrada em muitas atividades económicas e regulação administrativa dos preços. No Estado corporativo em Portugal, o Estado intervencionista tinha muito pouca atividade económica do Estado.

O que caracteriza o Estado regulador não é portanto o facto de antes não haver regulação mas sim o facto de atualmente a regulação se ter tornado a principal ação do Estado na esfera económica (a par da defesa da concorrência) mas também pelo aparecimento de um novo tipo de regulação, resultante da liberalização de antigos monopólios públicos na área da *utilities*.

Importa por isso distinguir a “regulação tradicional”, que incluía a regulação das profissões, e a “nova regulação”, que incide em especial sobre os setores que antigamente estavam fora do mercado e que por isso não precisavam de regulação.

III - Temas para aprofundar

- Risco sistémico e setor financeiro
- Assimetrias de informação e proteção do consumidor
- Monopólios naturais e “*yardstick competition*”
- Regulação e proteção do pluralismo da informação

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) (2011), *Understanding Regulation*, Oxford: Oxford University Press (em especial pp 15-83).

Confraria, J. (2011), *Regulação e concorrência - Desafios do século XXI*. Lisboa: Campos do Saber.

Munõz Machado, S. (2009), «Fundamentos y instrumentos jurídicos de la regulación económica», in Muñoz Machado, S. e Esteve Pardo, J., *Fundamentos y instituciones de la regulación*, Fustel: Madrid, pp. 15 ss.

B) Bibliografía complementar

Feintuck, M. (2010), «Regulatory Rationales beyond Economics», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press. pp 39-63.

Veljanovski, C. (2010), «Economics Approaches to Regulation», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) *Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, pp 17-38.

Sumário n.º 4 – Noção, objeto e âmbito da regulação.

I - Plano da lição

3. Noção, objeto e âmbito da regulação

3.1. Definindo conceitos

- a) “Regulação”, “regulamentação”, “supervisão”*
- b) Regulação lato sensu e regulação stricto sensu*
- c) Regulação pública e regulação privada*
- d) Regulação económica e regulação social*

3.2. Tipos e formas de regulação

- a) Regulação técnica e regulação do mercado*
- b) Regulação económica e regulação extraeconómica*
- c) Regulação pública e regulação privada*
- d) Heterorregulação e autorregulação*
- e) Regulação e metarregulação*
- f) Regulação estrutural e regulação comportamental*
- g) Regulação hard e regulação soft (light-handed regulation)*
- h) Regulação ex ante e regulação ex post*
- i) Regulação setorial e regulação transversal*

3.3. As transformações da regulação

- a) *Da “regulação” pela propriedade pública à regulação direta*
- b) *Da regulação hostil ao mercado à regulação pró-mercado*
- c) *Da regulação governamental à regulação independente*

3.4. Regulação e outras formas de intervenção pública no mercado

- a) *Regulação e defesa da concorrência*
- b) *Regulação e planeamento económico*
- c) *Regulação e ação económica do Estado (Estado empresário)*

3.5. Objeto da regulação

- a) *Acesso à atividade económica*
- b) *Acesso a infraestruturas e redes alheias*
- c) *Organização e gestão das empresas e dos estabelecimentos*
- d) *Exercício da atividade económica*
- e) *Condições de trabalho*
- f) *Segurança e saúde dos produtos e serviços*
- g) *Qualidade dos produtos e serviços*
- h) *Distribuição*
- i) *Preços*
- j) *Publicidade*
- k) *Direitos dos consumidores*

II - Argumento e problemas

1. Neste capítulo do curso fornecem-se os conceitos básicos da necessidade de regulação, introduzindo alguns aspetos da sua evolução que serão posteriormente desenvolvidos. São conceitos importantes e em certa medida estruturantes da organização deste curso. Primeiro delimita-se o conceito de regulação de outros que lhe são próximos, como a regulamentação e a supervisão, identificando as suas três vertentes, a que se voltará no sumário seguinte de forma mais desenvolvida: emissão de normas de atuação (*rule making*), ou seja a regulação em sentido estrito; aplicação e supervisão de aplicação de normas (*rule implementation* e *rule supervision*); aplicação de sanções pelo incumprimento das normas (*rule enforcement*). São ainda enunciados e distinguidos os tipos mais frequentes de regulação.

2. A regulação apresenta muitas formas. Importa estabelecer a taxinomia das variedades de regulação, pois vamos conviver com elas ao longo de todo o curso.

3. Mostram-se igualmente quais foram as principais transformações nos formatos da regulação, acompanhando diferentes formas de intervenção do Estado na economia.

Será ainda analisada a questão de saber se a regulação deve assentar mais em normas diretas e impositivas do Estado para as empresas reguladas ou se pode combinar esta forma mais tradicional com uma abordagem baseada no risco e assente em formas de autorregulação. Esta última abordagem foi muito “popular” nas últimas décadas do século XX e no início deste século, aliviando-se o Estado da produção excessiva de normas e as empresas do seu cumprimento. Assentava na definição de objetivos, devendo as empresas autodefinir as regras que os permitiam atingir, e numa fiscalização posterior. Contudo, a crise financeira que atingiu as economias mais desenvolvidas a partir de 2007 suscitou a discussão sobre a “bondade” desta abordagem aplicada em setores cruciais como o financeiro. O regresso aos métodos de “*hard regulation*” voltou a ser defendido, embora não de forma consensual. Mesmo assim o interesse nas abordagens mais flexíveis mantém-se atual. Ainda que possa ser desadequado para a regulação de atividades de alto risco sistémico, ele pode fazer sentido para atividades de menor risco. Se os recursos regulatórios do Estado são limitados (em especial a sua capacidade de “*enforcement*”), a combinação de métodos que absorvem mais recursos como outros menos exigentes contribui globalmente para a eficácia da regulação.

4. Como se viu atrás, a regulação é somente uma das muitas formas de ação do Estado na esfera económica. Importa estabelecer o quadro dessas diversas formas de ação e demarcar a regulação das demais. Só assim se alcança uma completa noção das fronteiras da noção de regulação.

5. Este sumário termina com a apresentação do objeto da regulação, desde o acesso à atividade económica até a diferentes aspetos em que se traduz o seu exercício. Também aqui não deve ser perdida uma perspetiva histórica, mostrando

como a incidência da regulação varia ao longo do tempo. A regulação dos preços foi já, por exemplo, uma área muito importante e densificada no conjunto da regulação pública, importância essa que se traduzia até no tipo de medidas sancionatórias previstas para as infrações as quais tinham natureza penal. Nas últimas décadas, essa tarefa de fixação de preços foi em grande parte devolvida ao mercado. Em contrapartida, nesse mesmo período, emergiram outras áreas de regulação como a da segurança: alimentar, financeira, genética, ambiental, das comunicações, etc.

III - Temas para aprofundar

- “Regulação” ou “supervisão”?
- A regulação da segurança alimentar
- Regulação económica e regulação das condições de trabalho
- Regulação económica e direitos dos consumidores

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) (2010), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, pp 3-16

Cohen, E. (2000), «De la réglementation à la régulation: Histoire d'un concept», *Problèmes Économiques*. Paris: Documentation Française, pp. 1-3

Ferreira, Eduardo P. e Morais, L. S. (2009), «A regulação sectorial da economia - Introdução e perspetiva geral», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.) *Regulação em Portugal, Novos tempos, novo modelo*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

Moreira, V. (1997), *Autorregulação profissional e Administração pública*, Coimbra: Almedina.

b) Bibliografia complementar

Confraria, J. (2011), *Regulação e concorrência - Desafios do século XXI*, Lisboa: Campos do Saber, pp. 1-28.

Morgan, B. e Yeung, K. (2007), *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, pp 1-75.

Porto, M. (2003), «Serviços públicos e regulação em Portugal», *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 3, pp. 161 ss

Ruffert, M. (2010), «Begriff» in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tuebingen, pp. 332 ss.

Sanches, J. L. S. (2000), «A regulação: História breve de um conceito», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, 1, pp. 5-22.

Sumário n.º 5 – A regulação pública da economia na União Europeia em Portugal

I - Plano da lição

4. A regulação pública da economia na União Europeia em Portugal

4.1. A UE como “Estado regulador”

a) Integração do mercado e integração regulatória

b) O programa do mercado único (1992) e a liberalização dos serviços públicos económicos

d) A Diretiva serviços e o mercado interno dos serviços

e) Os “serviços de interesse económico geral”

4.2. O Estado regulador em Portugal

a) Do Estado protagonista da atividade económica ao Estado ordenador da economia

b) A adesão à CEE e a metamorfose da “constituição económica” de 1976

c). Liberalização e privatização do setor público

d). A nova regulação setorial

4.3. A crise económico-financeira de 2008 e o seu impacto na regulação ao nível da UE

4.4. O acordo de ajuste orçamental de 2011 e o seu impacto na regulação em Portugal

II - Argumento e problemas

1. A integração económica europeia consistiu essencialmente na criação de um “mercado comum” – depois de um mercado interno único – com base nas liberdades de circulação de capitais de mercadorias e de trabalhadores e na liberdade de estabelecimento. A integração do mercado foi sendo aprofundada com o tempo, passando pelo programa do mercado único de 1992 à Diretiva Serviços de 2006.

Durante décadas, a “cláusula dos SIEG” justificou a manutenção fora do mercado dos serviços públicos económicos, até que o programa do mercado único de 1992 lançou um processo de liberalização das *public utilities* dos Estados-membros, que constituiu o principal alavanca da mudança do papel dos Estados-membros na esfera económica.

Não tendo política económica própria nem tendo competência para produzir bens ou serviços, a UE é essencialmente um “Estado regulador” (Majone). O papel regulador da União aumenta à medida que a integração do mercado torna necessária uma correspondente integração regulatória.

2. No que respeita a Portugal a evolução das formas de intervenção do Estado na economia desde 1974 até à atualidade, que passa de um Estado protagonista da atividade económica através de um extenso setor empresarial público (que abrangia os setores estratégicos), sem paralelo nas economias de mercado europeias da época, a um Estado essencialmente reduzido ao papel de “ordenador” da economia, mediante a defesa da concorrência e a regulação das atividades marcadas por défice da concorrência ou em que a concorrência deve ser “corrigida” por motivos de interesse público.

Na verdade, desde 1974, em especial desde a aprovação da CRP em 1976, o papel do Estado na economia em Portugal passou por diferentes fases. Essa intervenção começou por assentar em formas de intervenção direta fortes, devido ao peso do setor público empresarial, que se seguiu às nacionalizações que ocorreram a seguir ao 25 de abril, sem contudo abandonar formas de intervenção indireta, ou seja, medidas de política e de fomento económicos, muito presentes nos mais variados setores, algumas das quais já em vigor antes de 1974.

A entrada para a CEE e a sua preparação, contudo, vieram alterar qualquer destes modos de intervenção, reduzindo o peso do setor público empresarial, em especial por efeito das privatizações que as revisões constitucionais vieram a permitir, depois de 1989, e liberalizando em certa medida diversas atividades económicas, permitindo o funcionamento pleno regras da concorrência. A aprovação e a implementação de uma lei da concorrência, a partir de 1983, bem como a aplicação do direito comunitário contribuíram também para a produção deste efeito.

O abandono do modelo do Estado intervencionista ocorreu por via da liberalização dos “serviços públicos económicos” e posterior privatização das respetivas empresas. Portugal acompanhou em certa medida o que se passou em outros países europeus, quer no respeito à redução do setor empresarial do Estado, quer em outras formas de regulação, incluindo a criação de entidades de regulação independente para diferentes setores.

3. A crise financeira de 2008, que logo se transformou numa crise económica, suscitou não poucos problemas quanto à eficácia da regulação e quanto aos défices de regulação do setor financeiro. Importa verificar quais foram os impactos na regulação, sobretudo a nível da União Europeia, que se traduziram num reforço da regulação e na criação de autoridades de supervisão financeira da União e do reforço dos poderes de supervisão no Banco Central Europeu no âmbito da denominada “união bancária”.

4. O programa de ajuste acordado em 2011 entre Portugal e a *troika* (FMI, Comissão Europeia e BCE) tem explícitas implicações para a regulação em Portugal. Importa verificar o contexto e as consequências.

III - Temas para aprofundar

- O programa do mercado interno de 1988 (Relatório Delors).
- Resposta regulatória da UE à crise financeira de 2008.
- Impacto regulatório do programa de ajuste orçamental de 2011 entre Portugal e a *troika*.
- A revisão da lei-quadro das associações profissionais públicas e o projeto de lei-quadro das autoridades reguladoras setoriais.

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Ferreira, E. P. (2010), «Em torno da regulação económica em tempos de mudança», *RC&R*, I, n.º 1.

Majone, G. (ed.) (1996), *Regulating Europe*, London: Routledge.

Moreira, V. (2006), «A metamorfose da constituição económica» in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ed. Especial, 30 anos de Constituição Portuguesa 1976-2006, pp. 33-47 [= *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 2, 2006, p. 381-394];

b) Bibliografia complementar

Moreira, V. & Marques, M. M. L. (1999), «Instrumentos e formas jurídicas da desintervenção do Estado», *Economia & Prospetiva*, Lisboa: Ministério da Economia.

Moreira, V. & Marques, M. M. L. (2003), *A mão visível: Mercado e regulação*, Coimbra: Almedina.

Sumário n.º 6 - Problemas e desafios da regulação na atualidade

I - Plano da lição

5. Problemas e desafios da regulação na atualidade

5.1. Problemas gerais

- a) *Entre a hiporregulação e a hiperregulação*
- b) *Custos da regulação*
- c) *Impacto anticoncorrencial da regulação*
- d) *“Falhas da regulação”*
- e) *O risco de “captura” dos reguladores*
- f) *Competição (des)reguladora e “forum shopping”*

5.2. Alguns desafios

a) *Do aperfeiçoamento da regulação (better regulation) à regulação inteligente (smart regulation)*

b) *Da “regulação para a concorrência” à substituição da regulação pela concorrência*

c) *Convergência regulatória supranacional e especificidades nacionais*

d) *Globalização dos mercados e défice de regulação*

II - Argumento e problemas

1. Depois de se ter mostrado o que é regulação, quais as suas origens e fundamentos, os seus tipos principais e o seu objeto, importa, neste ponto, problematizar e discutir-se alguns dos problemas mais correntes e dos seus desafios mais prementes. Mesmo que essa discussão não seja exaustiva para todos eles, introduzirá um momento problematizante da temática desenvolvida neste curso, e, por isso mesmo, importante para a formação aberta que nele se pretende transmitir.

Entre os problemas elencados importa destacar o risco da “captura” da regulação pelos regulados, visto que ele está na origem da chamada teoria “realista” ou “positiva” da regulação (Stigler), segundo a qual a regulação é essencialmente uma estratégia dos regulados para prosseguir os seus interesses.

2. De entre os principais desafios da regulação avulta a relação entre, por um lado, a crescente integração supranacional e globalização dos mercados e, por outro lado, o défice de regulação ao nível supranacional e ao nível global.

III - Temas para aprofundar

- A “teoria positiva” da regulação
- Globalização financeira e instrumentos de regulação global

IV - Bibliografia

a) *Leituras recomendadas*

Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (2010) «The future of regulation», in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge (sds.) (2010), *Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, pp 613-626.

b) Bibliografia complementar

Basilica, F. e Barazzoni, F. (2012), *Verso la Smart Regulation in Europa*, Roma: Maggioli.

Marques, M. M. L. (2012), «Simplex: A Quiet Revolution» in Basilica, F. e Barazzoni, F. (2012), *Verso la Smart Regulation in Europa*, Roma: Maggioli, pp 361-382.

Stigler, G. (1971), «The theory of Economic Regulation», *The Bell Journal of Economics*, nº 2.

Sumário n.º 7 – Bases constitucionais da regulação

I – Plano da lição

1. Bases constitucionais da regulação

1.1. Enquadramento transnacional da regulação

a) Globalização económica e regulação global

b) Da liberalização do comércio internacional à globalização financeira

c) Principais áreas da regulação global

d) Princípios e regras da regulação global

1.2. A “constituição regulatória” da União Europeia

1.2.1. Do mercado comum ao mercado interno

1.2.2. As liberdades económicas fundamentais

1.2.3. A defesa da concorrência

1.2.4. As políticas comuns

a) Política comercial comum

b) Política agrícola comum

c) Outras políticas económicas da UE (transportes, energia, etc.)

1.2.5. “Economia social de mercado” e “serviços de interesse económico geral”

1.2.6. Integração do mercado e integração regulatória

a) Reconhecimento mútuo

b) Convergência regulatória

1.2.7. Liberalização e regulação das *utilities*.

1.2.8. Mercado interno de serviços e regulação dos serviços

1.3. A “constituição regulatória” da CRP

1.3.1. A “constituição económica” da CRP e o seu alinhamento com a ordem económica da União Europeia

1.3.2. Princípios e normas constitucionais de incidência regulatória

1.3.3. Liberdades económicas

1.3.4. A “garantia institucional” da concorrência

1.3.5. Os “serviços de interesse económico geral”

1.4. Obrigação de regulação e limites da regulação

1.4.1. Obrigação de regulação

1.4.2. Limites materiais da regulação

a) Direitos e liberdades económicas fundamentais

b) Garantia institucional da concorrência

1.4.3. Limites formais e procedimentais

a) Reserva de lei e discricionariedade administrativa

b) Princípio da proporcionalidade na ação administrativa

c) Procedimentalização da atividade administrativa

II - Argumento e problemas

1. A regulação da economia a nível nacional desenvolve-se hoje cada vez mais num quadro definido a nível transnacional, ou seja, ao nível global e ao nível da União Europeia.

A globalização da economia tornou necessária uma certa regulação dos mercados mais integrados, nomeadamente o comércio internacional, o sistema monetário internacional e o sistema financeiro, para não referir exemplos mais antigos como os serviços postais internacionais, a aviação civil internacional, etc. E a integração de mercados implicou o estabelecimento de princípios e regras globais, nomeadamente quanto à integração de padrões (*standards*), seja por meio do reconhecimento recíproco dos padrões de cada parte, seja pelo acordo quanto a padrões comuns, como sucede sobretudo no comércio internacional.

2. Para os Estados-membros da UE, como Portugal, grande parte da regulação económica é de origem europeia ou baseia-se em opções europeias. Por isso é essencial ter em conta a “constituição regulatória” da UE. A integração do mercado interno e as liberdades de circulação e de estabelecimento transfronteiriço que lhe subjazem implicou necessariamente um intenso grau de integração regulatória, seja por meio de reconhecimento de padrões regulatórios de cada Estado-membro (caso *Cassis de Dijon*), seja por meio de harmonização regulatória (por exemplo, as qualificações profissionais). Outro importante impacto regulatório da UE resultou da decisão de estender o mercado interno ao campo das “*utilities*”, que tradicionalmente eram serviços públicos exclusivos do Estado em muitos dos Estados-membros. Daí resultou a sua liberalização e sujeição a um regime regulatório essencialmente comum, por meio de diretivas da União (telecomunicações, energia, serviços postais, caminhos de ferro, etc.) e, mais recentemente, por vezes sujeitos à regulação e supervisão por uma agência europeia. Por isso grande parte da regulação das infraestruturas, dos serviços de interesse económico geral, bem como da regulação setorial não passam de variações sobre a matriz regulatória da União Europeia.

3. A regulação pública da economia é essencialmente uma tarefa administrativa, levada a cabo pela Administração com instrumentos administrativos. Mas no caso português, o direito administrativo da regulação assenta em larga medida na “constituição administrativa” e na “constituição regulatória” da CRP.

Quanto a esta, ela é parte da “constituição económica”, que desde a versão originária de 1976 passou por uma verdadeira metamorfose, por efeito das revisões constitucionais de 1989 e 1997, sobretudo em consequência da adesão à CEE. Na sua primeira versão a “constituição económica” da CRP era caracterizada pelo “finalismo” socialista, pela garantia constitucional das nacionalizações e da reforma agrária de 1975, pela determinação constitucional de exclusivos públicos nos setores essenciais, pelo planeamento estatal da economia. Todavia, não deixava de haver elementos compromissórios, como a garantia de liberdades económicas individuais, embora com adição de limitações e a garantia institucional da concorrência no setor privado. Na sua atual versão, depois de muitas revisões, a “constituição económica”, ainda que mantenha alguns traços do Estado intervencionista, tornou-se compatível

com a ordem económica da UE, ou seja, com uma “economia de mercado ordenada”, assente na iniciativa privada, na concorrência e na regulação pública.

4. A regulação da economia não é em si mesma uma faculdade discricionária, sendo antes uma obrigação constitucional, sempre que dela dependa a realização de objetivos ou direitos constitucionais, nomeadamente as falhas de mercado, os serviços de interesse económico geral, o ordenamento urbanístico e territorial, o ambiente. Bem entendido, a Constituição deixa uma larga margem de opção legislativa quanto ao grau, intensidade e instrumentos da regulação.

Por outro lado, porém, tal como toda a intervenção pública na esfera e autonomia dos particulares num Estado de direito constitucional, também a regulação económica tem limites constitucionais.

Importa distinguir os limites materiais dos outros limites procedimentais, visto que os primeiros têm a ver com a defesa da esfera de liberdade dos particulares ou com os princípios da constituição económica, enquanto há outros que têm a ver com regras constitucionais sobre a ação administrativa.

Entre os primeiros avultam os direitos fundamentais de natureza económica, nomeadamente o direito de propriedade (incluindo os direitos de propriedade intelectual), a liberdade de empresa, a liberdade de profissão. É evidente que nenhum deles tem carácter absoluto, mas a sua restrição carece de justificação em termos de proteção de valores constitucionalmente protegidos, que só podem ser restringidos até onde for necessário e proporcionado para assegurar esses outros valores constitucionais (princípios da necessidade e da proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais) e garantindo sempre o seu “núcleo essencial” (CRP, art. 18º).

Entre os princípios da constituição económica destaca-se o princípio da economia de mercado, baseada na liberdade económica e na concorrência, a primeira protegida como direito fundamental e a segunda como “garantia institucional”. Por isso a regulação não pode limitar desnecessariamente a concorrência, devendo ser supletiva da mesma.

Quanto aos limites formais e procedimentais da regulação avultam os princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade da ação administrativa (CRP, art. 266º-2), bem como o princípio da sua procedimentalização (*due administrative procedure*). Neste ponto destaca-se a tensão entre a tradicional

folgada discricionariiedade da atuação regulatória e os limites constitucionais tipicamente impostos à catividade administrativa, seja por via da densificação dos princípios gerais da catividade administrativa, seja até por via de garantias constitucionais de defesa em processos contraordenacionais.

Por último, o princípio do Estado de Direito inclui a responsabilidade civil e disciplinar da Administração e dos seus dirigentes e agentes bem como os direitos de defesa (administrativos e judiciais) dos particulares contra ações ilegais da Administração.

III - Temas para aprofundar

- A *lex mercatoria* e a regulação privada transnacional
- Princípios fundamentais do comércio externo no sistema da OMC
- Diretiva de Serviços da UE
- A decisão “Cassis de Dijon” do TJUE
- Liberdade de iniciativa económica e seus limites na CRP
- Concorrência e regulação na CRP
- Casos de contingentação no acesso a atividades económicas (televisão, farmácias, táxis, etc.)

IV - Bibliografia

A. Sobre regulação económica global

a) Leituras recomendadas

Carreau, D. (2010), *Droit international économique*, 4^a ed. Paris: Dalloz.

Cunha, L. P. (1997), *Lições de relações económicas externas*, Coimbra, Almedina.

Davies, H. e Green, D. (2008), *Global Financial Regulation*, Cambridge: Polity Press.

Hinojosa Martínez, L. M. e Roldán Barbero (coords.) (2010), *Derecho internacional económico*, Madrid: Marcial Pons.

Morais, L. D. S. *et alii* (2011), *Direito internacional económico: Uma introdução*, Lisboa: AAFDL.

b) Bibliografia complementar

Alexander, K. *et alii* (coords.) (2006), *Global Governance of Financial Systems: The International Regulation of Systemic Risk*, Oxford: Oxford University Press.

Herdegen, M. (2011), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 9ª ed., Munique: C. H. Beck, § 4.

Loewenfeld, A. F. (2008), *International Economic Law*, Oxford: OUP.

B. Sobre a constituição económica da UE

a) Leituras recomendadas

Baquero Cruz, J. (2002), *Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Union*, Oxford: Hart Publishing.

Ferreira, E. P. (2001), *Direito da economia*, Lisboa: AAFD, pp. 145-214.

Morais, L. S. (2008), «A função reguladora e as estruturas de regulação na União Europeia», *A Europa e os desafios do Seculo XXI*, Coimbra: Almedina.

Magnette, P. (2005), «The Politics of Regulation in the European Union», in Geradin, D. *et alii* (eds.) (2005), *Regulating through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, part II.

b) Bibliografia complementar

Barnard, C. (2010), *The Substantive Law of the European Union: The Four Freedoms*, 3ª ed., Oxford: OUP.

Cruz Ferrer, J. (2002), *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid: IEE.

Dubuis, L & Blumann (2012), *Droit materiel de l'Union européenne*, 6ª ed., Paris: Montchrestien.

Wimmer, N. & Mueller (2007), *Wirtschaftsrecht: International, Europaeisch, National*, Viena / Nova York: Springer

C. Sobre a constituição económica da CRP

a) Leituras recomendadas

Ferreira, E. P. (2001), *Direito da economia*, Lisboa: AAFD, pp.101-145.

Martins, G. O. (2001), «A Constituição económica portuguesa», in *Estudos de homenagem a Cunha Rodrigues*, vol II, Coimbra: Coimbra Editora.

Santos, A. C.; Gonçalves, M. E., e Marques, M. M. L. (2011), *Direito da economia*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, cap. I.

b) Bibliografia complementar

Ferreira, E. P. (2010), «Em torno da regulação económica em tempos de mudança», *RC&R*, I, n.º 1.

Moreira, V. (2006), «A metamorfose da constituição económica», *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ed. especial, 30 anos de Constituição Portuguesa - 1976-2006, pp. 33-47 [= *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 2, 2006, p. 381-394].

D. Sobre os limites da regulação

a) Leituras recomendadas

Moreira, V. e Canotilho, J. J. G. (2008), *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed, I vol., Coimbra: Coimbra Editora.

b) Bibliografia complementar

Badura, P., (2006), «Grundrechte und Wirtschaftsordnung», in Merten, D. & Papier, H.-J. (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, t. II, C. F. Muller, § 29

Sumário n.º 8 – Fontes jurídicas da regulação

I – Plano da lição

2. Fontes jurídicas da regulação

2.1. Governo multinível e estratificação das fontes

2.2. Fontes da regulação económica internacional

a) Princípios gerais de Direito internacional

b) Convenções internacionais

c) “Legislação” internacional

d) “Soft law” internacional

2.3. Fontes da regulação económica europeia

a) Tratados

b) Princípios gerais de direito da UE

c) Acordos internacionais da UE

d) Regulamentos, diretivas e outros instrumentos legislativos

e) Os regulamentos delegados da Comissão

f) O “case law” do TJUE

2.4. Fontes da regulação económica nacional

a) Constituição

b) Leis

c) Regulamentos, em especial os das autoridades reguladoras

d) A regulação convencional (“contratos regulatórios”)

e) Normas autorregulatórias

2.5. Relação entre as fontes da regulação

7.2.1. Regulação multinível e estratificação das fontes

7.2.2. Primazia da Constituição na ordem interna

7.2.3. Primazia das normas internacionais

7.2.4. Primazia do direito da UE

II - Argumento e problemas

1. Nesta parte do curso apresentam-se as fontes da regulação, a sua hierarquia e a sua importância relativa. Tendo em conta que os destinatários deste curso são estudantes do segundo ciclo de Direito, trata-se em grande medida, de uma revisão de conhecimentos, focada agora numa temática específica.

Por isso mesmo é especialmente relevante o destaque dado a algumas fontes que são importantes no âmbito do estudo da regulação pública, como é o caso dos regulamentos das entidades reguladoras e das normas autorregulatórias.

A primeira nota a destacar é a estratificação das fontes de direito da regulação, de acordo com a “administração multinível” que hoje caracteriza a regulação da economia.

2. Nas fontes de direito internacional, que são comuns ao direito internacional em geral, importa pôr em relevo as normas e recomendações das organizações internacionais (“legislação internacional”), bem como das organizações internacionais de reguladores nacionais, como sucede no setor financeiro (Comité de Basileia”, por exemplo).

3. Também no caso da União Europeia, as fontes da regulação são as mesmas do demais direito da UE. Convém no entanto sublinhar a importância das diretivas de liberalização e regulação setorial das “*utilities*”, bem como as normas e recomendações das agências reguladoras europeias. Merece uma menção especial a jurisprudência do TJUE, que foi em grande medida o criador de muitos dos princípios essenciais da ordem jurídica da União.

4. Nas fontes da regulação económica nacional, avultam especialmente os regulamentos e recomendações das autoridades reguladoras bem como as normas das entidades de autorregulação oficial (como as ordens profissionais).

5. Na hierarquia das fontes da regulação, cumpre pôr em relevo os princípios constitucionais do efeito direto e da primazia do direito internacional e do direito da União Europeia na ordem interna. No caso do segundo, nem sequer pode ser invocada a Constituição para não cumprir as obrigações dele derivadas.

III - Temas para aprofundar

- A função normativa do “Comité de Basileia”
- O sistema de normas de comércio internacional da OMC
- Partindo de um tema em concreto como «a regulação dos preços do gás e da eletricidade» ou «a regulação dos preços dos medicamentos», apresentar todas as fontes da regulação relevantes para o seu conhecimento
- Analisar os regulamentos municipais para a ocupação do domínio público ou exercício de atividade industrial na lógica dos regimes de “licenciamento zero”

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Canotilho J. J. G. e Moreira, V. (2008), *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.^a ed., vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. G. (2006), *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, p. 1253.

b) Bibliografia complementar

Graham, C. (2000), *Regulating public utilities: A constitutional approach*. Oxford: Hart Publishing.

Sumário n.º 9 – Autoridades de regulação

I – Plano da lição

3. Autoridades de regulação

3.1. Autoridades de regulação internacional

a) A OMC

b) O FMI e o “Comité de Estabilidade Financeira”

c) As organizações internacionais de autoridades reguladoras de serviços financeiros

d) A OCDE

e) O G20

3.2. Autoridades de regulação da UE

3.2.1. A Comissão Europeia como autoridade reguladora

a) Os poderes normativos da Comissão

b) Os poderes “executivos” da Comissão: poderes de supervisão e poderes sancionatórios

3.2.2. As agências reguladoras da UE e agências de coordenação ao nível da UE

3.3. A administração regulatória nacional

a) As autoridades reguladoras nacionais

b) Da administração direta à administração indireta

c) Os institutos públicos tradicionais

d) As entidades reguladoras independentes

e) A regulação a nível regional e local

3.4. Em especial: as autoridades reguladoras independentes (ARI)

3.4.1. História

3.4.2. As entidades reguladoras independentes em Portugal

3.4.3. Entidades reguladoras monossetoriais e entidades reguladoras plurissetoriais (telecomunicações e serviços postais, eletricidade e gás natural, etc.)

3.4.4. O problema da legitimidade democrática das autoridades reguladoras independentes

3.4.5. O futuro das entidades reguladoras independentes: mercados em transição e mercados estruturalmente regulados

3.5. A regulação por entidades privadas delegadas

3.6. Financiamento das autoridades reguladoras

II - Argumento e problemas

1. Todo o sistema de regulação implica a escolha de uma entidade responsável pela regulação, a definição do respetivo formato organizatório e das competências da mesma. Este ponto é dedicado ao estudo das autoridades reguladoras, começando pelas de âmbito internacional, passando às europeias e depois às nacionais, de diferentes âmbitos.

2. A regulação da globalização tem levado à criação de entidades reguladoras globais, onde avulta o FMI para a regulação monetária internacional e a OMC para a regulação do sistema global de comércio internacional.

No campo da regulação financeira cumpre destacar as associações internacionais de reguladores financeiros nacionais, como o Comité de Basileia.

3. A UE tem sobretudo funções de defesa da concorrência e de regulação económica no âmbito do mercado interno. Por isso faz sentido qualificá-la como “Estado regulador” (Majone).

As funções de regulação administrativa na UE cabem antes de mais à Comissão Europeia. Ao contrário do que ocorreu ao nível nacional não se verificou na UE uma corrida à “regulação por agência”. A maior parte das agências da UE têm funções de estudo ou consultivas, sem efetivos poderes administrativos, até por força do conhecido acórdão *Meroni*.

Recentemente, porém, deu-se a criação de algumas verdadeiras agências reguladoras, com poderes de regulação administrativa. Tal é o caso das três agências criadas em 2010, para cada um dos três subsectores financeiros: Agência Bancária Europeia, Agência de Seguros e de Fundos de Pensões e Agência dos Valores Mobiliários. O mesmo sucederá com o Banco Central Europeu, na sua nova veste que resultará da criação de uma “união bancária”, nos termos da proposta apresentada pela Comissão Europeia em Setembro de 2012 e aprovada, ainda que com várias alterações, no Conselho Europeu de Dezembro do mesmo ano.

4. A regulação administrativa da economia continua a ser efetuada no fundamental ao nível nacional. Tal como noutras paragens, também em Portugal o processo de liberalização da economia em geral e dos *utilities* em especial levou à proliferação de autoridades administrativas dedicadas à função reguladora, muitas delas dotadas de grande independência face ao Governo.

Os seus formatos assumem grande variedade em Portugal, sem prejuízo de ser dado aqui um especial relevo às autoridades reguladoras independentes pela sua singularidade. Serão, apesar disso, aqui estudadas como uma espécie de autoridades reguladoras e não como detentoras do monopólio da regulação. Ou seja, é importante explicar que a regulação tem diferentes formatos (como já foi mostrado no ponto sobre as fontes da regulação) e diferentes “protagonistas”. Estes coexistem, por vezes, na mesma área de regulação (Direção-Geral de Energia e Entidade Reguladora do Setor Energético - ERSE, Direção-Geral de Saúde e Entidade Reguladora da Saúde - ERS), enquanto em outros casos se opta pelo monopólio de um só regulador setorial. Seja como for, encontramos-nos no domínio da atividade administrativa do Estado e, por isso, o protagonista de hoje pode não ser o de amanhã. Por exemplo,

aquilo que se entende serem atualmente certas vantagens de uma regulação independente num determinado setor podem amanhã deixar de fazer sentido: ou porque o contexto que a justificou num determinado momento se alterou no seguinte (mercados em transição de uma situação monopolista para uma situação concorrencial); ou porque mudou a justificação e intensidade da regulação, para mais ou para menos, e o Estado decidiu assumir diretamente essa função ou, pelo contrário, autonomizá-la.

É ainda nosso objetivo mostrar que, pese embora uma certa tendência para a homogeneidade na escolha do tipo de autoridade, em parte devida à integração na UE, a opção entre um tipo ou outro de formatos de autoridade de regulação tem a ver com as tradições administrativas de cada país e também de cada setor especialmente regulado; com a existência ou não de concorrência nesse setor; com a importância do serviço, designadamente da sua qualificação como serviço de interesse geral; e com o sistema de exploração por entidades privadas que for adotado (propriedade, concessão, arrendamento, mero *contracting out*, etc.).

O especial relevo dado às ARI nesta parte do curso leva a que o seu estudo seja mais aprofundado, depois de percorridos os diferentes tipos de autoridades administrativas, cobrindo diferentes aspetos, desde os fundamentos dessa independência, às suas características principais, devidamente ilustrado com a referência a diferentes entidades em funcionamento em Portugal.

5. A regulação administrativa da economia pode ser levada a cabo por entidades privadas dotadas de poderes públicos de regulação (poderes públicos delegados).

Entre as manifestações desse fenómeno contam-se os casos de autorregulação delegada na área das denominações de origem de produtos agrícolas.

6. A regulação administrativa da economia pode custar muito dinheiro (instalações e equipamentos, pessoal e dirigentes, apoio técnico, estudos, inspeção e fiscalização, etc.).

Uma das vantagens da “regulação por agência” consiste na sua independência financeira em relação ao orçamento do Estado, sendo o seu orçamento alimentado

por receitas próprias, que compreendem as multas e as taxas cobradas pelos serviços prestados, bem como, especialmente, as *contribuições regulatórias* dos regulados.

III - Temas para aprofundar

- A escolha dos reguladores: modelos comparados
- Problemas de articulação entre a regulação por autoridade independente nacional e a autonomia regional e municipal
- A heterogeneidade de um regime regulatório (regulação dos preços; financiamento das obrigações de serviço público; competência para gerir o acesso à atividade nos setores liberalizados)
- Diversidade de funções das autoridades reguladoras no que respeita aos requisitos e procedimentos de acesso à atividade, quando concessionada ou licenciada
- Reguladores setoriais: uma existência a prazo?
- Diversidade de estatuto organizatório das autoridades reguladoras: dois tipos e singularidade de regime de cada autoridade
- Opacidade dos critérios de escolha dos reguladores e regime a que obedece
- Agências reguladoras da UE: o caso da Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia (Reg. CEE 713/2009, de 13 de julho de 2009)
- Instâncias de regulação internacional: o caso do Comité de Basileia
- Princípio do regulado-pagador: contribuições parafiscais, taxas, multas, etc.

IV - Bibliografia

A. Autoridades de regulação global

a) Leituras recomendadas

Davies, H. e Green, D. (2008), *Global Financial Regulation*, Cambridge: Polity Press, cap. 3.

B. Autoridades de regulação da UE

a) Leituras recomendadas

Geradin, D. *et alii* (edts.) (2005), *Regulating through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, part II.

C.- Autoridades de regulação nacionais

a) Leituras recomendadas

Silva, J. N. C. (2005), «O Estado regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral», *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina.

Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.) (2009), *Regulação em Portugal, Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina. pp. 1-38.

Moreira, V. e Maças, F. (2003), *Autoridades reguladoras independentes: Estudo e projeto de lei-quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

b) Bibliografia complementar

AAVV (2012), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière: Une approche comparée*, Paris: École nationale d'administration.

Aragão, A. S. (2002), *Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo económico*, Rio de Janeiro: Forense.

Britz, G. (2010), «Organization und Organisationsrecht der Regulierungsverwaltung in der oeffentlichen Versorgungswirtschaft», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, pp. 1148ss.

Cuéllar, L. (2001), *As agências reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo: Dialética.

Dubos, O. (2011), «L'Union européenne et la régulation», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 549, pp 383-390.

Cardoso, J. L. (2002), *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

Ferreira, E. P. (2010), «Em torno da regulação económica em tempos de mudança», *Revista de Concorrência e Regulação*, 1-1, pp31 ss.

Gonçalves, P. (2008), *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra: Almedina.

Koenig-Archibugi, M. (2010), «Global Regulation», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) (2010), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp 407-433.

Magide, M. M. (2000), *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid: INAP.

Moraes, A. *et alii* (2002), *Agências reguladoras*, São Paulo: Atlas.

Schefer, K. (2010), *Social Regulation in WTO*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, pp 99-123.

Thatcher, M. (2007), *Regulatory Agencies, the State and the Markets: A Franco-British Comparison*, EUI Working Papers, Florence: EUI.

Vasques, S. (ed.) (2008), *As taxas de regulação económica em Portugal*, Coimbra: Almedina.

Sumário n.º 10 – A autorregulação

I - Plano da lição

4. A autorregulação

4.1. A intervenção dos regulados nas tarefas de regulação

4.2. Autorregulação privada e autorregulação publicamente institucionalizada

4.3. A racionalidade da autorregulação oficial

4.4. As instituições públicas de autorregulação em Portugal

a) Ordens profissionais

b) Organismos de gestão das regiões vitivinícolas

c) Associações de beneficiários de obras hidroagrícolas

d) Outras instituições

4.5. A autorregulação delegada: as entidades de certificação de produtos agrícolas

4.6. Alguns casos de autorregulação privada: as entidades de autorregulação da publicidade

II - Argumento e problemas

1. A regulação económica, ou seja, a formulação de regras e a sua implementação e sancionamento, é eminentemente uma tarefa de autoridade, por via de regra levada a cabo diretamente pela própria Administração pública, por meio dos seus próprios serviços (administração direta) ou por meio de institutos públicos

especiais (administração indireta). Tal não impediu o desenvolvimento de formas de delegação das tarefas públicas de regulação económica em entidades alheias à Administração estadual, designadamente a entidades representativas dos próprios regulados (autorregulação). Trata-se, aliás, de um fenómeno que tem vindo a acentuar-se, diversificando o tipo de atores que intervêm na regulação. Trata-se de regulação de determinadas atividades por uma pluralidade de atores públicos que no seu conjunto constituem uma espécie de *rede regulatória*.

2. Importa distinguir a autorregulação espontânea e voluntária, com recurso aos instrumentos do direito privado (liberdade negocial, liberdade de associação), e a autorregulação oficial, ou seja, a autorregulação publicamente institucionalizada. Esta por sua vez pode revestir muitas formas diferentes, desde o reconhecimento oficial da regulação levada a cabo por organizações de direito privado, que não deixam de sê-lo, até às formas de associação obrigatória dos regulados em corporações de direito público, como sucede com as ordens profissionais e com as câmaras de comércio e indústria em vários países (Alemanha, França, Itália, etc.).

3. A razão de ser da autorregulação oficial tem a ver essencialmente com objetivos de eficiência e de descentralização da regulação. Para o Estado, a autorregulação oficial é um meio pouco oneroso de levar a cabo as tarefas de regulação; para os regulados, a autorregulação é uma questão de *self-ownership* da regulação e um modo de evitar preventivamente excessos regulatórios do Estado.

4. São diversas as instituições de autorregulação em Portugal, dentro e fora do âmbito económico. Pode tratar-se de ordens profissionais ou de outros organismos associativos de representação profissional, publicamente reconhecidos e dotados de tarefas de regulação. Entre outros exemplos, podem citar-se: a organização e disciplina das provas desportivas oficiais, através das respetivas federações, munidas de poderes públicos; a administração das regiões demarcadas vinícolas, através das comissões vitivinícolas regionais, compostas por representantes das organizações profissionais do setor; a gestão das obras de hidráulica agrícola, através das associações de regantes; a certificação de denominações de origem agrícolas, através

de organizações profissionais; as funções de certificação e credenciação de produtos industriais, através das câmaras de comércio e indústria, ou seja, as associações comerciais e industriais como tais reconhecidas; a atribuição da carteira profissional de jornalista, por meio de organismos de representação interprofissional; a regulação de alguns aspetos das bolsas de valores, por meio das associações profissionais intervenientes no mercado de valores mobiliários, etc.

Pelo facto de a regulação pelas ordens profissionais ser aquela que assume mais importância e ser também a mais problemática voltar-se-á ao seu estudo neste curso, mais adiante.

5. Como se viu acima, a autorregulação pode ser confiada a entidades autorreguladoras inseridas no poder público, como as ordens profissionais especialmente criadas para o efeito, ou a entidades de direito privado preexistentes, por exemplo associações de empresas ou de outros agentes económicos, a quem o Estado delega poderes públicos de regulação (exercício de poderes públicos por entidades privadas). É o caso já referido das funções delegadas às câmaras de comércio e indústria entre nós e às associações de produtores agrícolas.

6. No campo da autorregulação privada espontânea e voluntária – que por isso não pertence o direito administrativo regulatório – importa referir, pela sua importância em muitos países, incluindo entre nós, o caso da autorregulação em matéria de publicidade, através do Instituto Civil para a Autorregulação da Comunicação Comercial (ICAP).

III - Temas para aprofundar

- A organização e disciplina das provas desportivas
- Associações de regantes
- O caso do ICAP.

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Coglienesse, C. e Mendelson, E. (2010), «Meta-Regulation and Self-Regulation», in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, pp 147-165.

Moreira, V. (1997), *Autorregulação profissional e Administração pública*, Coimbra, Almedina, 1997.

Ogus, A. I. (1995), «Rethinking Self-Regulation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, pp. 97 ss.

b) Bibliografía complementar

Brousseau, É. (2001), «L'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel?», *Revue Économique*, vol. 52, pp. 349-378.

Conseil d'État (2000) *Les associations reconnues d'utilité publique*, Paris: La Documentation Française.

Darnaculletta i Gardella, M. M. (2005), *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons.

Darnaculletta i Gardella, M. M. (2009), «La autorregulación y sus formulas como instrumentos de regulación de la economía», in Munoz Machado, S. e Esteve Pardo, J., *Fundamentos y instituciones de la regulación*, Iustel: Madrid, pp. 631 ss.

Fernández Farreres, G. (2002), *Colegios profesionales y derecho de la competencia*, Madrid: Civitas.

Gonçalves, P. (2005), *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra: Almedina.

Gunningham, N. (2010), «Enforcement and Compliance Strategies», in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, pp 120-141.

Moreira, V. (1998), *O Governo de Baco: A organização institucional do vinho do Porto*, Porto: Afrontamento.

Sumario n.º 11 – Instrumentos da regulação

I - Plano da lição

5. Instrumentos da regulação

5.1. As diferentes técnicas de regulação

- a) *Normas v. ação discricionária*
- b) *“Comando e controlo” v. contratos regulatórios*
- c) *Obrigações v. recomendações e incentivos*

5.2. Estado de Direito e princípio da legalidade

5.3. As três vertentes da regulação administrativa

5.4. Estabelecimento de regras

- a) *O poder regulamentar das entidades reguladoras*
- b) *O procedimento regulamentar*
- c) *Os instrumentos contratuais de regulação*
 - i) *Contratos de concessão*
 - ii) *Acordos interprofissionais*

5.5. Implementação e supervisão das regras

- a) *Licenças, autorizações e outras permissões administrativas*
- b) *Obrigações de informação e outros deveres dos regulados*
- c) *Auditorias e inspeções*
- d) *Recomendações e injunções*
- e) *Medidas de polícia regulatória*

5.6. As sanções regulatórias

- a) *Do direito penal económico ao direito sancionatório administrativo*
- b) *O poder sancionatório das entidades reguladoras*
- c) *Sanções administrativas, em especial as coimas e sanções acessórias*
- d) *O procedimento sancionatório administrativo*

5.7. Direito penal regulatório

II - Argumento e problemas

1. Inicia-se este ponto com uma discussão de natureza mais teórica sobre os tipos de instrumentos e técnicas de controlo, alguns dos quais serão ilustrados em

outros pontos deste curso, em especial no ponto relativo à delegação de funções regulatórias em entidades privadas e à autorregulação, e serão usados para temas de discussão.

Embora seja difícil classificar e agrupar em tipos estanques as diferentes técnicas através dos quais é possível regular o comportamento humano e orientá-lo em determinados sentidos socialmente desejáveis, referem-se em primeiro lugar as diferentes técnicas da regulação mais comumente referidas na literatura especializada sobre a matéria, desde as técnicas de “comando e controlo” até às de consenso e comunicação.

2. Num Estado de direito, toda a administração está sujeita à lei e só pode atuar com base na lei (princípio da legalidade da Administração). Todavia, a lei pode deixar uma margem maior ou menor de liberdade de atuação à administração (poder discricionário). E, salvo os casos de reserva de lei, pode mesmo remeter para a Administração a regulamentação das matérias, limitando-se a identificar o objeto a ser regulamentado (regulamentos independentes).

A administração regulatória é tipicamente caracterizada por amplas margens de poder discricionário. Todavia, isso não significa “quebra do princípio da legalidade” mas sim autorretração da lei, a fim de deixar maior espaço à livre decisão da Administração.

3. A função reguladora analisa-se em três fases, que compõem o ciclo regulatório. Primeiro, a Administração exerce os seus poderes normativos, na medida em que a lei os tenha conferido (*rule setting*). Depois a Administração executa e fiscaliza a execução pelos regulados das normas regulatórias, quer das que tenha emitido quer das normas legais, emitidas pelo legislador (*rule supervision*). Por último, impõe-se fazer cumprir ou sancionar os que não tenham cumprido as obrigações regulatórias (*rule enforcement*).

4. As normas regulatórias não resultam somente do legislador e das autoridades reguladoras. Também podem decorrer de instrumentos contratuais, entre a Administração regulatória e os regulados (contratos de concessão, por exemplo,

contratos programa, contratos de gestão, etc.), ou até entre os próprios regulados (acordos interprofissionais em certos mecanismos autorregulatórios).

5. A função de supervisão compreende deveres de informação por parte dos regulados e poderes de fiscalização e de inspeção por parte dos reguladores. Na administração regulatória, os primeiros podem ser muito exigentes, e os segundos muito intrusivos.

6. A função sancionatória é uma característica frequente da Administração regulatória. A punição do incumprimento das obrigações regulatórias pode incluir sanções pecuniárias (multas), a suspensão ou revogação de licenças, a suspensão ou interdição de funções profissionais. Importada do direito da UE, algumas leis preveem a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias, a fim de constranger os regulados a cumprirem as obrigações em falta.

Tratando-se de sanções administrativas, a sua impugnação judicial deveria ser feita para os tribunais administrativos. Contudo, entre nós, quase todas as sanções regulatórias são qualificadas como contraordenações, cuja impugnação é feita junto dos tribunais ordinários.

7. Se o ciclo regulatório começa sempre a montante da regulação administrativa (com a Constituição e a lei), também pode estender-se para jusante dela, nomeadamente no caso das sanções penais, que só podem ser aplicadas pelos tribunais. Embora se tenha verificado uma relativa despenalização das infrações no direito económico em geral (Decreto-lei nº 28/84, de 20 de janeiro – *Infrações antieconómicas*) e no direito regulatório em especial, ainda subsistem vários tipos legais de crimes económicos e em especial de crimes regulatórios, como sucede no Código dos Valores Mobiliários, com o abuso de informação privilegiada e com a manipulação do mercado. O mesmo sucede com a atividade bancária ilícita.

III - Temas para aprofundar

- As técnicas de regulação: vantagens e desvantagens das técnicas “hard” e das técnicas soft”
- Simplificação administrativa e regulação

- Poderes regulamentares das autoridades reguladoras
- Sanções regulatórias

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Bolina, H. (2009), «O regime dos processos de contraordenação dos reguladores independentes», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G.(coords.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina.

Gunningham, N. (2010), «Enforcement and Compliance Strategies», in R. Baldwin, Martin Cave e M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, pp 120-141.

Vicente, M. S. N. (2012), *A quebra da legalidade material na atividade normativa de regulação económica*, Coimbra: Coimbra Editora, II Parte.

b) Bibliografia complementar

AAVV, *Direito penal económico e europeu*, vol. I – *Problemas gerais*, Coimbra, 1998.

Morgan, B. e Yeung K. (2007), *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, pp 79-215.

Costa, J. F. (2003), *Direito penal económico*, Coimbra: Quarteto.

Fehling, M. (2010) «Instrumente und Verfahren», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, pp. 1087 ss.

Gonçalves, P. (2010), «Regulação administrativa e contrato», in AAVV, *Estudos de homenagem a Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.

Moerth, U. (2004), *Soft Law in Governance and Regulation*, Cheltenham: Elgar.

Palma, M. F. *et alii* (2009), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora.

Sumário n.º 12 – Os regulados

I - Plano da lição

6. Os regulados

6.1. A relação jurídico-administrativa regulatória

6.2. Autorregulação, corregulação e participação regulatória

6.3. Meios de defesa perante medidas regulatórias

a) Estado de direito e controlo judicial da Administração

b) A impugnação dos regulamentos e atos administrativos junto dos tribunais administrativos

c) O caso especial da impugnação das sanções administrativas

d) A responsabilidade da Administração pela atividade regulatória

II - Argumentos e problemas

1. A regulação opera no contexto de uma relação entre a autoridade reguladora e os regulados. Trata-se de um típica relação jurídico-administrativa, em que a autoridade administrativa usa dos seus poderes para definir e alterar unilateralmente as obrigações dos regulados, por meio de regulamentos e atos administrativos.

Mesmo quando a regulação tem uma base contratual, como por exemplo um contrato de concessão, a Administração regulatória continua a gozar de poderes de autoridade, como decorre do regime dos contratos administrativos.

2. Os regulados participam na atividade regulatória com diversos graus de intensidade.

A mais intensa é obviamente a autorregulação, em que os regulados se tornam reguladores de si mesmos. Depois vem a corregulação, quando a administração regulatória e os regulados acordam as normas de regulação ou quando os regulados acordam as normas regulatórias entre si sob a égide e controlo do regulador. Por último, vem a participação dos regulados nos procedimentos regulatórios, nomeadamente nos regulamentos, nas tarefas de supervisão regulatória e no procedimento sancionatório.

3. Num Estado de direito, os particulares, neste caso os regulados (que, aliás, podem ser empresas públicas), gozam de direito de defesa judicial perante os atos ilegais da Administração (para além dos meios de reclamação e de recurso administrativo, incluindo as queixas ao Provedor de Justiça).

Isso inclui a impugnação de regulamentos e dos atos administrativos, incluindo as sanções administrativas. Entre nós, as mais importantes sanções administrativas, as coimas e sanções acessórias, possuem uma dimensão processual-penal no seu regime de impugnação.

Tal como toda a atividade administrativa, também a atividade regulatória dá lugar a responsabilidade civil pelos danos causados aos particulares. Não existe no entanto nenhuma derrogação do regime geral da responsabilidade civil da Administração.

III - Temas para aprofundar

- Procedimento dos regulamentos das autoridades reguladoras.
- O Tribunal especial para as questões de regulação e concorrência.
- Responsabilidade civil dos serviços e agentes da Administração.

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Maças, M. F. (2006), «O controlo jurisdicional das entidades reguladoras independentes», *CJA*, n.º 58, pp. 215 ss.

Moreira, V. (2002), «As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça», in *O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes*, Lisboa: Provedoria da Justiça, pp 93 ss.

b) Bibliografia suplementar

Magide, M. M. (2000), *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid: INAP.

Ramajoli, M. (2010), «Procedimento regolatorio e partecipazione», in Liberati, E. Bruti & Donati, F. (coords.), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Turim, Giappichelli.

Sumário n.º 13 – Regulação e defesa da concorrência

I - Plano da lição

7. Regulação e defesa da concorrência

7.1. Exclusão, complementaridade, sobreposição

7.2. Articulação entre a autoridade de concorrência e as autoridades de regulação setorial

II - Argumento e problemas

1. Numa economia de mercado aberta a regulação só deve existir lá onde os mecanismos de defesa da concorrência não podem operar eficientemente. Mas a opção pela regulação não depende somente da estrutura dos mercados (falhas de mercado). Para além da regulação por razões extraeconómicas (ambiente, ordenamento do território e urbanístico, direitos dos consumidores, razões sociais), a extensão da própria regulação económica depende de uma certa margem de discricionarietà política.

A opção por uma “*light touch regulation*” conduz à redução do âmbito da regulação em favor do âmbito dos mecanismos da concorrência. A opção por uma “*heavy handed regulation*” conduz ao invés à ampliação do espaço da regulação à custa dos mecanismos de defesa da concorrência.

Por outro lado, a regulação setorial pode variar de intensidade de acordo com a transformação estrutural do setores regulados, na evolução desde uma situação de monopólio público para um mercado concorrencial. À medida que a concorrência vai sendo estabelecida (pluralidade de operadores, eliminação de barreiras à entrada, isolamento e garantia de acesso às redes), a regulação setorial pode ir cedendo lugar à que se ocupa da defesa da concorrência. No final pode concluir-se que não se justifica mais uma regulação setorial. A decisão sobre se e em que medida a

regulação setorial pode ser substituída pela defesa da concorrência cabe naturalmente aos decisores político-legislativos.

Todavia, seja qual for o âmbito e a intensidade da regulação ela não exclui o funcionamento das regras da concorrência nos setores regulados. Uma empresa com poderes exclusivos pode abusar da sua posição dominante; as empresas do setor regulado podem estabelecer acordos anticoncorrenciais ou podem propor-se operações de concentração lesivas da concorrência. A regra é pois a de que a regulação e a disciplina da concorrência podem coexistir nos setores regulados, sempre que a regulação deixe margem de liberdade aos operadores suscetível de infringir as regras da concorrência. Já assim não será naturalmente quando os operadores se limitam a cumprir decisões da autoridade reguladora setorial (por exemplo, preços fixados), as quais não estão sujeitas à jurisdição da concorrência. Mesmo quando as ações sejam ilícitas à luz das regras da concorrência, elas podem ver a sua punição reduzida ou mesmo excluída por atenuação ou ausência de culpa, em consequência da ação da autoridade reguladora (por exemplo uma conduta conforme a uma recomendação da autoridade reguladora ou aprovada pela mesma).

2. Isso coloca um problema-chave: que autoridade deve ser competente para defender a concorrência nos setores regulados – a autoridade de regulação setorial correspondente ou a autoridade da concorrência?

As soluções podem ser diversas: separação estrita de competências, atribuição às autoridades reguladoras de competências de defesa da concorrência no respetivo setor, sobreposição e concorrência de competências. No caso português a regras são claras: universalidade e exclusividade da autoridade da concorrência nas tarefas de defesa da concorrência, incluindo nos setores regulados, com obrigação e cooperação das autoridades de regulação setorial com a AdC.

Há um segundo problema, já atrás referido: pode/deve a autoridade da concorrência absorver funções regulatórias, para permitir a extinção de entidades reguladoras ou a sua fusão com a autoridade da concorrência?

Tal sucede por exemplo na Austrália e está também em vias de acontecer em Espanha, mas não constitui, por ora, a regra geral no direito comparado. A AdC é em geral limitada às tarefas de defesa da concorrência. Todavia, a doutrina das

“infraestruturas essenciais” (“*essential facilities*”), de origem norte-americana, confere à autoridade de defesa da concorrência tarefas em matérias de garantias de acesso às infraestruturas ou a outras “facilidades” de terceiras empresas concorrentes no fornecimento dos mesmos serviços, tarefa que em geral cabe às autoridades de regulação setorial, onde elas existem.

III - Temas para aprofundar

- Definição da articulação entre a regulação setorial, a cargo de autoridades reguladoras especializadas, e a supervisão da concorrência pela Autoridade da Concorrência

- A jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU em matéria de “infraestruturas essenciais”

- A jurisprudência dos EUA em matéria de “infraestruturas essenciais”: do caso *United States v. Terminal Railroad Association* ao caso *Verizon v. Trinko*.

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Cases, L. (2009), «Regulación y competência», in Muñoz Machado, S. e Esteve Pardo, J., *Fundamentos y instituciones de la regulación*, Iustel: Madrid, pp 425 ss.

Marques, M. M. L. e Moreira, V. (2012), Anotação aos arts 35.º e 55.º da Lei da Concorrência, in Manuel Porto *et alii* (coords.), *Lei da Concorrência: Comentário conimbricense*, Coimbra: Almedina 2013, no prelo.

b) Bibliografia complementar

Cintioli, F. (2010) «Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust», in Liberati, E. Bruti & Donati, F (coords.), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Turim, Giappichelli.

Correia, C. P. (2009) «As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores setoriais», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.)

Regulação em Portuga: Novos tempos, novo modelo? Coimbra: Almedina, pp. 721-736.

Laguna de Paz, J. (2012), «Regulation and competition law», *European Competition Law Review*, vol. 33, n. 2, p. 77-83.

Marques, M. M. L., Forte, A. e Almeida, J. P. S. (2005), *Autoridades de defesa da concorrência e autoridades de regulação sectorial: Concorrência e cooperação*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-31.

Vicente, M. S. N. (2012), *A quebra da legalidade material na atividade administrativa da regulação económica*, Coimbra: Coimbra Editora, Cap. 1.6.

Sumário n.º 14 – A regulação transversal da atividade económica em geral

I - Plano da lição

1. A regulação transversal da atividade económica em geral

1.1. Áreas da regulação

- a) Regulação do acesso*
- b) Exercício da atividade económica*

1.2. Justificação da regulação

- a) Ordenamento territorial e urbanístico*
- b) Razões ambientais*
- c) Segurança e saúde*
- d) Direitos dos trabalhadores*
- e) Direitos dos consumidores*
- f) Proteção do setor social ou das PME*

1.3. Instrumentos regulatórios

- a) Planos de ordenamento territorial e urbanístico*
- b) Avaliações de impacto ambiental*
- c) Permissões administrativas: licenciamentos, autorizações e obrigações de declaração de início de atividade*
- d) Inspeção e supervisão*

e) Medidas de polícia e sanções administrativas

1.4. O regime de acesso à atividade industrial e à atividade comercial

1.5. Autoridades de regulação

II - Problemas e argumentos

1. Neste ponto far-se-á uma referência breve à regulação de natureza transversal, com especial incidência naqueles que estabelecem derrogações à liberdade de acesso e de exercício de atividades económicas em nome da proteção do interesse público. Ilustra-se a explicação em geral com dois regimes: o regime de acesso à atividade industrial e o regime de acesso à atividade comercial e de serviços.

2. Mostrar-se-á a justificação dessa regulação, ou seja, os interesses que em geral visa proteger, desde o ambiente e ordenamento do território à saúde e segurança dos consumidores. Igualmente se referirá que essas restrições, seja qual for a atividade a que se aplicam, devem ser proporcionais ao risco que pretendem prevenir, ou seja, devem ser apenas as que sejam necessárias e adequadas à proteção de outros interesses socialmente relevantes.

3. Este princípio deve refletir-se na escolha dos instrumentos utilizados, sempre que possível substituindo controlos *ex ante* por controlos *ex post*, vistorias obrigatórias por vistorias aleatórias, etc., com base num princípio de proporcionalidade ao risco que se pretende evitar. Assim, onde bastar uma mera comunicação de início de atividade não deve ser exigida uma autorização ou uma licença.

4. Ilustra-se este ponto com dois regimes recentes onde se aplicam os princípios acima enumerados e nos quais se encontram exemplos dos tipos de permissões administrativas e formas de comunicação de informação (da licença à mera comunicação prévia), bem como de diferentes meios de fiscalização e sanções utilizadas em caso de incumprimento. É o caso do regime de acesso à atividade comercial e de serviços, em particular restaurantes e cafés, e de atividades conexas, designado por “Licenciamento Zero”; e do regime de acesso à atividade industrial,

que se encontra imbuído da mesma filosofia, designado por “Sistema de Indústria Responsável”.

5. Na regulação transversal da atividade económica, as autoridades competentes são por via de regra as autoridades administrativas gerais, desde o Ministério da Economia e o Ministério do Ambiente às câmaras municipais e respetivos serviços. Como autoridade de supervisão avulta entre nós a Agência de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

II - Temas para aprofundar

- O princípio da liberdade de acesso à atividade económica na CRP e nos Tratados da UE
- Permissões administrativas e Diretiva de serviços
- “Licenciamento zero” e “Sistema de indústria responsável”: um conceito e dois regimes
 - Regulação das grandes superfícies comerciais.
 - A ASAE

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Santos, A. C., Gonçalves, M. E. e Marques, M. M. L. (2011), *Direito económico*, Coimbra: Almedina, 6ª edição (em especial pp. 211-224).

Marques, M. M. L. *et alii* (2011), *Licenciamento zero. Regime jurídico comentado*, Coimbra: Almedina (em especial, anotações aos artigos 1º-5º).

b) Bibliografia complementar

Correia, A. A. (2005), «Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Juridica*, 81, *Colloquia* nº 13, Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes, C. A. (2009), «Direito administrativo do ambiente», *in* Otero, P. & Gonçalves, P., *Direito administrativo especial*, vol. II.

OCDE (2010) *Why Is Administrative Simplification So Complicated?* Paris: OCDE.

Sumário n.º 15 – Regulação das profissões

I - Plano da lição

2. Regulação das profissões

- 2.1. Economia de serviços e regulação profissional
- 2.2. Liberdade de profissão e profissões reguladas
- 2.3. UE: mercado interno e liberdade de prestação de serviços
- 2.4. A autorregulação profissional
 - 2.4.1. Das corporações medievais às modernas corporações profissionais
 - 2.4.2. As ordens profissionais e organizações afins em Portugal
 - a) *Poderes reguladores das ordens profissionais*
 - b) *A autodisciplina profissional*
- 2.5. Autorregulação profissional e concorrência

II - Argumento e problemas

1. As economias contemporâneas são crescentemente economias de serviços, que ganham terreno à agricultura e à indústria. Dentro dos serviços assumem especial relevo os serviços profissionais, dada a sua natureza transversal à economia. E no âmbito dos serviços profissionais avultam as chamadas “profissões liberais”, baseadas em conhecimentos específicos e na independência profissional (médicos, advogados, farmacêuticos, engenheiros, arquitetos, revisores de contas, etc.).

2. Numa economia de mercado prevalece a liberdade de escolha de profissão e de exercício profissional, que aliás constitui um direito fundamental constitucionalmente garantido.

Todavia, também nas profissões pode ser necessária a regulação pública, quer para suprir falhas de mercado quer para realizar objetivos extraeconómicos de interesse público. Daí a regulação profissional. Algumas profissões, em especial as

profissões liberais, são objeto de uma extensa regulação, quer quanto à entrada na provisão, quer no seu exercício. São as chamadas “profissões reguladas”.

De seguida, mostraremos quais são as restrições constitucionalmente permitidas à liberdade profissional (ao simples exercício de profissão ou ao acesso à profissão por motivo de requisitos subjetivos ou objetivos). Distinguiremos ainda a regulação estrutural da regulação comportamental.

3. O mercado interno da União Europeia inclui também a liberdade de prestação de serviços profissionais transfronteiras, bem como a liberdade de estabelecimento em qualquer país da União para efeitos de prestação de serviços profissionais. Por isso, a integração do mercado necessitou de eliminar divergências regulatórias entre os Estados-membros, seja pelo reconhecimento mútuo de qualificações profissionais e dos requisitos de acesso às profissões, seja pela harmonização de qualificações e de requisitos. A «Diretiva de serviços» (Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006) é também um exercício de integração do mercado de serviços na União, incluindo os serviços profissionais.

É o que se passa com a regulação pública profissional, que aqui analisaremos, começando pelas razões pelas quais ela se aplica a determinadas profissões e não a outras. Depois disso, desenvolve-se o próprio direito enquadrador relativo à liberdade profissional, intimamente conexionado com a liberdade de trabalho, e à sua regulação no espaço europeu particularmente depois da Diretiva de Serviços, a qual, ao eliminar barreiras ainda existentes nos Estados-membros à efetivação do direito de estabelecimento e à liberdade de circulação dos prestadores de serviços, impulsiona um processo de desregulação das profissões liberais, e da «Diretiva sobre qualificações profissionais» (Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005), que procede a uma harmonização dos sistemas de reconhecimento de qualificações profissionais no seio da União, estabelecendo regras específicas, aplicáveis por todos os Estados membros, consolidando uma série de regulamentos sectoriais já existentes.

4. Importa abordar especialmente a regulação das profissões liberais. Trata-se, entre nós, de um domínio “subcontratado” às ordens profissionais, dotadas de poderes públicos para esse efeito. Constitui um dos aspetos mais interessantes do ponto de vista da regulação e defesa da concorrência.

O objetivo é desde logo proceder a uma discussão mais aprofundada do conceito de autorregulação, já enunciado anteriormente a propósito dos tipos de regulação, mostrando que o facto de não ser um tipo de regulação estadual, não impede que seja uma forma de regulação pública sempre que o Estado reconhece oficialmente a entidade autorreguladora, e a dota de especiais poderes públicos, normativos e disciplinadores. Particular importância, como autoridades de regulação profissional, será dada ao estudo das ordens profissionais, desde a sua história ao seu regime jurídico atual, as vantagens desvantagens do seu modelo de monopólio regulador.

As ordens profissionais gozam em geral de extensos poderes normativos, de supervisão e disciplinares, concentrando toda fileira regulatória, tal como sucede com as autoridades reguladoras independentes.

5. Por se tratar de um domínio especialmente sensível, trataremos ainda da relação entre a autorregulação e as regras da concorrência. Na verdade, a tensão entre as funções de (auto)regulação e de representação de interesses profissionais continua a resultar em compressões, mais ou menos significativas, do funcionamento em condições de concorrência do mercado de prestação de serviços por profissões reguladas por vezes admissíveis e outras vezes não.

Fenómenos como a restrição malthusiana no acesso à profissão, a proibição de publicidade de serviços profissionais, a fixação de preços dos serviços, etc. são outras tantas restrições à concorrência. Importa verificar em que medida o impacto anticoncorrencial dessas medidas regulatórias põe em causa a sua legitimidade.

III - Temas para aprofundar

- Ordens profissionais: onde e para quê?
- O impacto da «Diretiva de Serviços» e da «Diretiva de qualificações profissionais» nas profissões reguladas

- O controlo da Autoridade da Concorrência sobre as decisões das ordens profissionais: estudos de caso

- Lei-quadro das associações públicas profissionais

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Cunha, C. (2004), «Profissões liberais e restrições da concorrência», in V. Moreira (org.), *Estudos de regulação pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 445-491.

Hatzopoulos, V. (2012), *Regulating services in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.

Moreira, V. (1997), *Autorregulação profissional e Administração pública*, Coimbra: Almedina.

Moreira, V. & Toshkov, S. (2013), «The (de)regulation of the liberal professions in the European Union», in Rego, R. (ed.), *Professionals' regulation in the EU*, Palgrave: MacMillan (*submitted*).

b) Bibliografía complementar

Correia, J. M. S. *et alii* (2010), *Direito da concorrência e ordens profissionais*, Coimbra: Coimbra Editora.

Delimiatis, P. (2010), «"Thou shall not...(dis)trust": Codes of conduct and harmonization of professional standards in the EU», *Common Market Law Review*, v. 47, n. 4, Agosto, pp. 1049-1087.

Depré, S. (1999), *Les autorisations administratives relatives à l'exercice de certaines professions*, Bruxelas: Bruylant.

Faure, M. *et alii* (ed.) (1993), *Regulation of professions: A law and economics approach to the regulation of attorneys and physicians in the US, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK*, Antuérpia: Maklu.

Lianos, I. e Odudu, O. (eds.) (2012), *Regulating trade in services in the EU and the WTO: Trust, distrust and economic integration*, Cambridge: Cambridge University Press.

Sumário n.º 16 – Regulação das infraestruturas e das redes

I - Plano da lição

3. Regulação das infraestruturas e das redes

3.1. Responsabilidade do Estado pelas infraestruturas

3.2. A liberalização e a privatização da gestão das infraestruturas

3.3. A regulação das infraestruturas e das redes

a) *Monopólio natural e concorrência nas indústrias de rede*

b) *A desagregação e gestão independente das redes*

c) *O acesso de terceiros às redes*

d) *A determinação do preço de uso das infraestruturas e das redes*

II - Argumento e problemas

1. Desde a “Revolução Industrial” a economia assenta sobre infraestruturas, como portos e aeroportos, estradas e caminhos-de-ferro, etc. Muitas vezes as infraestruturas apresentam-se sob a forma de rede, como as redes de transporte e distribuição de eletricidade ou de gás, a rede ferroviária, a rede postal, as redes de água e de saneamento, as redes de telecomunicações.

Desde sempre, mesmo durante o liberalismo oitocentista, o Estado assumiu a responsabilidade de construção ou de promoção da construção das redes, como sucedeu com os caminhos-de-ferro e os canais de navegação. Esse papel do Estado como *Infrastrukturstaat* aumentou obviamente com o advento das redes de energia e de telecomunicações em pleno século XX.

2. Grande parte do setor público na fase do Estado intervencionista era constituída por serviços ou empresas públicas baseados em redes (eletricidade, gás natural, serviços postais e telecomunicações, etc.).

E foram essas *public utilities* o alvo privilegiado do movimento de liberalização e de privatização que deu lugar ao Estado regulador.

O principal instrumento da liberalização dos antigos serviços públicos económicos consistiu justamente na separação entre as redes e a provisão dos

serviços propriamente ditos, estes abertos à concorrência, garantindo a todos os operadores o acesso às redes em pé de igualdade.

3. Por isso, os principais problemas da regulação das redes consistem desde logo em determinar o grau de “unbundling” das redes, conforme se trate de uma simples separação contabilística, de uma separação de gestão ou de uma separação de propriedade. Em qualquer caso importa assegurar o acesso de todos os operadores às redes.

Como se viu anteriormente, a questão do preço de utilização das redes constitui um dos temas centrais da regulação de infraestruturas.

III - Temas para aprofundar

- Sistemas de remuneração das empresas gestoras das redes
- Níveis de segmentação (*unbundling*) dos monopólios verticais
- O “unbundling” da rede ferroviária nas diretivas europeias e na legislação nacional
- Gestão dos portos e dos aeroportos

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Esteve Pardo, J. (2012), «Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general», in Rebollo Puig, M. (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria* Actas del Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Madrid: Iustel, pp. 37 ss.

Lobo, C. B. (2009), *Setores em rede: Regulação para a concorrência*, Coimbra: Almedina, 2009, Parte II.

Rodrigues, L. (2012), *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Bruxelas: Bruylant.

b) Bibliografía complementar

Bel, G., Calzada, S., Manjon, A. (2009), «Economía y regulación de los servicios de red», in Muñoz-Machado, S., Esteve Pardo, J. (dirs.), *Derecho de la Regulación: I – Fundamentos y instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, pp. 707 ss.

Gerandin, D. (ed.) (2004), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Antwerp-Oxford: Intersection.

Gomez-Ibañez, J., A. (2003), *Regulating Infrastructure*, Cambridge: Cambridge University Press.

Knieps, G. (2005), «Marktmachtregulierung im Bereich natuerlicher Monopole», in Knieps, G. (ed.), *Wettbewerbsoekonomie*, Berlin/Heidelberg: Springer, pp. 78-114.

Parlamento Europeu (2011), *The Impact of Separation Between Infrastructure Management and Transport Operations on the EU Railway Sector*, Bruxelas, Parlamento Europeu.

Sumário n.º 17 - Regulação das *utilities*

I - Plano da lição

4. Regulação das *utilities*

4.1 A liberalização e privatização das *utilities* (*remissão*)

4.2. Fundamentos da regulação das *utilities* (*remissão*)

4.3. A regulação das *utilities* a nível da UE

4.4. Autoridades de regulação

a) A nível europeu

b) Ao nível nacional

4.5. Principais instrumentos de regulação

4.6. A regulação da energia (eletricidade e gás)

a) Estrutura do setor

b) Autoridade reguladora

4.7. A regulação das telecomunicações

a) Estrutura do setor

b) Autoridade reguladora

4.8. A regulação dos serviços postais

a) Estrutura do setor

b) Autoridade reguladora

4.9. A regulação dos transportes rodoviários, ferroviários e marítimos

a) Estrutura do setor

b) Autoridade reguladora

4.10. A regulação dos transportes aéreos

a) Estrutura do setor

b) Autoridade reguladora

4.11. A regulação da água e dos resíduos

a) Estrutura do setor

b) Autoridade reguladora

II - Argumento e problemas

1. Como se viu, o moderno Estado regulador na Europa resultou essencialmente da liberalização e privatização das “public utilities” (ou “serviços públicos económicos”, na tradição administrativa francesa). O Estado empresário e prestador de serviços foi substituído pelo Estado regulador.

Anteriormente tratava-se de empresas verticalmente integradas, incluindo a gestão das infraestruturas e a provisão dos serviços correspondentes (telecomunicações, energia, transportes ferroviários, etc.). Com o “unbundling” das redes e do serviço propriamente dito, a prestação deste pôde ser aberto à concorrência, assegurando a todos os prestadores o acesso às redes.

Por outro lado, em muitos casos, as *public utilities* administradas ou concessionadas pelo Estado, deram lugar ao mercado das *utilities*, submetido à concorrência entre vários operadores. A missão de serviço público, que antes justificara as *public utilities* como serviços públicos exclusivos, está agora confiada, nos setores abertos ao mercado, a um dos operadores, incumbido das obrigações de serviço público, mediante compensação pelos respetivos encargos adicionais.

2. Recordando o que se estudou antes, as “utilities” compartilham de duas condições que justificam a sua regulação. Por um lado, elas assentam em infraestruturas ou redes, as quais, por serem em geral monopólios naturais, não estão portanto sujeitas à concorrência, tendo por isso de ser regulados. Por outro lado, mesmo depois de privatizadas, as utilities continuaram a ser consideradas como “serviços de interesse económico geral”, pelo que ficam submetidas a “obrigações de serviço público”. Independentemente de uma e outra razão, a passagem do monopólio à concorrência exige um período mais ou menos longo de transição regulada (“regulação para a concorrência”).

3. Foi o propósito de criação de um mercado único europeu que motivou a abertura das *utilities* ao mercado, de modo a permitir realizar a liberdade de prestação de serviços, de circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, que caracterizam, com outros princípios, a integração do mercado dentro da UE. Em segundo lugar, a liberalização foi determinada por instrumentos jurídicos da União, designadamente as diretivas da Comissão.

4. O processo de liberalização e de regulação das *utilities* foi quase sempre acompanhado da criação de autoridades de regulação dedicadas a nível nacional, quase sempre impostas pela própria legislação da União.

Âmbito de jurisdição das autoridades reguladoras das *utilities*

Autoridades reguladoras	Setores abrangidos
ANACOM	Telecomunicações Serviços postais
ERSE	Eletricidade Gás natural
INAC	Transportes aéreos
IMT	Transportes ferroviários Transportes rodoviários Transportes marítimos
ERSAR	Resíduos sólidos (lixos) Resíduos líquidos (esgotos)

Mais tarde, a integração do mercado interno de tais serviços levou à criação, em alguns casos, de entidades coordenadoras das entidades reguladoras nacionais. Tal foi o que sucedeu com a Agência de Coordenação dos Reguladores de Energia.

No caso das autoridades reguladoras nacionais das *utilities* convém sublinhar que a maior parte delas tem jurisdição sobre mais do que uma, normalmente duas afins. A exceção é o INAC. O quadro abaixo mostra as afinidades regulatórias estabelecidas entre nós.

5. Entre os instrumentos de regulação avultam a garantia de acesso às redes, o preço de tal acesso, como se viu acima, e as obrigações de serviço público, como se verá adiante. Além disso, trata-se de substituir e de promover a concorrência lá onde ela não existe. De facto, algumas das *utilities* continuam por liberalizar (transportes urbanos, água e saneamento) e quase todas as que foram liberalizadas continuam a apresentar estruturas de mercado de tipo oligopolista, com protagonismo da antiga empresa pública incumbente.

Resta saber se e quando se estabelecer um mercado efetivamente concorrencial na prestação do serviço, ainda se justifica manter a regulação setorial e a correspondente autoridade reguladora, só para se ocupar da supervisão do acesso às redes.

6. O setor da energia foi um dos primeiros a ser liberalizados ao nível da UE e ao nível nacional. Primeiro, procedeu-se à liberalização da produção de energia, pondo fim ao monopólio da EDP, depois decretou-se a separação da rede de transporte de eletricidade a cargo da REN (com separação da propriedade) e por último avançou-se para a liberalização dos preços ao consumidor. Inicialmente composto somente pelo energia elétrica, o setor foi depois completado pelo gás natural, após a ligação ao gasoduto da Argélia.

A autoridade de regulação é a ERSE (1995), que foi a primeira autoridade reguladora independente na área das *utilities*. De competência inicialmente limitada à eletricidade, viu depois estendida a sua competência ao gás natural.

7. As telecomunicações foram a primeira *utility* a ser liberalizada ao nível da UE e ao nível nacional, assegurando-se o acesso à rede básica de telecomunicações, nas mãos do antigo incumbente, a Portugal Telecom. É também o setor onde a estrutura de mercado apresenta já um considerável nível de concorrência. Novas tecnologias permitiram a criação de redes alternativas (cabo, fibra ótica) e a competição entre elas; porém, a rede de cobre continua a ser elemento básico do acesso doméstico (*local loop*), pelo que o acesso de todos os concorrentes à rede de cobre continua a ser essencial para o desenvolvimento de um mercado concorrencial no setor. Com a criação de redes próprias por cada operador, torna-se imperioso também assegurar e regular a interconexão de redes.

A autoridade de regulação é a ANACOM, resultante da transformação do antigo Instituto Português de Telecomunicações em autoridade administrativa independente. Entre as suas atribuições inclui-se a gestão do espetro radioelétrico.

8. Os serviços postais percorreram um ciclo de liberalização mais demorado, começando pelo correio expresso e pelas encomendas, para só recentemente abranger o serviço de cartas.

A autoridade reguladora é também a ANACOM, que acumula a regulação dos serviços postais com a regulação das telecomunicações.

9. As diversas modalidades de transporte apresentam muito diferentes níveis de abertura à concorrência, tendo os transportes marítimos, aéreos e rodoviários interurbanos sido liberalizados desde cedo, enquanto os transportes ferroviários só agora caminham para a liberalização do transporte de passageiros, e não se perspetiva nenhuma liberalização nos transportes públicos urbanos (aliás de competência municipal, salvo em Lisboa e no Porto).

Quanto às infraestruturas, enquanto a gestão dos portos e dos aeroportos sempre esteve separada das atividades de transporte, já assim não sucedia no caso da ferrovia e dos transportes urbanos. A liberalização da ferrovia levou à separação da propriedade e da gestão da rede ferroviária (criação da REFER). Nos transportes urbanos, as infraestruturas e as atividades de transporte continuam integradas.

Existe uma autoridade reguladora única para o setor dos transportes terrestres marítimos. As diferentes autoridades de regulação preexistentes foram fundidas no atual Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres (IMTT).

10. Os transportes aéreos foram liberalizados desde cedo, criando-se um mercado europeu no setor. Os aeroportos, tal como os serviços de navegação aérea, sempre tiveram gestão separada entre nós, tendo a sua gestão permanecido nas mãos do Estado; todavia, já está anunciada a privatização da empresa gestora dos aeroportos (a ANA).

No transporte aéreo, a autoridade reguladora continua a ser o INAC, que não tem o estatuto de autoridade administrativa independente. Está anunciada a sua integração numa mega-autoridade de regulação dos transportes. Além da regulação e supervisão dos aeroportos, da navegação aérea e da atividade de transportes aéreos, cabe-lhe também a regulação e supervisão da segurança do transporte aéreo.

11. O setor das águas e resíduos contínua em mãos públicas, sendo compartilhado pelo Estado (captação, tratamento, e transporte “em alta”) e pelos municípios (rede de distribuição domiciliária); panorama semelhante se apresenta no setor dos efluentes. Todavia, encontra-se na agenda política a privatização da empresa pública de águas (AdP), enquanto vários municípios concederam a gestão dos seus serviços de água e saneamento.

A autoridade reguladora é a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), que hoje tem jurisdição sobre todas os operadores do setor, incluindo os serviços municipais. Entre as suas atribuições, inclui-se a de velar pela qualidade da água.

III - Temas para aprofundar

- Evolução da liberalização em cada um dos setores
- Análise de cada uma das autoridades reguladoras
- “Regulação para a concorrência”
- Regulação das telecomunicações: uma ARI ou a autoridade da concorrência?
- A articulação da regulação de setores próximos ou convergentes

IV - Bibliografia¹⁶

A. Energia

a) Leituras recomendadas

Anastácio, G. (2009), «Regulação da energia», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.) *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 301-392.

Gonçalves, P. (2008), «Organização e regulação pública do setor elétrico», in P. Gonçalves: 2008, cap. II.

Marques, M. Manuel L., Forte, A. e Almeida, J. P. S. (2005), *Autoridades de defesa da concorrência e autoridades de regulação sectorial: Concorrência e cooperação*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 66-70.

Vasconcelos, J. (1998), *A regulação do sector elétrico*, Lisboa: ERSE.

b) Bibliografía complementar

Britz, G. «Energie», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.) (2010), *Regulierungsrecht*, Tuebingen: Mohr Siebeck, pp. 365 ss.

Cameron, P. (ed.) (2005), *Legal aspects of EU energy regulation: Implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford: Oxford University Press.

Mitchell, C. e Woodman, B. (2010), «Regulation and Sustainable Energy Systems», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) (2010), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp 572-581.

Moreira, V. (2001), «Serviço público e concorrência», in AAVV, *Os caminhos da privatização da Administração pública*, Coimbra: Coimbra Editora.

Muñoz Machado, S. et alii (dirs.) (2009), *Sector Energético*, vol. III de Muñoz Machado et alii, *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel,

OECD (1999), *Guide to the Economic Regulation of the Electricity Industry*. Paris: OCDE.

¹⁶ Sobre toda a regulação setorial das *utilities* devem ainda ser consultados os *sites* das respetivas entidades reguladoras, onde podem ser encontradas monografias temáticas e outra documentação e informação relevante atualizada, nomeadamente sobre legislação, decisões regulatórias e estatísticas.

Porto, M. (2005), «A abertura e a regulação: Uma primeira avaliação da experiência portuguesa nos setores da energia, das comunicações e dos transportes», *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 10 pp 169 ss.

Riffault-Silk, J. (2011), «La régulation de l'énergie: bilan et reformes», *Revue Internationale de Droit Économique*, n. 1/2011, pp- 5-41.

Roggenkam, M. e Woolley, O. (eds.) (2012), *European energy law report*, 9, Antuérpia: Intersentia.

Silva, S. T. (2009), *O sector elétrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento, Coimbra: FDUC.

Silva, S. T. (2011), *Direito da energia*, Coimbra: Coimbra Editora.

B. Regulação das telecomunicações

a) Leituras recomendadas

Alexiadis, P. e Cave, M. (2010), «Regulation and Competition Law in Telecommunications and other Network Industries», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) *Oxford Handebol o Regulativo*, Oxford: Oxford University Press, pp 437-461.

Cabo, S. G. (2009), «Regulação e concorrência no setor das comunicações eletrónicas», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal, Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 207-278.

De La Quadra-Salcedo (dir.) (2010), *Telecomunicaciones*, vol. IV de Muñoz Machado *et alii* (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel.

Gonçalves, P. (2008), «Regulação das telecomunicações eletrónicas», in P. Gonçalves: 2008, cap. II.

Laguna de Paz, J. C. (2010), *Telecomunicaciones: Regulación y mercado*, Madrid: Aranzada, 3ª id.

Marques, M. M. L., Forte, A. e Almeida, J. P. S. (2005), *Autoridades de defesa da concorrência e autoridades de regulação sectorial: Concorrência e cooperação*, Coimbra: Coimbra Editora, Pp. 49-65.

b) Bibliografía complementar

Ariño Ortiz, G., De la Cutara, J. M. & Del Guayo Castiello, I. (2012), *Regulación económica*, Aranzada: Madrid, pp. 891 ss.

Bavasso, A. e Long, D. (2012), «The application of competition law in the communications and media sector: A survey of 2011 cases», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, nº 4, agosto, pp. 385-395.

Flacher, D. e Jennequin, H. (2012), «La libéralisation des industries de réseau: Débat théorique et applications aux télécommunications», in Bance, P., *L'Action publique dans la crise*, Rouen et Havre: Purh.

Garzaniti, L. e O'Regan, M. (eds.) (2010), *Telecommunications, broadcasting and the internet: EU competition law and regulation*, London: Sweet & Maxwell.

Lehfeld, L. de S. (2003), *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações*, São Paulo: Renovar.

Schneider, J-P. (2010), «Telkommunikationen», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp 365 ss.

C. Regulação do setor postal

a) Leituras recomendadas

D'Alte, T. S. (2009), «Regulação do sector postal em Portugal», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 279-300.

b) Bibliografía complementar

Eckert, S. (2010), «Between commitment and control: Varieties of delegation in European postal sector», *Journal of European Public Policy*, vol. 17, nº 8, pp 1231-1252.

Ruffert, M. (2010), «Post», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 565 ss.

D. Regulação dos transportes

a) Leituras recomendadas

Esquível, J. L. e Mendes, A. M. (2009), «O sector dos transportes terrestres: uma realidade em mudança», *in* Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal, Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 421-444.

Marques, M. M. L., Forte, A. e Almeida, J. P. S. (2005), *Autoridades de defesa da concorrência e autoridades de regulação sectorial: Concorrência e cooperação*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 97-136.

Porto, M. (2005), «Abertura ao mercado e regulação: Uma primeira avaliação da experiência portuguesa nos sectores da energia das comunicações e dos transportes», *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 10, pp. 169 ss.

Portugal, A. M. e Teixeira, I. (2009), «Regulação da aviação civil», *in* Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 445-506.

Voisin, G. (2011), *Rapport d'information sur la libéralisation du transport ferroviaire en Europe*, France: Assemblée nationale, Commission chargée des affaires européennes.

b) Bibliografía complementar

Fehling, M. (2010) «Oeffentliche Verkehr», *in* Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tuebingen, pp. 500 ss.

Havel, B. (2009), *Beyond the skies: A new regime for international aviation*. Alphen /Rijn: Kluwer Law International.

Ruiz Ojeda, A. (dir.), *Transportes*, vol. 6 de Muñoz Machado *et alii* (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel.

Rusche, T. M. e Schmidt, S. (2011), «The post-Altmark era has started: 15 months of application of regulation (EC) no. 1370/2007 to public transport services», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 10, nº 2, pp. 249-263.

Parlamento Europeu (2011), *Tipología y estructura de los organismos reguladores del sector ferroviário de la UE*, Bruxelas: Parlamento Europeu.

E. Regulação da água e saneamento

a) Leituras recomendadas

Maçãs, F., Baptista, J. M. e Pires, J. S. (2010), *O quadro legal dos serviços de águas em Portugal*, in <http://www.ersar.pt/> (consultado em 4 de novembro de 2012).

Moreira, V. e Oliveira, F. P. (2004), «Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, recolha de efluentes e resíduos sólidos», in V. Moreira (org.), *Estudos de regulação pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-95.

b) Bibliografia complementar

Aragão, A. (2009), «Direito administrativo dos resíduos», in Otero, P. e Gonçalves, P. *Tratado de Direito administrativo especial*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Kahl, W. (2010) «Wasser», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tuebingen, pp. 733 ss.

Maçãs, F. (2009), «Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento e águas residuais urbanas e resíduos urbanos», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 507-570.

Marques, M. M. L., Forte, A. e Almeida, J. P. S. (2005), *Autoridades de defesa da concorrência e autoridades de regulação sectorial: Concorrência e cooperação*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 84-96.

Mendes, J. (2009), «Direito administrativo da água», in Otero, P. e Gonçalves, P., *Tratado de Direito administrativo especial*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Pássaro, D.; Baptista, J. M. e Pires, J. S. (2009), *Desafios para os serviços de águas em Portugal numa perspetiva de médio e longo prazo*, in <http://www.ersar.pt/> (consultado em 4 de novembro de 2012).

Staddon, C. (2010), *Managing Europe's water resources: Twenty-first century challenges*, Farnham: Ashgate.

Sumário n.º 18 – Regulação dos serviços de interesse económico geral (SIEG)

I - Plano da lição

5. Regulação dos serviços de interesse económico geral (SIEG)

5.1. O Estado social e o Estado de bem-estar

5.1.1. Os serviços públicos prestacionais como parte do modelo tradicional do “Estado social”

5.1.2. Entre o “Estado prestador” e o “Estado garantia”

5.2. Serviços públicos económicos (“utilities”) e serviços públicos não económicos

5.3. A liberalização/privatização dos serviços públicos económicos

5.4. Os SIEG na ordem económica da UE

5.4.1. A noção europeia dos “SIEG” no TFUE

5.4.2. A jurisprudência sobre os SIEG

5.5. Obrigações de serviço público

5.5.1. “Serviço universal”

5.5.2. Tarifas sociais

5.5.3. Seleção do responsável pelas obrigações de serviço público

5.5.4. Compensação dos encargos com as obrigações de serviço público

5.6. O regime jurídico dos SIEG a nível nacional e o nível local

5.7. Os direitos especiais dos utentes dos SIEG

II - Argumento e problemas

1. O Estado social ou Estado de bem-estar que se consolidou depois da II Guerra Mundial, mas com raízes desde o século XIX (serviços postais, por exemplo), compreende a responsabilidade do Estado pelo fornecimento de todos de serviços considerados essenciais para a coesão social e para uma vida decente, como a água e o saneamento, a energia e as telecomunicações, os transportes públicos e os serviços postais.

O Estado social era portanto um Estado de serviços públicos ou um Estado prestador de serviços. Com a delegação dos serviços públicos a concessionários privados ou com a sua liberalização e privatização crescente, o Estado deixa de se encarregar diretamente da provisão dos serviços públicos, para passar a ser cada vez mais um Estado que garante a todos a prestação desses serviços por empresa privadas.

Trata-se dos “serviços de interesse económico geral” (SIEG), na designação dos Tratados da UE para os antigos serviços públicos económicos ou “public utilities” depois de abertos à concorrência.

2. Os SIEG são o exemplo mais expressivo da transformação do Estado social e da “regulação social” da atividade económica. Sendo serviços prestados no mercado, mediante um preço, os SIEG distinguem-se dos “serviços sociais” propriamente ditos, como a educação, a saúde ou a assistência social, que são serviços prestados ou assegurados pelo Estado fora do mercado, normalmente a título gratuito ou mediante taxas que estão longe do custo efetivo do serviço. Todavia, sendo expressão de atividade económica, e sendo crescentemente prestados por empresas privadas por “delegação” do Estado e em ambiente de mercado, os SIEG estão sujeitos a uma regulação específica por razões de equidade social, de modo a assegurar a sua universalidade, a sua regularidade e continuidade e a sua acessibilidade independentemente das condições económicas dos utentes.

3. Quando não prestados pelas autoridades públicas, ou por concessão das mesmas, em regime de serviço público (da água e dos resíduos urbanos, dos transportes públicos), os SIEG são prestados por um ou mais operadores privados, incumbido das respetivas obrigações de serviço público a troco de uma remuneração ou compensação dos respetivos encargos (caso da eletricidade, do gás, das telecomunicações). Todavia, não existe verdadeiramente uma dicotomia entre provisão pública de serviços públicos e regulação pública dos SIEG. A própria provisão pública está hoje sujeita também a regulação pública (por exemplo, serviço público de rádio e de televisão).

4. As decisões de liberalizar e de privatizar os serviços públicos são decisões políticas, dentro de margem de discricionariedade política deixada pelas normas constitucionais aplicáveis. Todavia, no âmbito da construção do mercado interno europeu, a União impôs a liberalização e a abertura ao mercado e à concorrência das principais *utilities*, como a eletricidade, o gás, as telecomunicações, os serviços postais, o transporte ferroviário, mantendo-se sujeitos porém à lógica dos SIEG.

Nos termos dos Tratados (art. 106.º do TFUE), os SIEG estão sujeitos à concorrência, porém sem prejuízo da realização dos seus objetivos de interesse público, o que implica portanto derrogações à concorrência e sujeição a alguma forma de regulação.

5. Os principais problemas neste tema são a definição dos SIEG e das respetivas “obrigações de serviço público”, bem como a seleção das empresas incumbentes e as formas da sua remuneração pelas obrigações de serviço público.

Entre as obrigações de serviço público contam-se o “serviço universal”, que consiste em tornar acessível a toda a gente, independentemente do lugar de residência, pelo menos um nível básico de serviço, bem como a adoção de tarifas sociais para os utentes de mais baixos rendimentos.

6. Entre nós existe um regime jurídico dos SIEG a nível nacional, incluído no regime do setor empresarial do Estado (Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de dezembro), e a nível municipal, incluído no regime jurídico do setor empresarial local (Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto).

Note-se que esta última lei não abrange somente os clássicos serviços públicos económicos locais (água e saneamento, eletricidade, transportes públicos e estacionamento público urbano), mas também serviços não económicos, como a gestão de equipamentos coletivos e a prestação de serviços na área da educação, da ação social, da cultura e do desporto.

7. Os utentes de SIEG podem beneficiar de direitos especiais, mais fortes do que em relação a outros serviços. Entre nós tais direitos estão previstos e protegidos Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

III - Temas para aprofundar

- Os princípios tradicionais de serviço público (“leis de Roland”).
- Problemas de delimitação entre as competências da União Europeia e as dos Estados Membros em matéria de regulação de serviços de interesse geral.
- Problemas de delimitação entre a jurisdição estadual, regional e municipal quanto a certos “serviços públicos”.
- O caso das concessões municipais de distribuição de eletricidade.
- O caso da competência dos sistemas multimunicipais nas águas e resíduos.
- A compensação das obrigações de serviço público (a decisão *Altmark* do TJUE).
- A delegação de serviços públicos “in house” (decisão *Teckal* do TJUE).

IV – Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Moreira, V. (2004), «Regulação económica, concorrência e serviços de interesse económico geral», in V. Moreira (org.), *Estudos de regulação pública* – I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 547-565.

Moreira, V. (2003), «Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia», *Revista de Direito Público da Economia*, I, n.º 1

Fournier, J. (2012), «La difficile reconquête des fonctions colectives», in P. Bance, *L’action publique dans la crise*, Rouen et Havre: Purh, pp. 267-284.

Porto, M. C. L., (2003), «Serviços públicos e regulação em Portugal», *Revista de Direito Público da Economia*, I, n.º 3.

Silva, J. C. (2008), «Serviços públicos essenciais», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 137º, n.º 3948: pp. 165 ss.

Silva, J. N. C. (2008). *Mercado e estado: Serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, cap. IV.

b) Bibliografía complementar

Bauby, P. (2011), *L’eupéanisations des services publics*, Paris: Presses Science Po.

Calvete, E. (2003), *Concorrência e serviços de interesse económico geral*, Cascais: Principia.

Cardoso, E. (2010), *Os serviços públicos essenciais*, Coimbra: Coimbra Editora.

De Lucia, L. (2002), *La regolazione amministrativa dei servizi de pubblica utilità*, Turim: Giappichelli.

Fournier, J. (2012), «La difficile reconquête des fonctions colectives», in Bance, P., *L'action publique dans la crise*, Rouen et Havre: Purh, pp. 267-284.

Gonçalves, P. & Martins, L. (2000), «A concessão de serviços públicos económicos no Estado regulador», in Moreira, V. (org.), *Estudos de regulação pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora.

Ferreira, E. P. (2010), «Serviço de Interesse Económico e Europa Social: O Caso das Telecomunicações», in J. Miranda (coord.), *Estudos em homenagem a Sérvulo Correia*, vol. IV, Lisboa/Coimbra: FDUL/Coimbra Editora.

Liberati, E. B. & Donati, F (coords.) (2010), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Turim, Giappichelli.

Louis, J. V. & Rodrigues, S. (dirs.) (2006), *Les services d'intérêt générale et l'Union Européenne*, Bruxelas: Bruyant.

Monteiro, F. J. P. (2000), «A proteção do consumidor nos serviços públicos essenciais», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2.

Rodrigues, S *et alii* (2011), «Vers un nouveau droit européen des services d'intérêt économique général», *Concurrences*, nº 4.

Simile, M. (2012), «Quelles contributions des services d'intérêt général à la politique de cohésion de l'Union européenne», in Bance, P., *L'action publique dans la crise*, Rouen et Havre: Purh, pp. 159-181.

Simões, F. D. e Almeida, M. P. (2012), *Lei dos serviços públicos essenciais, Anotada e comentada*, Coimbra, Almedina.

Sumário n.º 19 – Regulação dos serviços financeiros

I - Plano da lição

6. Regulação dos serviços financeiros

6.1. Avatares da regulação do setor: da desregulação à re-regulação

6.2. Estrutura dos serviços financeiros

a) Banca

b) Seguros

c) Valores mobiliários

d) Empresas de notação de crédito (rating agencies)

6.3. Fundamentos da regulação do setor

6.4. Autoridades de regulação a nível global, europeu e nacional

a) Autoridades de regulação global

b) Autoridades de regulação da UE

c) Autoridades de regulação nacional

6.5. Principais instrumentos de regulação

6.6. Regulação e autorregulação auxiliar

II - Argumento e problemas

1. O setor financeiro constitui um dos domínios clássicos da regulação pública da economia, muito anterior ao movimento de liberalização das *utilities* dos anos 90. Logo na crise de 1929 nos Estados Unidos, o setor financeiro foi o primeiro alvo da regulação pública da economia. Data dessa altura uma das agências reguladoras mais típicas e mais duradouras, a Securities and Exchange Commission (SEC), que havia de servir de modelo desde então a muitas autoridades de regulação do setor, tal como a CMVM entre nós.

Padecendo de várias falhas de mercado e sofrendo de frequentes crises e tendo sido uma das atividades económicas onde a globalização foi mais longe, os serviços financeiros têm passado por ciclos de regulação, ora mais intensa ora mais ligeira. Durante algumas décadas prevaleceu a ideia de uma regulação leve (*light handed regulation*), até que a crise financeira de 2008 veio provocar uma reorientação num sentido mais regulador, como se verificou em especial na União Europeia.

2. Tradicionalmente os serviços financeiros compreendem três secções, a banca, os seguros e o mercado de valores mobiliários, ainda que nas últimas décadas se tenha dado um processo de cruzamento de atividade nos mesmos operadores financeiros (“conglomerados”). Todavia, a crise de 2008 fez cair no radar da regulação também as agências de *rating*.

3. Poucas são as atividades onde confluem tantos argumentos a favor da regulação, dada a cumulação de falhas de mercado que se verificam nesta área: assimetrias de informação, externalidades, bens públicos. Não admira por isso que os serviços financeiros sejam em geral atividades fortemente reguladas.

4. A globalização dos serviços financeiros levou à necessidade de estabelecer padrões regulatórios a nível global. Daí o estabelecimento de organizações de regulação internacional, incluindo associações internacionais de reguladores nacionais, como é o caso do Comité de Basileia.

A integração europeia passou também naturalmente pela integração dos mercados financeiros. Lançado o mercado interno em 1992, não tardou a desenvolver-se um mercado transfronteiriço de serviços financeiros, que todavia não foi acompanhado de integração da regulação/supervisão ao nível da União. Com a crise de 2008 veio a criar-se em 2010 três autoridades de regulação da União, uma para cada uma dos subsetores tradicionais dos serviços financeiros, acompanhadas de um Comité Europeu de Risco Sistémico, responsável por prevenir e atenuar riscos sistémicos que possam prejudicar a estabilidade financeira da UE.

Recentemente surgiu o projeto de criação de uma “união bancária”, incluindo uma supervisão prudencial única para toda a União, a cargo do Banco Central Europeu.

A nível nacional, permanece também um modelo tripartido de regulação dos serviços financeiros, com o Banco de Portugal como supervisor da banca, o ISP como supervisor dos seguros e a CMVM como supervisora dos mercados de valores mobiliários. Não foi para frente o projeto, que chegou a ser anunciado, de adoção do

modelo “twin peaks”, com apenas duas autoridades de supervisão, uma para a supervisão prudencial e outra para a supervisão comportamental.

5. São vastos e variados os instrumentos de regulação dos serviços financeiros, desde a autorização de entrada na atividade, passando pela exigência de mínimos de capital e reservas, até à possibilidade de encerramento compulsivo. Esses poderes de regulação fortes são acompanhados de obrigações igualmente fortes de informação ao regulador.

6. Tradicionalmente, sempre existiu uma considerável margem de autorregulação no setor financeiro. Na *City* de Londres era esse mesmo o modelo prevalecente de regulação até à criação da *Financial Services Authority*, em 2000.

Também entre nós o sistema oficial de regulação incorpora algumas áreas de autorregulação pelos próprios operadores.

III - Temas para aprofundar

- Riquisitos para a criação de bancos
- História da SEC.
- O modelo “twin peaks”.
- Regulação das agências de *rating* na UE
- O BCE como super-regulador prudencial na futura “união bancária”
- O Banco de Portugal como autoridade reguladora
- Autorregulação no mercado e valores mobiliários em Portugal

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Câmara, P. (2009), «Regulação e valores mobiliários», in Ferreira, Eduardo P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 127-186.

Mesquita, M. J. (2009), «Regulação da atividade seguradora: Traços fundamentais», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal, Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 187-206.

Marques, M. M. L., Forte, A. e Almeida, João P. S. (2005), *Autoridades de defesa da concorrência e autoridades de regulação sectorial: Concorrência e cooperação*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 137-202.

Santos, L. M. (2009), «Regulação e supervisão bancária», in Ferreira, E. Paz, Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.) *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 39-126.

b) Bibliografia complementar

Alexander, K., Dhumale, R. e Eatwell, J. (2006) *Global Governance of Financial Systems*, Oxford: Oxford University Press.

Campilongo, C. F. *et alii* (coords.) (2002), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad.

Carvalho, L. (2003), *Os sistemas de supervisão prudencial na União Europeia*, Coimbra: Almedina.

Catarino, L. G. (2010), «Direito administrativo do mercado de valores mobiliários», in Otero, P. & Gonçalves, P., *Tratado de Direito administrativo especial*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 373 ss.

Catarino, L. G. (2010), *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros*, Coimbra: Almedina.

Davies, H e Green, D. (2008), *Global Financial Regulation, The Essential Guide*, Polity: Cambridge.

Freixas, X. (2010), «Post-crisis challenges to bank regulation», *Economic Policy*, abril, nº 62, pp. 375-399.

Freixas, X. *et alii* (2008), *Handbook of Financial Markets and Institutions*. Oxford: Oxford University Press.

Jiménez-Blanco, A. (2009), *Mercado de valores*. vol. II de Muñoz Machado, S. *et alii*, *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel, vol. II.

Lobo, C. (2001), *Concorrência bancária?* Coimbra: Almedina.

Mesquita, M. J. R (2009), «Direito administrativo dos seguros», in Otero, P. & Gonçalves, P., *Tratado de Direito administrativo especial*, vol. II, pp. 375 ss.

Molony, N. (2010), «Financial services and markets», in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 437-461.

Moreira, V. & Lima, L. V. (2012), «Autorregulação oficial: O caso dos corretores de seguros no Brasil», *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 39.

Rebollo Puig, M. (dir.) (2012), *La regulación económica. En Especial, la regulación bancaria*, Actas del Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Madrid: Iustel, 2012.

Rochet, J.-Charles (2008), *Why are there so many bank crisis? The politics of bank regulation*, Princeton: Princeton University Press.

Rolle, H-C. (2010), «Fiananzmarktaufsicht», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 1003 ss.

Silva, J. C. (2005), *Banca, bolsa e seguros: Direito europeu e português*. Coimbra: Almedina.

Sumário n.º 20 – Regulação dos meios de comunicação

I - Plano da lição

7. Regulação dos meios de comunicação

7.1. Estrutura dos média

a) *Imprensa propriamente dita*

b) *Rádio*

c) *Televisão*

d) *Internet*

7.2. Fundamentos da regulação do setor

7.3. A regulação da média a nível da UE

7.4. Autoridades de regulação

7.5. Principais instrumentos de regulação

7.6. A regulação da Internet em especial

7.7. Regulação e autorregulação

7.8. Direito de resposta e de retificação

7.9. O serviço público de rádio e televisão

II - Argumento e problemas

1. Os média apresentam uma variada e complexa estrutura de serviços e de operadores. O desenvolvimento dos meios audiovisuais e a fulgurante ascensão da Internet mudaram o panorama tradicional dos meios de comunicação.

Quanto à propriedade, importa assinalar a existência de um serviço público de rádio e de televisão, que constitui aliás uma “garantia institucional” assegurada na Constituição.

2. São vários os fundamentos da regulação pública do setor, sendo de destacar a utilização de infraestruturas de domínio público (espectro radioelétrico), a existência do serviços público de rádio e de televisão, constitucionalmente garantido (CRP, art. 38º-4), a garantia de pluralismo de informação e de opinião, a necessidade de assegurar a independência dos jornalistas perante as respetivas empresas e uma pronta garantia dos direitos das pessoas no espaço público (direito de resposta e de retificações), etc.

3. A integração económica europeia abrange a integração do mercado de serviços, incluindo os prestados pelos média. Daí a incursão da União na regulação da televisão e da Internet.

4. Desde o início da atual era constitucional existem organismos de regulação/supervisão dos média, em especial dos do setor público.

Atualmente trata-se da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC), com assento constitucional, caso único entre as autoridades reguladoras. Além disso, a ERC apresenta outras especificidades, entre as quais a de funcionar na órbita da Assembleia da República e ser financiada pelo orçamento do Estado.

5. São muito variados os instrumentos de regulação dos média, que vão desde a contingentação das estações de televisão e a sua atribuição por concurso até à obrigação de transparência quanto ao capital dos operadores de média.

6. Com poucas décadas de vida a Internet constitui a grande revolução nos média, afetando todos os meios tradicionais. Duas das áreas de regulação respeitam à gestão dos “nomes de domínio” e aos fornecedores de acesso (*Internet service providers* – ISP).

7. Os média sempre foram caracterizados por uma importante dimensão de autorregulação, quer ao nível de cada operador (códigos deontológicos, provedores dos leitores ou dos ouvintes), quer a nível de acordos de grupo, quer a nível dos jornalistas como profissão (código deontológico).

Um caso específico de autorregulação profissional oficial é o da Comissão da Carteira Profissional dos Jornalistas, um organismo oficial, composto por titulares de meios de comunicação e por jornalistas eleitos, com funções de regular a entrada na profissão e funções disciplinares.

8. A ERC constitui o exemplo mais notório de uma autoridade reguladora com funções parajudiciais, ao apreciar e julgar as queixas das pessoas por denegação do direito de resposta e de retificação, constitucionalmente reconhecido (CRP, art. 39.º). As suas decisões são vinculativas para o operador em causa (sem prejuízo de impugnação judicial).

9. O serviço público de rádio e de televisão incumbe diretamente ao Estado, sendo porém a sua orientação independente do Governo. Cabe-lhe entre outras coisas manter o pluralismo de informação e de opinião.

III - Temas para aprofundar

- Regulação da Internet: a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN).
- A Comissão da Carteira Profissional dos Jornalistas.
- O serviço público de rádio e de televisão.
- Regulação do direito de resposta.

IV - Bibliografia

A. Sobre a regulação dos media em geral

a) Leituras recomendadas

Simões, T. C. (2009), «Regular os media numa época de transição do *learning back* para o *learning forward*», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 571-612.

Ward, David (ed.) (2008), *The European Union and the culture industries: Regulation and the public interest*, Aldershot: Ashgate.

b) Bibliografía complementar

Moreira, V. (1994), *O Direito de resposta na comunicação social*, Coimbra: Coimbra Editora.

Muñoz Machado (2012), «Audiovisual», in vol. 5 de Muñoz Machado *et alii* (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel.

Schuler-Harms, M. (2010) «Medien», in Fehling, M. & Ruffert, M. (eds.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 597 ss.

B. Em especial sobre a regulação da internet

a) Leitura recomendada

Gonçalves, P. (2003), «Regulação administrativa da Internet», *Revista de Direito Público*, pp. 177-200.

b) Bibliografía complementar

Crèmer, J. (2003), «Une régulation pour l'Internet?», in Henry, C. et alii (dir.), *Réguler les services publics en réseaux: l'expérience européenne*, Paris: La documentation française.

Feick, J. e Werle, R. (2010), «Regulation of Cyberspace», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) (2010), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 523-547.

Sumário n.º 21 – Regulação do setor da saúde

I - Plano da lição

8. Regulação do setor da saúde

8.1. Referência história

8.2. Estrutura do setor

a) Medicamentos e farmácia,

b) Cuidados de saúde,

c) Profissões da saúde

8.3. Fundamentos da regulação do setor

8.4. Regulação do setor a nível da UE

8.5. Autoridades de regulação

8.6. Principais instrumentos de regulação

II - Argumento e problemas

1. O setor da saúde foi o último a beneficiar de um sistema de regulação com autoridade reguladora dedicada e independente, com a criação da Entidade Reguladora da Saúde em 2003, na sequência do processo de empresarialização dos hospitais e na iminência da entrega de serviços do sistema de cuidados primários à gestão privada.

Todavia, já antes existia o INFARMED, como entidade reguladora do medicamento e da farmácia. E também havia a autorregulação profissional do pessoal da saúde, desde os médicos até aos enfermeiros.

2. Na verdade, trata-se de um setor assaz complexo, incluindo o medicamento e a farmácia, os hospitais e outros serviços prestadores de cuidados de saúde, e diversas outras atividades, como os meios auxiliares de diagnóstico, as termas, etc.

Por outro lado, o setor é caracterizado pelo dualismo entre o SNS, gerido e financiado pelo Estado, e um setor privado, sujeito às regras do mercado.

3. As razões da regulação do setor da saúde têm a ver com conhecidas falhas de mercado (assimetria de informação, externalidades), bem como a necessidade de assegurar os direitos dos utentes.

4. É escassa a regulação do setor a nível da UE, devendo porém ressaltar-se entre outras situações a regulação dos medicamentos e da prestação de cuidados de saúde transfronteiriços.

5. As autoridades de regulação já foram indicadas acima. Há em primeiro lugar as ordens profissionais, que cobrem todas as profissões da saúde. Depois vem o INFARMED para o setor farmacêutico (licenciamento de medicamentos e de farmácias, etc.). Por fim, importa assinalar a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), para a regulação dos cuidados de saúde e respetivos operadores (públicos e privados), criada no seguimento da empresarialização dos prestadores de saúde públicos e da admissão da sua gestão por entidades privadas.

6. Os principais instrumentos de regulação são o licenciamento das unidades prestadoras de cuidados de saúde, a obrigação de registo junto da ERS, a regulamentação, a fiscalização e o poder sancionatório das autoridades reguladoras.

Caso especial de regulação intensa é o das farmácias. Até 2007 só farmacêuticos poderiam dirigir e ser titulares de uma farmácia. Depois daquela lei foi abolido esse exclusivo corporativo, mas mantiveram-se as demais restrições ao acesso à titularidade de farmácia.

III - Temas para aprofundar

- Evolução do regime da titularidade das farmácias em Portugal
- História da criação da ERS
- Licenciamento das unidades de saúde
- Direitos dos utentes dos cuidados de saúde

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Rodrigues, N. C. (2009), «Regulação da Saúde», in Ferreira, E. P., Morais, L. S. e Anastácio, G. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, pp. 613-650.

Ferreira, A. S. (2004), «Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?», *Análise Social*, vol. 39, n. 171, pp. 313-337.

b) Bibliografía complementar

Estorninho, M. J. (2008), *Organização administrativa da saúde*, Coimbra: Almedina.

Forte, A. M. (2005), *Que entidade reguladora da saúde? O Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de dezembro* (tese), Coimbra: FDUC.

Lopes, L. (2010), «Direito administrativo da saúde», in Otero, P. e Gonçalves, P., *Tratado de Direito administrativo especial*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora.

M. Schuler-Harms & A. Hense (2010), «Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen» in Fehling, M. & Ruffert, M. (edts), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tuebingen, pp. 788 ss.

Fournier, J. (2012), «La difficile reconquête des fonctions collectives», in Bance, P., *L'action publique dans la crise*. Rouen et Havre: Purh, pp. 267-284.

Moreira, V. (2004), «A nova entidade de regulação da saúde em Portugal», *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 5, pp. 139 ss.

Nuscheler, R. (2003), *On Competition and Regulation of Health Care Systems*, Frankfurt: Peter Lang.

Nunes, R. (2005), *Regulação da saúde*, Lisboa: Vida Económica.

Saltman, R. B. et alii (edts.) (2002), *Regulating entrepreneurial behaviour in European health care systems*, Buckingham/Filadélfia: Open University Press.

Towse, A. e Danzon, P. (2010), «The Regulation of the Pharmaceutical Industry», in Baldwin, R., Cave, M. e Lodge, M. (eds.) (2010), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp 548-571.

Sumário n.º 22 - Regulação do setor da construção e do imobiliário

I - Plano da lição

9. Regulação do setor da construção e do imobiliário

- 9.1. Estrutura do setor
- 9.2. Fundamentos da regulação do setor
- 9.3. Autoridades de regulação
- 9.4. Principais instrumentos de regulação

II – Argumento e problemas

1. O setor compreende várias atividades reguladas, nomeadamente a construção, o mercado imobiliário e as obras públicas.

2. O setor da construção e do mercado imobiliário é desde há muito fortemente regulado, por causa das suas implicações para a segurança, para o ambiente e para o planeamento urbanístico e por causa da proteção dos consumidores. Entre as falhas de mercado contam-se a assimetria de informação e as externalidades negativas.

3. Entre nós existe uma autoridade reguladora dedicada para este setor, o Instituto Nacional da Construção e do Imobiliário (INCI), criado pelo Decreto-Lei n.º 158/2012, de 23 de julho, que é um instituto público inserido na administração indireta do Estado, não sendo portanto uma autoridade reguladora independente.

4. Entre os instrumentos de regulação / supervisão contam-se a qualificação das empresas de construção, o licenciamento dos operadores nos vários segmentos regulados do mercado imobiliário (angariadores e mediadores).

III – Temas para aprofundar

- O regime de atribuição de alvarás
- A simplificação da regulação no setor imobiliário

IV - Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Oliveira, F. P. *et alii* (2012), *Regime jurídico da urbanização e edificação - comentado*, Coimbra: Almedina.

Folque, A. (2007), *Curso de direito do urbanismo e da edificação*, Coimbra: Coimbra Editora.

Oliveira, F. P. (2012), *Novas tendências do direito do urbanismo*, 2ª ed., Coimbra: Almedina.

b) Bibliografia complementar

Monteiro, C. (2010), *O domínio da cidade: A propriedade à prova do Direito do urbanismo* (tese de doutoramento), Lisboa: FDUL, inédita.

Correia, F. A. (2010), *Manual de Direito do urbanismo*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora.

Sumário n.º 23 - Regulação das denominações de origem agrícolas

I - Plano da lição

10. Regulação das denominações de origem agrícolas

10.1. Sentido e justificação das denominações de origem

10.2. A regulação das indicações geográficas a nível da UE

10.3. Regulação das denominações de origem a nível nacional

10.4. O caso especial das denominações de origem vitivinícola

10.5. Autoridades de regulação

10.6. Principais instrumentos de regulação

II – Argumento e problemas

1. A agricultura é, em geral, mais regulada do que a indústria e os serviços. Contam para isso considerações sanitárias, ambientais, de segurança alimentar, de

ordenamento do território, de preservação de comunidades rurais, de risco climático da atividade agrícola, etc.

Uma das áreas mais reguladas é a das denominações de origem geográfica e das indicações geográficas de produtos agrícolas ou derivados da agricultura.

2. Podendo gozar de proteção ao nível dos instrumentos plurilaterais e multilaterais de proteção de direitos de propriedade intelectual, bem como de comércio internacional (Acordo TRIPS), as DO gozam de proteção legislativa ao nível da UE (Regulamento (CE) n.º 510/2006 do Conselho de 20 de março de 2006, relativo à proteção das indicações geográficas e denominações de origem dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios).

A União assegura igualmente a sua proteção através dos tratados bilaterais de comércio externo.

3. Ao nível nacional, as DO gozam igualmente de proteção, desde logo no Código de Propriedade Industrial.

Em geral, os instrumentos de implementação baseiam-se em mecanismos de “autorregulação delegada”, por meio de organismos de representação dos interessados (certificação, fiscalização, etc.).

4. De entre os produtos agrícolas beneficiários da proteção das denominações de origem avultam os vinhos e derivados, onde de resto o conceito nasceu. A nível da União as denominações de origem vitivinícolas fazem parte da organização comum do mercado do mercado vitivinícola (Regulamento do Conselho (CE) No 479/2008 de 29 abril 2008).

Em Portugal, onde a primeira denominação de origem protegida nasceu em 1756, com a demarcação da região do Douro pelo Marquês de Pombal, e que depois se estendeu, durante o século XX, a várias outras regiões vitivinícolas, o regime legal encontra-se na Lei n.º 8/85, de 4 de junho.

5. Para além das entidades reguladoras do Estado para o setor vitivinícola em geral – designadamente o Instituto da Vinha e do Vinho (IVV) – a supervisão das

denominações e indicações geográficas no setor vitivinícola cabe às Comissões vitivinícolas regionais (CVR), organismos de direito privado compostos por representantes dos viticultores e vinicultores e dos comercializadores, e dotadas de poderes oficiais delegados de gestão e supervisão das denominações de origem. Trata-se portanto de um caso de “autorregulação interprofissional delegada”.

No caso da região do Douro, a regulação está a cargo do Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto (IVDP), um instituto público da administração indireta do Estado, dotado porém de um conselho interprofissional na sua organização.

6. Os instrumentos de regulação compreendem necessariamente a definição das características de cada denominação de origem, o sistema de certificação e controlo e os mecanismos de defesa.

III – Temas para aprofundar

- Proteção das indicações geográficas nos tratados de comércio bilateral da UE
- Organização das regiões vitivinícolas
- O IVDP e a regulação do vinho do Porto

Bibliografia

a) Leituras recomendadas

Almeida, A. F. R. (2001), *Direito industrial*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 6-38.

Moreira, V. (1995), «Modelos de organização interprofissional das regiões vinícolas», *Douro – Boletim da Casa do Douro*, III série, nº 3, março.

b) Leituras complementares

Fay, F (2009), *EU system for geographical indications for agricultural products and foodstuffs*. Acessível em:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_sof_09/wipo_geo_sof_09_www_124276.pdf.

Moreira, V. (1998), *O Governo de Baco: A organização institucional do vinho do Porto*, Porto: Afrontamento.

III Parte

Métodos letivos e avaliação

1. Como ensinar no 2º ciclo

1.1. Teoria e “casos práticos”

A disciplina proposta neste Relatório integra-se no 2º ciclo da organização dos estudos de Direito depois do “processo de Bolonha”. Superado o 1º ciclo e adquiridos os conhecimentos fundamentais do Direito e as necessárias ferramentas jurídicas, é suposto justificar-se um ensino mais exigente quanto aos conteúdos e quanto aos métodos, mais centrado sobre a teoria e sobre a discussão e solução de problemas concretos.

Antes de mais, deve dar-se por excluído à partida o “método expositivo” através de “aulas teóricas” de sentido unidirecional (mestre → alunos) separadas das “aulas práticas”, estas a cargo de assistentes. Ponto firme deve ser, portanto, a abolição da distinção entre aulas teóricas e aulas práticas, em favor das aulas teórico-práticas. Pela mesma razão, deve dispensar-se a “sebenta” ou o manual “oficial”, que podem ter sentido no 1º ciclo, mas não no mestrado.

Na *alma mater conimbrigensis* não se pode viver sem teoria nem sem a “parte geral” das disciplinas jurídicas. Por isso, não pode descurar-se a II parte do programa da disciplina (*supra*, cap. 3.2. da II Parte deste Relatório,) sobre o *direito público da regulação em geral*. Quanto à III parte do programa, sobre o direito da regulação em especial, a sua vastidão exigirá sempre alguma seleção rotativa de ano para ano, porém com alguns módulos permanentes, como a regulação profissional, a regulação financeira e a regulação das infraestruturas e dos SIEG. O seu ensino deve privilegiar o método de *problem solving*, com base em casos atuais, questões concretas, análise e comentário de espécies jurisprudenciais, debate e crítica de opiniões doutrinárias. Tudo se passará como se se tratasse puramente de “aulas práticas”, na metodologia tradicional.

Um ensino virado para as questões da vida regulatória (*issue driven teaching*) não pode prescindir de palestras e seminários com os seus protagonistas, nomeadamente as autoridades reguladoras e as empresas reguladas. Por isso, seja nas próprias aulas, seja em sessões complementares – que podem inclusivamente passar por visitas às autoridades reguladoras –, o programa letivo tem de incluir a contribuição de reguladores ou técnicos das autoridades reguladoras selecionados pela sua experiência e saber¹⁷.

1.2. Protagonismo dos estudantes

Tratando-se de uma disciplina do 2º ciclo, o programa de ação letiva combinará momentos expositivos dos conteúdos programáticos com outros em que os alunos intervêm ativamente na preparação prévia das lições (mediante leituras selecionadas obrigatórias), na discussão de temas, na análise de documentos e diplomas legais, na participação nos seminários e palestras externas e, sobretudo, na elaboração e apresentação de trabalhos previamente preparados.

Combinar uma apresentação clara e sistemática do Direito público da regulação com o manuseamento de documentação variada sobre a função e a atividade regulatória – desde diplomas legais a decisões judiciais – permitirá aos estudantes que frequentem esta disciplina dispor não somente de uma visão teórica fundamentada mas também de um conhecimento prático que os habilite com competências profissionais neste domínio.

O ensino do Direito moderno, em especial no 2º ciclo - que pode ser frequentado por estudantes já na vida ativa e com experiência profissional -, só pode basear-se no protagonismo e na responsabilidade dos seus destinatários - os estudantes.

Com a Internet existem hoje ferramentas inestimáveis de interação no ensino superior (e não só). Há desde logo a plataforma de *e-learning* disponibilizada pela Universidade para divulgação do programa e dos sumários, de materiais de ensino e de investigação, de registos de lições e de conferências, etc. Depois, há os

¹⁷ Já é essa a prática no ensino da pós-graduação em Regulação e Concorrência ministrada no CEDIPRE (FDUC).

dispositivos eletrônicos de cooperação interativa que permitem partilhar documentos colocando-os na “nuvem” ou (por que não?) um blogue da disciplina.

2. Como avaliar

2.1. O exame final não é tudo

No ensino universitário, sobretudo no 2º ciclo, a avaliação não pode assentar exclusiva ou predominantemente num exame final. O trabalho ao longo do ano tem de ser devidamente valorizado. A elaboração de pelo menos um “ensaio” ou “trabalho” académico tem de ser obrigatória. O número mais reduzido de estudantes, quando comparado com o 1º ciclo, deixa margem para investir em métodos de avaliação mais personalizados.

A avaliação global será composta pela avaliação final, com base numa prova escrita ou oral (que não contará mais de 50% na ponderação conjunta), e pela avaliação complementar (que valerá pelo menos 50%), baseada principalmente na elaboração e apresentação durante as aulas de um ou mais dos já referidos trabalhos escritos, bem como na participação na discussão dos trabalhos alheios, exigindo-se ainda a frequência regular das aulas e eventuais seminários, com controlo de presenças.

2.2. Decálogo para a elaboração e apresentação de trabalhos

Fornecem-se de seguida algumas orientações para a elaboração dos trabalhos pelos alunos, de modo a que esta disciplina possa também constituir uma forma de treino para a investigação, por um lado, e para a elaboração de relatórios temáticos, por outro.

Os trabalhos devem obedecer a um conjunto de regras que facilitem a sua elaboração e que estabeleçam um mínimo de uniformidade na sua apresentação:

1º - Os trabalhos escritos versarão um assunto à escolha dos estudantes, dentro dos temas que forem indicados no programa anual ou nas aulas. Uma lista indicativa de temas é apresentada no final de cada sumário do programa apresentado neste Relatório. Essa lista poderá variar de ano para ano, para acomodar os temas mais

atuais no domínio da regulação. Além disso, são admitidos outros temas sugeridos pelos estudantes, de acordo com as suas preferências e interesses.

2º - Os trabalhos não devem ter mais de 20 páginas nem menos de 10, com apresentação uniforme (páginas A4 dactilografadas em computador, com margens de 3 cm, espaço interlinear 1,5 e letra "Times 12" ou equivalente).

3º - Os ensaios devem obedecer a certas regras comuns de elaboração e organização; em anexo juntam-se algumas "dicas" e sugestões.

4º - A distribuição da apresentação dos trabalhos é feita no final das aulas relativas à primeira parte do programa antes apresentado na II Parte deste Relatório.

5º - Deve ser estabelecido igualmente, com a devida antecedência, o calendário da sua apresentação, de modo a permitir a sua exposição escalonada nas aulas.

6º - Os trabalhos podem ser feitos em parceria (mas não mais de dois autores), desde que com precisa divisão das contribuições individuais.

7º - Uma seleção dos trabalhos será objeto de apresentação e discussão nas aulas ou partes de aula a isso destinadas – em princípio, dois ou três trabalhos por sessão.

8.º - A apresentação de cada trabalho terá uma duração máxima de 15 min., estimulando o espírito de síntese de cada estudante; é permitido o recurso a meios eletrónicos (tipo *powerpoint*).

9.º - Dois outros estudantes serão previamente encarregados de comentar dada trabalho apresentado e preparar duas questões que serão colocadas ao autor, ou autores.

10º - Os trabalhos, bem como a sua discussão, constituem um dos principais critérios de classificação final de cada mestrando nesta disciplina, tal como visto acima.

Anexo

Regras elementares para a elaboração de um ensaio académico¹⁸

1. Noção

Na gíria académica, um “ensaio” ou “trabalho” é uma pequena peça escrita de análise de determinado problema, com vista a identificar uma questão, discorrer sobre ela e chegar a conclusões. Um ensaio não é uma narrativa nem uma simples descrição de factos ou posições doutrinárias; pressupõe, antes, a análise, explicitação e interpretação dos mesmos. Exige um *labor pessoal de avaliação e de ponderação* e um juízo crítico.

2. Escolher o tema

A *escolha do tema*, objeto de ensaio, obedece a motivações ou atrações pessoais, sobretudo o interesse por determinada matéria ou a vontade de saber mais sobre uma certa problemática.

A escolha deve ter em conta o tempo disponível, as fontes de investigação utilizáveis e a previsível complexidade do tema. O programa da disciplina inclui em cada sumário um conjunto de temas para escolha dos estudantes.

3. Investigação preliminar e plano do trabalho

Uma vez escolhido o tema, há que *planear* o ensaio e a sua elaboração, *i.e.*, esboçar previamente as respetivas linhas gerais, as questões envolvidas, as diferentes perspetivas para as abordar. O plano ajuda a abordar o tema nos seus variados aspetos e a orientar o desenvolvimento do trabalho.

¹⁸ Reproduz-se aqui, com pequenas modificações, o guia que ao longo dos anos fui dando aos meus alunos em todas as disciplinas que lecionei.

Constituindo o tema uma novidade para quem escreve o ensaio, naturalmente haverá que proceder a uma pesquisa inicial que habilite para a tarefa de programar a abordagem ao tema. Neste caso e para começo, será aconselhável a opção por artigos de enciclopédia, por uma monografia introdutória ou pelos capítulos sobre o assunto nos tratados ou manuais.

Uma pesquisa no *Google* sobre o tema é obrigatória, dado o manancial de materiais disponíveis *online*. A dificuldade é selecionar! Também os *websites* das autoridades reguladoras e dos centros de investigação especializados proporcionam muita informação, desde legislação a decisões regulatórias, desde estudos a pareceres.

O planeamento pressupõe a *definição das questões* a que o ensaio deve dar resposta: qual é precisamente o problema envolvido? Quais são as suas implicações? Quais as questões que se levantam? etc. O objetivo da leitura e investigação ulterior será o de encontrar a resposta para cada uma destas questões.

Esta relação entre o plano e o ensaio não deve porém ser rígida. Pode suceder que durante o seu desenvolvimento ou a própria redação se verifique a necessidade de introduzir alterações ou adaptações no plano inicialmente traçado. O plano é uma rota indicativa da viagem (*roadmap*), não um plano de pormenor imutável.

4. Investigar

Depois do plano procede-se à segunda fase da investigação, a mais importante, porque programada e orientada para os objetivos já definidos, para sustentar ou refutar certos argumentos, etc.. A tarefa de investigação deve ser dirigida à recolha da informação adequada para constituir o suporte da resposta a cada item planeado e deve ser desenvolvida sucessivamente para cada um dos temas. Aqui a autodisciplina é obrigatória.

A pesquisa bibliográfica deve ser feita nos ficheiros temáticos das bibliotecas disponíveis. Os artigos sobre o tema nas enciclopédias especializadas e os tratados sobre a matéria costumam ser uma boa indicação bibliográfica, porém, por vezes desatualizada. A informação mais atualizada é a que se encontra nas bases bibliográficas das livrarias e bibliotecas que se encontram disponíveis na Internet. Todavia, mais vale contar somente com a bibliografia de que podemos dispor nas

bibliotecas a que temos acesso. Embora com falhas, a biblioteca da FDUC é excelente.

Tratando-se de uma disciplina jurídica, o Direito público da regulação assenta em normas constantes de instrumentos legislativos e outros. No caso do direito da UE, ele está disponível no *website* da União. No caso do direito nacional, hoje o *Diário da República* está disponível *online*. Mas o *site* mais útil é o da Procuradoria-Geral da República, dado que os diplomas são apresentados em versão atualizada, com inserção das alterações que tenham sofrido.

5. Colher e selecionar informação

O decurso da investigação conduz à elaboração de "fichas" de leitura, notas e apontamentos relativos às fontes utilizadas. Muitas vezes procede-se desde logo à escrita de esboços parciais do futuro ensaio.

Mas depois há que *selecionar e ordenar a informação* recolhida e o material já escrito, de acordo com a sua pertinência e importância. Essa seleção deve ser feita de acordo com a sequência temática constante do plano do ensaio, sem prejuízo de se poderem introduzir alterações neste.

Na maior parte dos casos um bom ensaio não pode prescindir de um enquadramento histórico e comparatístico do tema, com vista, respetivamente, a traçar a origem e evolução dos conceitos e das instituições e a desenhar um quadro dos paralelos e diferenças de tratamento nas ordens jurídicas mais próximas de nós. *A ordem jurídica é em grande parte História e imitação*. Naturalmente, em certas circunstâncias, o ensaio pode consistir especificamente numa investigação comparatística ou histórica. Em qualquer caso, durante a pesquisa devem anotar-se os dados relevantes sob o ponto de vista histórico e comparatístico.

6. Organizar e escrever o ensaio

Estudadas as fontes, tomadas as notas, selecionado o material relevante, a redação do ensaio propriamente dito, apoiada no plano previamente elaborado, apresenta-se como o passo seguinte, o que, olhando para trás, não será tarefa difícil. Difícil será apenas, e porventura, começar.

O processo de escrita é algo essencialmente pessoal. Todavia, e porque se trata de um ensaio académico, aspetos como os da forma ou estrutura do texto, do tom informativo e/ou persuasivo ou do carácter técnico da linguagem jurídica, não são despiciendos. Os conceitos devem ser claramente definidos e a argumentação deve ser concludente.

Por vezes a melhor maneira de acentuar um ponto de vista é invocar autoridades na matéria. Não se deve, no entanto, exagerar nesta técnica. Um ensaio não deve ser uma "colagem" de citações mais ou menos desgarradas nem um simples inventário de opiniões ou posições alheias. Quando uma questão for controvertida – e tantas o são... –, devem alinhar-se os argumentos de um e outro lado e tomar uma posição própria, mesmo que seja por adesão a uma das existentes. Mas é preciso sempre justificar a opção.

No que toca, em particular, à *estrutura do ensaio*, sugere-se o clássico esquema tripartido, da maneira seguinte:

a) *Introdução* – consiste na apresentação da questão a abordar e das várias perspectivas possíveis de a tratar, em termos tais que sumarie, de certa forma, o que se segue no ensaio; deve conter os parâmetros da discussão e as questões às quais será dada resposta.

b) *Exposição/argumentação/fundamentação* – trata-se de expor os argumentos e contra-argumentos sobre o assunto; se a questão for controvertida pode usar-se a sequência *tese-antítese-síntese*, a qual começa pela exposição de determinada posição acerca do assunto (tese), na consideração dos pontos de vista contrários ou divergentes (antítese) e no apuramento de uma posição pessoal sobre o tema em causa (síntese); a resposta às questões deve *seguir uma ordem sequencial lógica*.

c) *Conclusão* – traduz-se num 'ponto de chegada', ou seja, no enunciar das ideias finais quanto à questão abordada, que logicamente decorrem do rumo tomado no ensaio; a conclusão destina-se a sintetizar o que de mais importante se defendeu no ensaio, sem, no entanto, reescrever o que já foi dito; a conclusão pode revestir a forma de "teses", ou seja, uma sequência ordenada e numerada das várias conclusões a que se chegou sobre cada um dos temas abordados.

Naturalmente, a parte mais extensa do trabalho é a segunda, que pode ela mesma ser dividida em tantas secções ou capítulos quantos os subtemas ou sub-argumentos a considerar.

7. Citar

A *citação* consiste numa referência colhida num autor, inserida no interior do texto ou em nota de rodapé, e que permite identificar o autor e a publicação de onde foram obtidos uma ideia, um excerto, etc. e indicar a sua localização exata na fonte.

O recurso a ideias de outros autores pode ser feito através da citação textual das suas próprias palavras ou de um sumário das suas ideias por outras palavras. As transcrições textuais devem ser sempre demarcadas por comas ou aspas («...»). *O seu a seu dono!* Nada mais censurável num trabalho académico do que a utilização de ideias ou textos alheios, sem a devida referência.

Existem várias formas autorizadas de citação, que incluem pelo menos o nome, o título do livro (ou da artigo em revista ou coletânea), a data e o local de edição, mais a página ou páginas em referência. Seja qual for a forma utilizada, deve ser coerente do princípio ao fim. Existe uma norma portuguesa para citações, que deve ser seguida, na falta de preferência pessoal diversa¹⁹.

8. Elaborar a bibliografia

A *bibliografia* consiste numa lista de referências bibliográficas, a inserir no final do trabalho, que contém elementos descritivos de todos os registos bibliográficos utilizados, permitindo a sua identificação. A bibliografia é ordenada segundo uma sequência específica, que normalmente é a ordem alfabética do apelido patronímico dos autores (todavia, deve notar-se que no caso dos autores espanhóis o apelido patronímico é o primeiro e não o último, como sucede entre nós).

A lista bibliográfica será, de certo modo, a forma de revelar a investigação levada a cabo, sendo, como tal, parte constitutiva do ensaio. Obviamente a bibliografia só deve mencionar os textos *efetivamente consultados*. A qualidade de um estudo não se mede pela extensão da bibliografia listada, e arrolar bibliografia não utilizada não é intelectualmente honesto...

¹⁹ Ver: http://www.uportu.pt/siaa/Regulamentos/Normas_Portuguesas1.pdf

9. Rever

A tarefa seguinte (*the last but not the least!*) consiste em reler atentamente o texto elaborado, avaliando-o quanto à consistência do seu conteúdo e corrigindo eventuais falhas formais.

Por um lado, deve apreciar-se a ordenação dos temas e argumentos, a clareza da exposição, enfim, o poder de convicção do texto. Por outro lado, deve cuidar-se do discurso, da ortografia, da paragrafação, da utilização de itálicos, enfim, da qualidade do texto.

Aqui são auxiliares essenciais o *prontuário ortográfico* e o *dicionário de sinónimos*. Existem versões eletrónicas destes instrumentos clássicos de auxiliar da boa escrita. Os erros ortográficos e a imprecisão ou pobreza da linguagem desvalorizam gravemente um texto académico.

10. Preparar a apresentação

Por último, é preciso preparar a apresentação oral do trabalho em aula. O facto de se ter um ensaio bem investigado e bem escrito não significa que daí resulte uma boa apresentação. Esta exige uma preparação autónoma, dado o tempo limitado para ser feita. É preciso seleccionar as ideias principais que vão ser expostas, remetendo para o texto mais desenvolvido os pormenores. É preciso encontrar um fio condutor para toda a apresentação, de modo a manter a atenção de quem nos ouve.

A apresentação deve ser previamente ensaiada, para garantir que o tempo é respeitado e que o sumário resulta. Se tal for possível, gravar e ouvir o resultado ajuda a corrigir erros e a modular o ritmo e a voz. Importa não esquecer que *um bom conteúdo pode ser arruinado por uma má forma de apresentação!*

11. Para aprofundar

Existe muita literatura sobre como elaborar um trabalho académico e como preparar a sua apresentação. A sua consulta ajuda muitas vezes a melhorar o resultado.

Eis uma pequena seleção:

Eco, U. (1982), *Como se faz uma tese em ciências humanas*, 2ª ed., Lisboa: Presença.

Frada, J. J. C. (1991), *Guia prático para elaboração e apresentação de trabalhos científicos*, Lisboa: Cosmos.

Phillips, E. M. e Pugh, D. S. (1987), *How to get a PHD*, Open University Press.

Índice

Nota de apresentação	5
Plano do relatório.....	3
Introdução	7
1. Importância e atualidade do ensino da regulação pública da economia.....	7
2. Sentido e objeto de uma disciplina de regulação pública da economia	9
3. Razões da escolha.....	10
Parte I - Teoria e política da regulação pública da economia	13
1. O Estado regulador.....	13
1.1. Um novo paradigma de ordenação económica	13
1.2. Do controlo pela propriedade pública à regulação externa da economia	15
1.3. Do serviço público às “obrigações de serviço público”	21
1.4. Da regulação “alheia ao mercado” à regulação “conforme ao mercado”	22
2. Fatores da mudança.....	24
2.1. A crise do Estado intervencionista.....	24
2.2. As doutrinas neoliberais contra a intervenção do Estado na economia	24
2.3. A “nova gestão pública” e a “empresarialização” do Estado	27
2.4. Constrições orçamentais	28
2.5. A integração económica europeia.....	29
2.6. A globalização económica	31
3. Instrumentos da transformação	32
3.1. Liberalização e privatização	32
3.2. A delegação de serviços públicos	33
3.3. A desagregação das “indústrias de rede”	34

3.4. Empresarialização e gestão de tipo privado dos serviços públicos	35
3.5. Liberalização pró-concorrencial da atividade económica privada	36
4. O Estado regulador em Portugal	37
5. A regulação pública em economia de mercado.....	46
5.1. Sentido da regulação em economia de mercado.....	46
5.2. Diversidade regulatória.....	51
5.2.1. Modelos regulatórios e “variedades do capitalismo”	51
5.2.2. Modelos regulatórios e modalidades do Estado social	52
5.3. Regulação e defesa da concorrência	54
5.4. Regulação e interesse público.....	55
6. Expressões da regulação	57
6.1. Noção e objeto da regulação.....	57
6.2. Formas de regulação	59
6.3. Técnicas e instrumentos de regulação	59
6.3.1. Técnicas de regulação.....	59
6.3.2. Instrumentos de regulação	61
6.4. Estratégias de regulação	66
6.5. Procedimentalização da regulação.....	68
6.6. Problemas da regulação	69
6.6.1. Custos da regulação	69
6.6.2. Falhas de regulação	70
6.6.3. A captura regulatória	70
6.6.4. Da <i>better regulation</i> à <i>smart regulation</i>	71
7. Os reguladores	72
7.1. Formatos regulatórios	72
7.2. A regulação governamental	75

7.3. A regulação independente.....	76
7.3.1. A origem das autoridades reguladoras independentes	76
7.3.2. Fundamentos da independência regulatória.....	77
7.3.3. Independência em relação às atividades reguladas.....	79
7.3.4. Independência com responsabilidade pública.....	81
7.3.5. Perspetivas de evolução do sistema de regulação independente	83
7.4. A autorregulação.....	85
7.4.1. O conceito de autorregulação	85
7.4.2. Áreas de autorregulação oficial	86
7.4.3. Formas institucionais da autorregulação.....	87
7.4.4. A "transação" da autorregulação oficial	88
7.4.5. Contraindicações da autorregulação oficial	90
7.5. A regulação em vários níveis (<i>multilevel regulation</i>).....	91
7.6. O “triângulo regulatório”: reguladores, regulados e consumidores.....	95
7.7. Autoridades reguladoras e autoridades de defesa da concorrência.....	96
8. O Estado desregulador	97
8.1. A vocação desreguladora do Estado regulador.....	97
8.2. A desregulação nas indústrias de rede	99
8.3. Reformas administrativas	101
8.4. A desregulação <i>soft</i>	102
9. O Estado regulador e a crise financeira de 2008.....	104
9.1. Origem e desenvolvimento da crise	104
9.2. O triplo défice regulatório.....	105
9.3. O impacto regulatório da crise	105
9.4. O caso específico de Portugal	107

10. Problemas atuais da regulação a nível nacional e transnacional	108
10.1. Problemas a nível nacional	108
10.2. Problemas da regulação transnacional.....	111
10.2.1. Mercado único <i>versus</i> regulação descentralizada.....	111
10.2.2. Défice de regulação da globalização	112
11. Conclusão	112
Bibliografia básica sobre teoria e política da regulação	115
Parte II - Programa e organização da disciplina	121
1. Ficha técnica da disciplina de Direito Público da Regulação	121
2. O ensino da regulação pública da economia	121
2.1. O ensino da regulação em algumas universidades portuguesas	121
2.2. O ensino da regulação em algumas universidades estrangeiras	125
3. Programa da disciplina de Direito Público da Regulação	136
3.1. Objetivos.....	136
3.2. Plano geral da disciplina.....	138
4. Bibliografia geral sobre Direito público da regulação económica	144
4.1. Livros.....	144
4.2. Revistas.....	
5. Desenvolvimento do programa da disciplina	147
5.1. Planificação da disciplina	147
5.2. Sumários das aulas	147
Sumário n.º 1 – Introdução	148
I - Plano da lição.....	148

II - Argumento e problemas.....	148
III - Temas para aprofundar	150
IV - Bibliografía.....	150
Sumário n.º 2 - Enquadramento geral da atividade regulatória	151
I – Plano da lição	151
II - Argumento e problemas.....	152
III - Temas para aprofundar	154
IV - Bibliografía.....	154
Sumário n.º 3 – Sentido e justificação da regulação.....	155
I - Plano da lição	155
II - Argumento e problemas.....	155
III - Temas para aprofundar	157
IV - Bibliografía.....	157
Sumário n.º 4 – Noção, objeto e âmbito da regulação.....	158
I - Plano da lição	158
II - Argumento e problemas.....	159
III - Temas para aprofundar	161
IV - Bibliografía.....	161
Sumário n.º 5 – A regulação pública da economia na União Europeia em Portugal.....	162
I - Plano da lição	162
II - Argumento e problemas.....	163
III - Temas para aprofundar	164
IV - Bibliografía.....	165

Sumário n.º 6 - Problemas e desafios da regulação.....	165
I - Plano da lição.....	165
II - Argumento e problemas.....	166
III - Temas para aprofundar.....	166
IV - Bibliografia.....	166
Sumário n.º 7 – Bases constitucionais da regulação.....	167
I – Plano da lição.....	167
II - Argumento e problemas.....	168
III - Temas para aprofundar.....	171
IV - Bibliografia.....	171
Sumário n.º 8 – Fontes jurídicas da regulação.....	173
I – Plano da lição.....	173
II - Argumento e problemas.....	174
III - Temas para aprofundar.....	175
IV - Bibliografia.....	176
Sumário n.º 9 – Autoridades de regulação.....	176
I – Plano da lição.....	176
II - Argumento e problemas.....	177
III - Temas para aprofundar.....	180
IV - Bibliografia.....	180
Sumário n.º 10 – A autorregulação.....	182
I - Plano da lição.....	182
II - Argumento e problemas.....	182
III - Temas para aprofundar.....	184
IV - Bibliografia.....	185

Sumario n.º 11 – Instrumentos da regulação	186
I - Plano da lição	186
II - Argumento e problemas	186
III - Temas para aprofundar	188
IV - Bibliografia.....	189
Sumário n.º 12 – Os regulados.....	190
I - Plano da lição	190
II - Argumentos e problemas	190
III - Temas para aprofundar	191
IV - Bibliografia.....	191
Sumário n.º 13 – Regulação e defesa da concorrência	192
I - Plano da lição	192
II - Argumento e problemas.....	192
III - Temas para aprofundar	194
IV - Bibliografia.....	194
Sumário n.º 14 – A regulação transversal da atividade económica em geral	195
I - Plano da lição	195
II - Problemas e argumentos	196
II - Temas para aprofundar	197
IV - Bibliografia.....	197
Sumário n.º 15 – Regulação das profissões	198
I - Plano da lição	198
II - Argumento e problemas.....	198
III - Temas para aprofundar	200
IV - Bibliografia.....	201

Sumário n.º 16 – Regulação das infraestruturas e das redes	202
I - Plano da lição.....	202
II - Argumento e problemas.....	202
III - Temas para aprofundar.....	203
IV - Bibliografia	203
Sumário n.º 17 - Regulação das <i>utilities</i>	204
I - Plano da lição.....	204
II - Argumento e problemas.....	205
III - Temas para aprofundar.....	209
IV - Bibliografia	210
Sumário n.º 18 – Regulação dos serviços de interesse económico geral (SIEG)	215
I - Plano da lição.....	215
II - Argumento e problemas.....	215
III - Temas para aprofundar.....	218
IV – Bibliografia.....	218
Sumário n.º 19 – Regulação dos serviços financeiros	220
I - Plano da lição.....	220
II - Argumento e problemas.....	220
III - Temas para aprofundar.....	222
IV - Bibliografia	222
Sumário n.º 20 – Regulação dos meios de comunicação	224
I - Plano da lição.....	224
II - Argumento e problemas.....	225
III - Temas para aprofundar.....	226
IV - Bibliografia	227

Sumário n.º 21 – Regulação do setor da saúde	228
I - Plano da lição	228
II - Argumento e problemas	228
III - Temas para aprofundar	229
IV - Bibliografia.....	230
Sumário n.º 22 - Regulação do setor da construção e do imobiliário	231
I - Plano da lição	231
II – Argumento e problemas	231
III – Temas para aprofundar	231
IV - Bibliografia.....	232
Sumário n.º 23 - Regulação das denominações de origem agrícolas.....	232
I - Plano da lição	232
II – Argumento e problemas	232
III – Temas para aprofundar	234
Bibliografia	234
III Parte - Métodos letivos e avaliação.....	235
1. Como ensinar no 2º ciclo	235
1.1. Teoria e “casos práticos”	235
1.2. Protagonismo dos estudantes	236
2. Como avaliar	237
2.1. O exame final não é tudo	237
2.2. Decálogo para a elaboração e apresentação de trabalhos	237
Anexo - Regras elementares para a elaboração de um ensaio académico.....	239
1. Noção	239

2. Escolher o tema	239
3. Investigação preliminar e plano do trabalho	239
4. Investigar	240
5. Colher e seleccionar informação	241
6. Organizar e escrever o ensaio	241
7. Citar	243
8. Elaborar a bibliografia	243
9. Rever.....	244
10. Preparar a apresentação	244
11. Para aprofundar.....	244
Índice	247