



Joana Raquel Pires Rebelo

# As Contra-ordenações Administrativas em face das novas tendências do Direito Administrativo – a ERSE como caso de estudo

*Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo*

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Julho, 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



As Contra-ordenações Administrativas em face das novas tendências do  
Direito Administrativo – a ERSE como caso de estudo

Joana Raquel Pires Rebelo

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

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Coimbra, 2015

*“Se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria de deixar correr os cem anos para descobrir atônito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto dos últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado duma nova realidade, perante o qual se encontravam indefesos”*

(ROGÉRIO SOARES, 1969: 23)

## **Agradecimentos**

O caminho de elaboração de uma tese jamais é trilhado sem o necessário apoio dos que nos são mais próximos, por isso as primeiras linhas têm de ser de agradecimento:

À Senhora Professora Doutora Suzana Tavares da Silva cuja paciência e amparo foram determinantes para levar esta dissertação a bom porto. Agradeço a disponibilidade ímpar, as oportunidades proporcionadas, a exigência e todas as palavras amigas e de estímulo.

À minha família pelo carinho e presença constante ao longo destes (já) 18 anos de estudo.

Aos amigos - aos de sempre e aos que conquistei em Coimbra - por me fazerem acreditar que é sempre possível ver a luz ao fundo do túnel.

Por último, um agradecimento especial a Coimbra e às suas gentes que tão bem me acolheram e permitiram que levasse um bocadinho desta Cidade comigo.

*“De Coimbra, fica um rio e uma saudade*

*Cavaleiros andantes, dulcineias*

*De Coimbra, fica a breve eternidade*

*Do Mondego, a correr em nossas veias*

*De Coimbra, fica o sonho, fica a graça*

*Antero de revolta, capa à solta*

*De Coimbra, fica um tempo que não passa*

*Neste passar de um tempo que não volta”*

MANUEL ALEGRE (1978)

## **Siglas e Abreviaturas**

ACER – Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia

AdC – Autoridade da Concorrência

AIE – Agência Internacional de Energia

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

AR – Assembleia da República

BdP – Banco de Portugal

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEER – Conselho Europeu de Reguladores de Energia

Cf. – conferir

CMVM – Comissão de Mercados e Valores Mobiliários

COM - Comunicação

coord. - Coordenação

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CVM – Código dos Valores Mobiliários

ed. - editor

ERC – Entidade Reguladora da Comunicação

ERSE – Entidade Reguladora do Sector Energético

*i.e.*, - isto é

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

ISP – Instituto de Seguros de Portugal

LOSJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário

LQCA – Lei-quadro das Contra-ordenações Ambientais

n. – nota

OMB – Office of Management and Budget

org. - organização

OTI – operador de transporte independente

REORT – Redes Europeias de Operadores de Redes de Transporte

RGCO – Regime Geral das Contra-ordenações

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação

RNT – Rede Nacional de Transporte de Electricidade

RNTGN – Rede Nacional de Transporte de Gás Natural

RNTIAT – Rede Nacional de Transporte, Infra-estruturas de armazenamento e Terminais de Gás Natural Liquefeito

SEN – Sistema Eléctrico Nacional

SIEG – Serviços de Interesse Económico Geral

SNGN – Sistema Nacional de Gás Natural

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

TJUE – Tribunal Judicial da União Europeia

trad. – Tradução

UE – União Europeia

*v. – vide*

*v.g. – verbi gratia*

## Índice

<b>Agradecimentos .....</b>	<b>2</b>
<b>Siglas e Abreviaturas .....</b>	<b>3</b>
<b>Apresentação do Tema e do Percorso a seguir .....</b>	<b>8</b>
<b>Nota Introdutória.....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo I – Contra-ordenações Administrativas: controvérsias em relação à sua natureza jurídica.....</b>	<b>19</b>
1. Breve referência à diferenciação face à infracção penal .....	19
2. Conceito de contra-ordenação e coima: distinção em relação a figuras próximas.....	29
3. Princípios aplicáveis ao direito contra-ordenacional .....	36
<b>Capítulo II – Emergência do novo modelo de regulação entre o Estado e a economia – Estado Regulador.....</b>	<b>49</b>
1. Criação de um Estado Regulador: a diferente origem no modelo anglo-saxónico e no modelo continental .....	49
1.1. Modelo anglo-saxónico .....	49
1.2. Modelo continental.....	50
1.3. Aproximação dos modelos .....	51
2. Globalização e Europeização .....	56
2.1. Globalização .....	56
2.2. Europeização .....	58
3. Novas tendências do Direito Administrativo decorrentes da regulação, globalização e europeização.....	61
4. Autoridades Reguladoras Independentes .....	69
4.1. <i>Agencies</i> .....	69
4.2. Autoridades Reguladoras Independentes em Portugal .....	73
4.2.1. Conceitualização.....	74



4.2.1.1.Poderes.....	75
<b>Capítulo III – O poder sancionatório da ERSE como caso de estudo .....</b>	<b>82</b>
1. Sector energético como sector globalizado e europeizado.....	82
1.1.O sector energético internacional (breve referência) .....	82
1.2.O sector energético no quadro das políticas europeias.....	83
1.2.1. Origem.....	83
1.2.1.1.Livro branco sobre a <i>governance</i> europeia.....	85
1.2.2. Harmonização da política energética europeia .....	86
1.2.3. Criação de agências europeias – A <i>Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia</i> (ACER).....	91
1.2.4. Concretização dos vectores comunitários na energia .....	93
1.2.5. A definição europeia do modelo de Entidade Nacional Reguladora da Energia.....	98
2. A ERSE como produto da europeização .....	100
2.1.Criação da entidade reguladora energética e sua caracterização.....	100
2.2.Regime Sancionatório .....	104
2.2.1. A atribuição de poder sancionatório .....	105
2.2.2. Processo contra-ordenacional .....	106
2.2.3. Contra-ordenações aplicáveis ao sector da energia .....	107
2.2.3.1.Caso de estudo 1: abertura de inquéritos .....	112
2.2.3.2.Caso de estudo 2: processo 3/2014, de 10 de Fevereiro de 2014 .....	114
<b>Capítulo IV – Síntese Conclusiva .....</b>	<b>116</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>119</b>
<b>Jurisprudência.....</b>	<b>142</b>

## **Apresentação do Tema e do Percurso a seguir**

A época que vivemos tem sido marcada por profundas transformações socio-económicas, políticas e, também, jurídicas. De entre estas últimas, destaca-se o movimento do *Novo Direito Administrativo* como renovação da visão clássica deste ramo do direito, ancorada em novos paradigmas, princípios, instrumentos e entidades, o que impôs, desde logo, a metamorfose de alguns dos arquétipos clássicos, como seja, a figura das contra-ordenações administrativas que aqui nos propomos tratar.

De facto, o mote do nosso estudo prende-se com a tentativa de escrutinar se, perante este enquadramento, a figura das contra-ordenações administrativas continua a constituir uma forma clássica de actuação do Estado ou se, pelo contrário, configura hoje mais uma das várias manifestações desse novo direito administrativo europeizado e globalizado.

Desta feita, o percurso que nos propomos seguir divide-se em três grandes capítulos. No primeiro, vamos desenvolver um trabalho de revisão doutrinal que se nos afigura essencial para a contraposição que pretendemos fixar entre o momento de formação inicial, virado para a componente interna, e o momento que agora presenciamos. Consequentemente, a tónica será colocada na análise da figura das contra-ordenações administrativas desde a sua génese penalista, até ao tratamento que actualmente lhes é dado, discutindo a sua localização no direito penal ou no direito administrativo, bem como o critério que deve presidir à distinção. São essas considerações que nos vão levar à apresentação do conceito de contra-ordenação preferível, com a sua autonomização em relação a figuras próximas e com a separação entre sanção administrativa geral e sanções administrativas especiais, onde se localizam as *sanções independentes ou regulatórias em sentido estrito* que detêm um especial impacto no nosso estudo. Ademais, estando nós a desenvolver a análise com base num tipo de direito punitivo divergente do direito penal, é peremptório atender à temática dos princípios aplicáveis não só à fase administrativa, mas também à fase judicial, na qual se coloca a dúvida sobre a competência jurisdicional legal.

Num segundo capítulo, cumprindo o propósito de estudar as novas tendências que o direito administrativo assume, atentaremos, ainda que *brevitatis causa*, na evolução do movimento regulatório, com a apresentação dos dois modelos relevantes – anglo-saxónico e continental -, associando-lhes os fenómenos da globalização e europeização dos quais não

se dissocia, e que estiveram na origem, nomeadamente, do fenómeno da privatização e consequente surgimento das autoridades reguladoras independentes.

É este o enquadramento teórico que nos vais conduzir ao terceiro capítulo de exame do poder sancionatório regulador no quadro do direito da União Europeia. Para tal, decidimos considerar o sector energético, *primo* no quadro europeu com a criação de uma política energética comum e harmonizada, marcada por um conjunto de vectores que se podem agrupar em dois grandes sectores: uns mais mercantilistas, outros mais relacionados com a manutenção da obrigação de serviço público; e pela definição do modelo de actuação estadual, inclusivamente, do tipo de autoridade reguladora nacional energética pretendido. *Secundo*, chamaremos à colação a ERSE com a consideração das suas competências, atribuições e poderes, *maxime* o seu poder sancionatório, exteriorizado na consagração de um procedimento contra-ordenacional dirigido à punição das infracções administrativas sancionadas pelos artigos 28.º e 29.º do seu regime sancionatório, claramente talhados tendo em vista o domínio europeu.

Fica assim apresentada a problemática a tratar, bem como o caminho que pretendemos seguir, iluminado pela vontade de trazer algum contributo para esta nova realidade com que nos deparamos.

## Nota Introdutória

*“Toda a reacção à violação da ordem  
jurídica pode, em sentido lato,  
denominar-se sanção”*

(CAVALEIRO DE FERREIRA, 1982: 10)

É sabido que o Estado<sup>1</sup> experienciou uma evolução drástica em que viu ser modificado o seu papel na sociedade de acordo com um maior ou menor intervencionismo. Foi assim do Estado Absoluto para o Estado Liberal<sup>2</sup>, e deste para o (actual?) Estado Social<sup>3</sup>. Consequentemente, nesta última fase, a ideologia demarcada de intervenção pública acarretou um aumento das funções que são cometidas ao Estado<sup>4</sup> tendo este passado a actuar em áreas que anteriormente lhe estavam vedadas (FIGUEIREDO DIAS, 1983: 319 e LOZANO CUTANDA, 1990: 398) entre as quais, sem dúvida, se inserem as funções de fiscalização do acatamento das normas e princípios que gravitam o nosso ordenamento jurídico, tendentes, não só à tutela do interesse público, mas também das “*posições jurídicas substantivas dos particulares*” (A. RAQUEL MONIZ, 2014)<sup>5</sup>.

Destarte, na prossecução da sua actuação inspectora, a Administração depara-se, necessariamente, com infracções, pelo que, para que possa garantir o cumprimento da normatividade, bem como assegurar a necessária colaboração dos cidadãos<sup>6</sup>, é essencial que

---

<sup>1</sup> Entendido aqui em sentido amplo.

<sup>2</sup> Apesar de constituir uma época de clara diminuição do poder conferido à Administração, encontramos casos excepcionais – Áustria e Suíça – em que a Administração manteve poderes sancionatórios autónomos, o que nos permite concluir pela existência de dois modelos europeus distintos, cf. LOZANO CUTANDA (1990: 393-397).

<sup>3</sup> Tipo de Estado que consiste, na opinião de COSTA ANDRADE (1998: 77), uma exigência da própria sociedade. Veja-se ainda, EDUARDO CORREIA (1973: 7 e 15) e SANTAMARÍA PASTOR (2002a: 45-72).

<sup>4</sup> Cf. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

<sup>5</sup> De acordo com a Autora, não raras vezes, o particular assume a veste de destinatário “*de deveres ou sujeições decorrentes de normas legais ou de actuações administrativas com base em normas legais*”, no qual o maior relevo deve ser dado ao domínio das contra-ordenações.

<sup>6</sup> As funções de intervenção pública só são concebíveis num quadro mais extenso que imponha, igualmente, um dever de participação activa aos cidadãos, criando uma relação binómica de cooperação entre

lhe sejam, conjuntamente, atribuídas funções de sancionamento. É neste ponto que se insere a discussão sobre as contra-ordenações administrativas.

Enquanto figura prevista no nosso ordenamento jurídico, as contra-ordenações administrativas apresentam-se como o resultado de uma paulatina conjugação de influências exógenas, em especial provenientes das doutrinas italiana, francesa e alemã<sup>7</sup>. Assim, uma vez que o direito contra-ordenacional não constitui uma pura criação dos nossos dias, mas sim uma figura alvo de um longo debate doutrinal<sup>8</sup> e, em certa medida, também jurisprudencial, impõe-se a consideração da sua linhagem histórica, com a certeza de que a importação de conceitos e teorizações não foi efectuada em termos acríticos ou acéfalos, mas com autonomia de concepções, o que a transforma numa *autonomia dialogada* (FARIA COSTA, 1983: 45).

a) *Experiência germânica*<sup>9</sup>:

Apesar de terem sido vários os ordenamentos jurídicos que se dedicaram ao estudo da temática das contra-ordenações, o modelo que mais nos influenciou, e que conduziu à consagração nacional, foi o modelo germânico (MOUTINHO, 2008: 21-24), cuja evolução doutrinal pode ser dividida em três grandes marcos separados por diferentes entendimentos político-jurídico-sociais, particularmente do valor do Estado e do seu papel na sociedade.

O primeiro desses marcos reporta-se aos finais do século XVIII/inícios do século XIX e corresponde ao *Direito Penal de Polícia*<sup>10</sup>, no qual se destaca a teorização de FEUERBACH que - apesar de ter emergido num contexto de Estado Absoluto, marcadamente intervencionista, onde a eficácia da actuação é garantida através do recurso a meios sancionatórios e a um engenho administrativo extenso - se demarcou do que tinha sido feito

---

Administração e administrados que, nas palavras de EDUARDO CORREIA (1973: 20), se transformam em “*órgãos da Administração*”.

<sup>7</sup> No caso, a República Federal Alemã.

<sup>8</sup> De acordo com FARIA COSTA (1983: 45-46) “*quem pensasse que o direito de mera ordenação social era uma disciplina jurídica sem uma longa gestação doutrinal cometeria um grave erro de análise*”.

<sup>9</sup> Neste ponto seguimos de perto o texto de COSTA ANDRADE (1998). Não obstante, deve-se também percorrer o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, CEREZO MIR (1975: 161-170), HUERGO LORA (2007: 54-87), LOZANO CUTANDA (1990: 400-403) e PEDROSA MACHADO (1998a: 37).

<sup>10</sup> A propósito do *Polizeistaat*, cf. PRATA ROQUE (2013: 111-113) e VILELA (2013: 33-47).

até então. Por conseguinte, tendo por base a cisão entre direito e moral<sup>11</sup>, bem como a concepção kantiana segundo a qual o objecto do Estado consiste em asseverar a liberdade de cada um, desenvolveu a sua teoria de separação do direito penal de polícia do direito penal, defendendo que as condutas sancionadas pelo primeiro não eram, na sua génese, antijurídicas. Foi este o entendimento que transpôs para o Código Penal da Baviera, de 1813, de sua autoria, onde definiu as infracções de polícia como “*acções ou omissões que em si e por si não lesam direitos do Estado ou de um súbdito mas que são impostas ou proibidas sob a cominação de uma pena por causa do perigo para a segurança e a ordem jurídica*”.

Apesar do avanço doutrinal, uma sùmula de factores nos quais se integram a consagração de um Estado liberal, com o triunfo de princípios como o da separação (plena) de poderes<sup>12</sup>, e o avanço das codificações que, no caso, visaram o estabelecimento de uma tutela unitária das infracções - a tutela penal –, fizeram com que a teoria de FEUERBACH fosse perdendo entusiastas (VILELA, 2013: 47-54).

É perante este contexto que, nos princípios do século XX, emerge o segundo momento marcante da evolução germânica, a *Teoria do Direito Penal Administrativo* de GOLDSCHMIDT, a qual consagra as infracções de polícia como um novo sistema repressivo, autonomizando-o em relação ao direito penal<sup>13</sup>. Ainda que, numa fase inicial, GOLDSCHMIDT tenha recorrido ao critério do bem jurídico como forma de cisão entre os dois ilícitos, no momento em que identificou como bem jurídico do direito penal administrativo os *interesses estaduais que estão confiados à Administração*, passou a ver essa separação a partir da natureza das normas. Desta feita, enquanto no direito penal as normas são o resultado das valorações éticas pré-existentes, no direito penal administrativo estas são produto das

---

<sup>11</sup> Em relação a esta divisão, v. CAVALEIRO DE FERREIRA (1982: 13).

<sup>12</sup> Seguindo MOUZINHO DA SILVEIRA (*apud* FARIA COSTA, 1983: 23-24) “*A mais bella, e util descoberta moral do século passado foi, sem duvida, a diferença de administrar, e julgar; e a França, que a fez, lhe deveu desde logo a ordem no meio da guerra*”. O que impôs, nomeadamente, que a aplicação de sanções ficasse reservada para os tribunais, dando cumprimento à ideologia de mera intervenção preventiva da Administração, v. LUMBRALES (2006: 85) e MADUREIRA PRATES (2005: 31).

<sup>13</sup> Apesar disso, a distinção não era absoluta. GOLDSCHMIDT e também WOLF, um dos seus seguidores mais marcantes, prosseguiram um “*critério teleológico*”, o que fez com que ao lado do fim de protecção de bens jurídicos que cabe ao direito penal passassem a incluir a protecção do “*bem-estar geral da sociedade*” que, quando violada, daria origem a infracção administrativa qualitativamente distinta do crime. Contudo, as sanções não deixavam de ser encaradas como penas em face da violação do bem jurídico justiça. Cf. BELEZA DOS SANTOS (1945), em especial a crítica e conseqüente rejeição do conceito de ilícito penal administrativo nos termos previstos por esta dogmática e o reconhecimento da categoria das penas administrativas, CAVALEIRO DE FERREIRA (1992: 109-113), EDUARDO CORREIA (1973: 12), LUMBRALES (2006: 31-32) e MARCELLO CAETANO (2010: 54).

“criações positivas do Estado” (COSTA ANDRADE, 1998: 87 e 88, EDUARDO CORREIA, 1973: 18 e VILELA, 2013: 61-65), pelo que surgem dois sancionamentos autocéfalos com ecos no plano da ilicitude que se divide em antijuridicidade e antiadministratividade (PEDROSA MACHADO, 1998b: 170).

Com base neste entendimento, GOLDSCHMIDT definia o direito penal administrativo como “o conjunto dos preceitos através dos quais a Administração do Estado, a que se confiou a promoção do bem público ou estadual, prescreve, dentro da esfera de autorização jurídico-estadual, na forma de preceitos jurídicos, uma pena como sanção administrativa para a contravenção de um preceito administrativo típico”<sup>14</sup>.

Este período de autonomia começou a ser posto em causa nos anos 30, especialmente, em face do aparecimento do *direito penal de ordem* como *novo ordenamento sancionatório* claramente punitivo<sup>15</sup>. Não obstante, os grandes conflitos mundiais, particularmente a segunda grande guerra, originaram mutações das correntes de pensamento, nas quais se destaca um novo papel interventivo do Estado com o desígnio de assegurar a reconstrução económico-social da comunidade, bem como o renascimento do princípio da separação de poderes<sup>16</sup>, que impunha o afastamento da Administração do poder judicial<sup>17</sup>. Verificava-se, assim, uma nova ideologia marcada por traços menos conservadores do que os que caracterizavam o totalitarismo, mas sem significar o retorno à época do Estado Liberal, permitindo um novo entendimento da cisão entre o que pertence ao domínio sancionatório do direito penal e o que fica reservado para a actividade administrativa sancionatória.

Inicia-se então um novo período histórico na evolução da doutrina germânica das contra-ordenações – *Teoria das Ordnungswidrigkeiten* – em que a Administração deixa de ser considerada como um actor preventivo, para passar a ter um papel interventivo

---

<sup>14</sup> Obviamente esta doutrina não ficou isenta de críticas, v. LUMBRALES (2006: 42-54).

<sup>15</sup> Segundo FIGUEIREDO DIAS (1983: 320) ocorreu um movimento de “*hiper criminalização*” com o direito penal a ser utilizado quase como um escravo político. As sanções, amplamente utilizadas pelo nazismo, eram aplicadas aos operadores económicos e estavam subjugadas ao princípio da oportunidade numa dupla vertente: discricionariedade na decisão de punir as infracções e discricionariedade na decisão de processamento com recurso ao direito penal de ordem ou aos tribunais ordinários (COSTA ANDRADE, 1998: 92).

<sup>16</sup> Que tinha sido colocado em causa com o direito penal de ordem.

<sup>17</sup> Visava-se a purificação do direito penal, a separação dos ilícitos e das sanções correspondentes e a criação de especificidades que tornassem possível a aplicação da sanção por entes administrativos, v. COSTA ANDRADE (1998) e FIGUEIREDO DIAS (1983: 320-321).

(DOLCINI/PALIERO, 1980). O grande teorizador deste momento foi EBERHARD SCHMIDT que, no seio do direito económico, partiu do conteúdo da ilicitude, para defender que no direito contra-ordenacional não está em causa a lesão ou provocação de danos a bens jurídicos<sup>18</sup>. Neste ensejo, potenciou, designadamente, a quebra da unidade das infracções e a correspondente defesa de que as entidades administrativas devem ser titulares de competência sancionatória<sup>19-20</sup>.

É nesta rota que se destaca o ensaio da *Gesetz Zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts*, de 26 de Julho de 1949<sup>21</sup>, substituída a 9 de Julho de 1954, que, ao estabelecer a distinção entre crimes económicos e ilícitos administrativos económicos (GUILHERME CATARINO, 2010: 563)<sup>22</sup>, edificou o ponto de partida da plasmação legislativa da figura das contra-ordenações. O que veio a acontecer com a primeira lei-quadro das contra-ordenações - *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* - de 25 de Março de 1952, na qual a contra-ordenação foi reconhecida como figura geral susceptível de ser cominada nos vários espaços de acção do Estado<sup>23</sup>. Concludentemente, passam a coexistir dois ordenamentos sancionatórios distintos - o do direito penal e o das contra-ordenações -, consagrados em termos legais, doutrinários e jurisprudenciais<sup>24</sup>.

#### *b) Evolução doutrinal nacional e consagração legislativa:*

---

<sup>18</sup> Associa um critério subjectivo que se exterioriza no desrespeito a imposições ou obrigações e que retira o carácter expiatório ou ressocializador da sanção (COSTA ANDRADE, 1998: 94-95).

<sup>19</sup> Segundo COSTA ANDRADE (1998: 94), a teorização de SCHMIDT pôs a descoberto dois espaços autónomos de interesses: os *interesses vitais económico-materiais* – que se dividem em interesses do Estado na manutenção da sua capacidade de intervenção e interesses dos cidadãos individualmente considerados – e *interesses administrativos* que em face da atitude interventiva do Estado na economia, resultam das relações que se estabelecem entre autoridades administrativas e cidadãos.

<sup>20</sup> O que corrobora a teoria da *descriminalização das reacções administrativas* (EDUARDO CORREIA, 1973: 20).

<sup>21</sup> Deve ter-se presente que na Áustria, a 21 de Julho de 1925, foi criada a Lei Penal Administrativa – *Verwaltungsstrafgesetz* - que constituiu a primeira regulação europeia unitária do direito penal administrativo e que foi a percussora da lei alemã (LOZANO CUTANDA, 1990: 396).

<sup>22</sup> Na posição de JESCHECK (*apud* COSTA ANDRADE, 1998: 93, n. 71), consistiu, a par “*da reforma global do Código Penal, a realização legislativa mais significativa ocorrida na República Federal no domínio do direito penal*”.

<sup>23</sup> Para este desfecho contribuiu o alargamento, em 1957, do seu âmbito de sancionamento que passou a albergar todas as práticas restritivas da concorrência, cf. PEDROSA MACHADO (1998b: 188).

<sup>24</sup> Os avanços constatados no modelo germânico ocidental foram de tal forma marcantes que, logo em 1967, se começaram a desenhar as primeiras replicações em Itália, cujo expoente máximo foi alcançado com a aprovação da Lei n.º 689/1981, de 24 de Novembro, v. HUERGO LORA (2007: 106), LOZANO CUTANDA (1990: 403-405), PALAZZO (1986), PARADA VÁZQUEZ (1972: 50-51) e PEDROSA MACHADO (1998b: 204-205).



O movimento de consagração nacional do direito contra-ordenacional foi moroso e implicou alguns momentos basilares. O primeiro que podemos identificar posiciona-se no século XVIII com MELLO FREIRE que, tendo por base o entendimento de BECCARIA de acordo com o qual os delitos de polícia são, nada mais, do que invenções legislativas que visam alcançar um determinado fim - o da ordenação -, não foi alheio à necessidade de estabelecer uma diferença entre direito penal e direito contra-ordenacional. Para tal, partia de um conceito muito lato de direito de polícia que englobava a “*totalidade da actividade legislativa sancionatória tendente ao pleno desenvolvimento da polis*” (FARIA COSTA, 1983: 20). Consequentemente, é nesta ideologia mais ou menos fundamentalista “*que encontramos o fermento do futuro direito de mera ordenação social*” (FARIA COSTA, 1983: 22), em particular, porque coube a MELLO FREIRE a fixação dos fins de polícia. Ademais, com a Carta de Lei de 25 de Julho de 1760, foi também instituído o Cargo de Intendente Geral da Polícia da Corte e do Reino, o que potenciou a fixação de um amplo poder de jurisdição em sede de polícia<sup>25</sup> e levou a que MELLO FREIRE defendesse um tribunal especial para estas temáticas (VILELA, 2013: 115-120).

Facto é que esta teoria não passou incólume, tendo recebido algumas críticas, designadamente de SOUSA PINTO que em 1845 recuperou a teorização de MELLO FREIRE. Não obstante, a sua estrita associação ao princípio da separação de poderes levou a que, mesmo com a autonomização dos delitos políticos dos crimes, entendesse que estes deviam continuar a pertencer ao poder judicial (VILELA, 2013: 121-124)<sup>26</sup>. Com esta posição verificou-se um novo momento, o da *hipercriminalização*, *i.e.*, do recurso excessivo ao direito penal como forma de garantia da protecção dos cidadãos, especialmente em face do perigo de arbitrariedade da Administração. Desta feita, a criminalização desmesurada significava a utilização do direito penal, inclusivamente, para a punição de bagatelas, visível no abrupto desenvolvimento de legislação extravagante e no conseqüente aumento de actividade jurisdicional (EDUARDO CORREIA, 1973: 8-9).

Cientes de que era necessário reverter este paradigma de punição de comportamentos desprovidos da necessária dignidade penal, foi criado um “*direito penal de*

---

<sup>25</sup> Cujo sancionamento englobava penas pecuniárias e de prisão, ainda que limitadas, em doze mil réis e dois meses de cadeia, *v.* FARIA COSTA (1983: 12).

<sup>26</sup> SOUSA PINTO (*apud* FARIA COSTA, 1983: 22-23) entendia que à Administração, quanto muito, caberia uma função de prevenção das infracções.

*bagatelas*”, cuja competência cabia a *tribunais muito simplificados* (EDUARDO CORREIA, 1973: 9). No entanto, o regime sancionatório continuava a ser o penal, pelo que não havia autonomia, mas sim um direito menor enquadrado dentro do direito penal<sup>27</sup>.

Num terceiro momento, atenta a influência do Código Penal Francês de 1810<sup>28</sup>, o Código Penal de 1852 instituiu a categoria das contravenções, definindo-as no seu artigo 3.º como “*o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica*”. Contudo, fê-lo de forma distinta, uma vez que não reservou um livro dedicado a tal figura. Assim, embora o título VII do livro II do Código fosse dedicado às contravenções de polícia, estas estavam maioritariamente previstas em legislação avulsa. Mesmo assim, depreende-se a importância desta consagração, uma vez que foi com ela que se criou legislativamente uma figura distinta do crime (VILELA, 2013: 124-131).

É em face desta conjuntura que EDUARDO CORREIA, cujo labor foi essencial para criar “*o lastro dogmático capaz de romper com o modelo de raiz francesa [passando para o modelo germânico] – que vigorava, como se sabe, desde a consagração normativa do nosso Código Penal de 1852*” (FARIA COSTA, 2001: 7 e 43)<sup>29</sup>, defendeu que o ilícito administrativo não acarreta uma *culpa fundamentada eticamente*, mas sim uma censura social, pelo que a sanção não pode revestir a faceta de pena, devendo ser encarada como advertência perante a desobediência social. Destarte, a sanção a aplicar é a coima que detém um *carácter eminentemente objectivo*, resultante do estabelecimento de limites máximos e mínimos e das *circunstâncias presentes na determinação da medida em concreto* (EDUARDO CORREIA, 1973: 21).

Foi esta a concepção que esteve na base do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, com o qual o direito sancionatório nacional passou a albergar uma nova realidade - o *direito*

---

<sup>27</sup> Mais tarde, SOUSA PINTO aceitou a possibilidade de uma jurisdição menos formalista desenvolvida por juízes de paz e pedâneos, sendo que estes últimos possuíam mesmo poderes de decisão, por exemplo, nas causas que envolviam coimas até mil e duzentos réis (VILELA, 2013: 121-122).

<sup>28</sup> Tenha-se como exemplo a adopção da divisão tripartida das infracções – crime, delito e contravenção – a qual constava, igualmente, do Código Penal Francês e do *Codice generale sopra i delitti e le pene*, que procedia a uma divisão dos delitos em: *delitti criminale*, *delliti politici* e *delitti costituzionari*, cf. FARIA COSTA (1983: 4-5, 47). Em relação a esta influência francesa, veja-se também PEDROSA MACHADO (1998b: 171-178).

<sup>29</sup> Foi com BELEZA DOS SANTOS que o referente nacional passou a ser o alemão (FARIA COSTA, 1983: 43). A este propósito PEDROSA MACHADO (1998b).

*de mera ordenação social*<sup>30</sup>. Porém, o diploma viu-se envolvido em debates referentes à sua constitucionalidade orgânica e material<sup>31</sup>, especialmente em face do princípio da jurisdiicionalidade, o que deu origem ao parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional que, no que concerne à questão de saber se é ou não constitucional a competência procedimental das entidades administrativas em matéria de contra-ordenações, referiu em “*matéria especialmente administrativa, afigura-se-nos possível entender que não ocorre qualquer inconstitucionalidade*”, uma vez que está garantido o recurso contencioso (LUMBRALES, 2006: 108)<sup>32</sup>.

Por todas as dúvidas levantadas, bem como por força da inoperabilidade a que ficou votado, o diploma foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que institui o ilícito de mera ordenação social e o respectivo processo<sup>33-34</sup>, sem prejuízo dos vários regimes especiais que têm sido formulados, permitindo ultrapassar algumas das falhas apontadas ao regime geral.

Conclui-se, assim, pela existência actual de uma configuração normativa para a figura das contra-ordenações que se deveu, essencialmente ao *aumento dos domínios de intervenção pública*, mormente perante o carácter assistencial das funções estatais; ao

---

<sup>30</sup> Se atentarmos no seu preâmbulo, constatamos que os principais objectivos consistiam na necessidade de colmatar a lacuna da inexistência de um ordenamento sancionatório menor e na luta por uma aproximação ao direito vigente nos outros Estados congéneres. Para tal, foi adoptada a solução inovadora de eliminar, nos termos do seu artigo 1.º, número 3, a categoria das contra-ordenações puníveis com pena de multa. No entanto, por força da revogação operada pelo Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, essa extinção não ocorreu o que, acompanhada da inexistência de contra-ordenações, implicou a perda de eficácia do diploma ou mesmo a sua revogação, v. CARDOSO DA COSTA (1992: 42, n. 4), CAVALEIRO DE FERREIRA (1982: 17), FIGUEIREDO DIAS (1983: 324), LUMBRALES (2006: 121), VÍTOR GOMES (2008: 8) e preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

Mais tarde as contra-ordenações foram, efectivamente, abolidas, porém, só com a Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho, é que se eliminaram por completo, cf. LUMBRALES (2006: 18-29), PEDROSA MACHADO (1998a: 30-36) e PRATA ROQUE (2013: 123), bem como o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de Dezembro de 1994, processo 9420423, relativo à descriminalização das condutas contravençionais do Código da Estrada.

<sup>31</sup> Questão que também se colocou no ordenamento jurídico espanhol, assim PARADA VÁZQUEZ (1972: 88-90).

<sup>32</sup> Ainda assim, o parecer da Comissão Constitucional não se limitou a essa questão. Para mais desenvolvimentos, v. LUMBRALES (2006: 101-115), PEDROSA MACHADO (1998a: 47 e 1998b: 152-153 e 190-192) e VILELA (2013: 352). Ainda neste ponto deve ter-se presente o acórdão TC n.º 56/84, de 12 de Junho de 1984, a propósito da destrínça entre competência legislativa da Assembleia da República e do Governo em matéria de direito sancionatório público.

<sup>33</sup> Alterado pela Declaração de 6 de Janeiro de 1983, Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, Declaração de 31 de Outubro de 1989, Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro e Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro. Cf. CAVALEIRO DE FERREIRA (1992: 107-128).

<sup>34</sup> Estabelece o Regime Geral das Contra-ordenações (RGCO) que apenas visa as sanções administrativas contra-ordenacionais o que suscita a crítica da inexistência de um regime geral a aplicar às demais sanções.

*movimento de descriminalização penal*<sup>35-36</sup>, mormente no cumprimento do princípio constitucional de intervenção de *ultima ratio* do direito penal<sup>37</sup> que implicou a sua remissão para um reduto mínimo; e à labuta doutrinal (COSTA ANDRADE, 1998: 76, n. 5 e VÍTOR GOMES, 2008: 7)<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Libertando o direito penal das contravenções e transgressões, cf. FIGUEIREDO DIAS (1983: 336), LICÍNIO LOPES (2014a: 21) e LUMBRALES (2006: 38, 60-95 e 172-175).

<sup>36</sup> *Descriminalização* e *despenalização* são duas denominações de um mesmo conceito possível? De acordo com FARIA COSTA (2012: 36-37), *despenalização* diz respeito a hipóteses em que a conduta continua a ser punida, mas a título de contra-ordenação ou às situações em que os limites da sua moldura penal abstracta são diminuídos. Por sua vez, *descriminalização* acolhe as situações em que a conduta deixa de ser punida por completo. Em sentido contrário, PRATA ROQUE (2013: 120-121, n. 66) defende que a “*degradação de um crime em contra-ordenação*” constitui sempre descriminalização, ainda que não acompanhada de uma perda de dimensão sancionatória.

<sup>37</sup> Segundo COSTA PINTO (1997: 95), “*a afirmação do regime do ilícito de mera ordenação social constituiu um equilíbrio entre a herança liberal do direito penal – que aponta para uma intervenção minimalista deste ramo do Direito - e as exigências de intervenção de um Estado Moderno*”. Por tudo isto, podemos dizer que o direito contra-ordenacional cumpre um papel alternativo, propugnando a superação do receio de que com a descriminalização se estivessem a criar espaços ausentes de tutela, pois “*onde tudo é proibido, tudo acaba por se considerar permitido*”, v. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho e artigo 18.º/2 CRP.

<sup>38</sup> A estas condições materiais específicas podemos associar a revisão constitucional, que veio consagrar, expressamente, a figura no seio da nossa Lei Fundamental, e a publicação do Código Penal em 1982, cf. GOMES DIAS (1984: 91-96).

## Capítulo I - Contra-ordenações Administrativas: controvérsias em relação à sua natureza jurídica

### 1. Breve referência à diferenciação face à infracção penal

A evolução de que demos conta acarretou a complexificação do sistema punitivo que deixou de ter o direito penal e os tribunais como via de actuação exclusiva (FIGUEIREDO DIAS, 1983: 322 e PALAZZO, 1986: 36-37). Por conseguinte, torna-se legítimo questionar a natureza das infracções contra-ordenacionais, tendo como finalidade aferir se existe distinção em relação às infracções penais<sup>39</sup>, algo que tem vindo a ser particularmente discutido pela doutrina nacional e europeia (MADUREIRA PRATES, 2005: 25-26).

Com este propósito, colocam-se duas importantes questões. A primeira é a de saber em que domínio se deve situar o direito contra-ordenacional – direito penal ou direito administrativo<sup>40</sup>? Procurando amparo em outros ordenamentos jurídicos, verificamos que a resposta não tem sido unívoca. De facto, a proximidade ao direito penal leva a que, por exemplo, grande parte da doutrina alemã se refira a este direito contra-ordenacional como direito administrativo penal<sup>41</sup>.

No mesmo sentido, em França não existe um verdadeiro direito administrativo sancionador, mas sim um subsistema penal especial para ilícitos menores (HUERGO LORA, 2007: 88-101 e LOZANO CUTANDA, 1990: 405-412).

Por sua vez, em Espanha não se admite a designação de direito administrativo penal, nem mesmo a de direito contra-ordenacional, pelo que o que está em causa é, na sua essência, direito administrativo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Referimo-nos ao direito penal global que se divide em direito penal clássico e direito penal secundário, v. CARDOSO DA COSTA (1992: 47-48), LUMBRALES (2006: 165) e MADUREIRA PRATES (2005: 30 e 34).

<sup>40</sup> Em relação a este ponto, verificar MOUTINHO (2008: 74-78) e PARADA VÁZQUEZ (1972: 43-45).

<sup>41</sup> Pelo que as infracções contra-ordenacionais são consideradas parte do direito penal global, v. HUERGO LORA (2007: 66), LOZANO CUTANDA (1990: 403) e LUMBRALES (2006: 129).

<sup>42</sup> A propósito do processo de afirmação do poder administrativo sancionatório em Espanha, veja-se PARADA VÁZQUEZ (1972: 66-87) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 372-379). Deve frisar-se que Espanha não tem um regime geral das contra-ordenações, o que existe é um título próprio – IX – no Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, aprovado pela Lei n.º 30/1992. Ademais, foi também aprovado, através do Real Decreto 1398/1993, o Procedimento para o exercício da competência sancionatória da Administração, mas com carácter subsidiário, assim LICÍNIO LOPES (2014a: 24, n. 80).

Por último, em Itália foi criado um regime geral para os ilícitos administrativos com a Lei n.º 689/1981, pelo que também aí se faz a distinção<sup>43</sup>.

No que concerne ao nosso ordenamento jurídico, e apesar de não sermos alheios à controvérsia que se mantém, não podemos obliterar o facto de o recurso ao poder sancionatório constituir uma actividade comum da Administração essencial à prossecução dos interesses que lhe estão cometidos, leia-se, o interesse público. Por conseguinte, mesmo com a remissão subsidiária que o RGCO faz para o direito penal e processual penal, mantém-se a vertente administrativa, não apenas a formal que advém do facto de a competência sancionatória estar cometida a entidades administrativas, mas também a material, uma vez que o direito administrativo continua a ser aplicado, designadamente, por existir uma primeira fase que é uma fase administrativa<sup>44</sup>. Destarte, em face desta dupla relevância – penal e administrativa – o direito contra-ordenacional deve ser encarado como uma realidade híbrida, que constitui, nas esclarecedoras palavras de DUARTE DE ALMEIDA (2008: 15), “o resultado de um casamento de conveniência entre o Direito Penal e o Direito Administrativo”<sup>45</sup>. Contudo, no nosso entendimento, mais próxima do direito administrativo.

Chegamos, assim, à segunda questão: se não consideramos o direito contra-ordenacional como direito penal, qual é a regra (ou regras) que devem presidir à cisão? Cabe

---

<sup>43</sup> Cf. LICÍNIO LOPES (2014c), PARADA VÁZQUEZ (1972: 62) e VILELA (2013: 169).

<sup>44</sup> Nos seus artigos 32.º e 41.º, o RGCO remete para a legislação penal e processual penal básica, numa via sucessória, uma vez que também se devem aplicar os preceitos para os quais as normas penais remetem, v. PASSOS (2006: 289) e SANTOS/SOUSA (2011: 315). No entanto, em ambos os casos, a citada remissão só tem lugar quando estejamos na presença de uma lacuna ou omissão não intencional e não contraditória aos princípios gerais, sendo que, mesmo nesse caso, não é automática, uma vez que impõe a valência dos princípios da necessidade e da adequação, cf. MENDES/CABRAL (2009: 88-89).

Apraz-nos ainda dizer que esta remissão do preenchimento das lacunas para a lógica penalista é manifestamente desadequada à fase administrativa, mormente porque a Administração Pública não age como se fosse o Ministério Público (PRATA ROQUE, 2013: 129-134 e 2014b). Por conseguinte, defendemos que são identicamente aplicáveis os princípios-base que regem a Administração Pública, o que implica, desde logo, a vigência do artigo 266.º/2 CRP. A este propósito, cf. acórdão do STJ, de 28 de Novembro de 2002, processo 02P467, e acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Janeiro de 2003, processo 0210733, no qual de forma expressa se refere que a fase administrativa do processo contra-ordenacional é “tributária do próprio processo administrativo”, o que culmina na vigência dos seus princípios fundamentais.

No mesmo sentido segue PRATA ROQUE (2013: 114 e 133) que entende que a fase administrativa deve ser regida pelo direito administrativo e que a lei processual penal só deve ser utilizada quando a lei administrativa não dê a resposta. É também o entendimento de GOMES DIAS (1984: 101), LEONES DANTAS (1995: 106), LUMBRALES (2006: 149-150), MENDES/CABRAL (2009: 112-113) e PASSOS (2006: 245).

Contra, VILELA (2013: 383-384 e 419-420).

<sup>45</sup> Cf. HUERGO LORA (2007: 364) e PEDROSA MACHADO (1998b: 185). A solução que acolhemos não é unânime, em sentido contrário, NUNO BRANDÃO (2014) que o integra no direito penal em sentido amplo dando como exemplos precisos as contra-ordenações laborais e do consumo, bem como a legislação anti-discriminação e VILELA (2013: 243-331) que o coloca na ciência do direito penal total ou conjunta.

começar por referir que nem todos os autores defendem a existência de uma separação entre os dois ilícitos, seja por não concordarem com ela, seja por defenderem a impossibilidade do seu estabelecimento (LUMBRALES, 2006: 68-69), havendo mesmo quem veja o direito contra-ordenacional como faculdade auxiliar de justiça penal (GUILHERME CATARINO, 2010: 835)<sup>46</sup>. Não é esta a nossa posição nem a de grande parte da doutrina que foi continuamente apresentando critérios mais ou menos esotéricos divisíveis em qualitativos ou substanciais<sup>47</sup>, quantitativos ou formais<sup>48</sup> e mistos<sup>49</sup>. Limitar-nos-emos a identificar os mais marcantes.

Em relação aos critérios qualitativos, parte da doutrina tentou distinguir os dois ilícitos com base na característica da ressonância ética e/ou da natureza dos bens jurídicos. Assim, o direito contra-ordenacional seria dotado de menor dignidade ética, ficando reservado para os ilícitos em que não está em causa a lesão de bem jurídico, ou pelo menos não de bem jurídico penal<sup>50</sup>. Desta feita, por não estar em causa uma censura ético-social, seria este critério aquele que justificaria o facto de no direito contra-ordenacional não serem aplicadas medidas restritivas da liberdade, bem como as diferenças de regime que se fazem sentir (LUMBRALES, 2006: 34)<sup>51-52</sup>.

Um dos maiores cultores deste raciocínio é FIGUEIREDO DIAS (1983: 328) que, partindo da teoria de EDUARDO CORREIA (1973: 12-23), defende que *“o que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexionada com esta, ela passar*

---

<sup>46</sup> Como exemplo podemos referir MATTES (HUERGO LORA, 2007: 76-77).

<sup>47</sup> O facto de se defender um critério qualitativo não redundava necessariamente na exclusão de critérios quantitativos, o que está em causa é uma concepção que vê o critério qualitativo como primordial para efectivar a cisão.

<sup>48</sup> De acordo com GUILHERME CATARINO (2010: 575) dentro destes encontramos critérios monistas e dualistas.

<sup>49</sup> Para um enquadramento geral, cf. HUERGO LORA (2007: 240-247) e MOUTINHO (2008: 46-61).

<sup>50</sup> Cf. LUMBRALES (2006: 124-135), PEDROSA MACHADO (1998b: 156-166, 174-185) e VILELA (2013: 193-241).

<sup>51</sup> Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79. Negado por alguns autores como CEREZO MIR (1975: 164 e 169) e COSTA ANDRADE (1998: 98-99).

<sup>52</sup> Este critério foi – e é ainda – muito enfatizado pela doutrina, sendo seguido por vários autores como DIAS JOSÉ (1991: 37 e 62), FERNANDA PALMA/PAULO OTERO (1996: 564), GOLDSCHMIDT, para quem a neutralidade axiológica tinha refrações no domínio da sanção aplicada que constituiria apenas uma mera advertência (LUMBRALES, 2006: 32 e 122-123), EBERHARD SCHMIDT (FIGUEIREDO DIAS, 1983: 328-333) e WOLF propugnador de que os conceitos de infracção e sanção seriam os mesmos, pelo que estaríamos sempre na presença de sanções penais, contudo, no caso dos ilícitos administrativos, o que se verificava era falta de zelo social, ou seja, uma actuação contrária ao bem-estar social (COSTA ANDRADE, 1998: 90).

Em sentido contrário, CAVALEIRO DE FERREIRA (1992: 112-113), COSTA ANDRADE (1998: 101-107) e VILELA (2013: 206-207).

*a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social*<sup>53</sup>. A esta teorização acresce o facto de o direito penal ter como finalidade a protecção de bens jurídicos numa relação de analogia substancial com o elenco constitucional, pelo que *“não devem constituir crimes, nem caber no objecto do direito penal, todas as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis – e por mais pecaminosas, a-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem (...) o mesmo deve suceder a condutas que, violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a ‘necessidade social’ se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como ultima ratio da política social”* (FIGUEIREDO DIAS, 1983: 323). No entanto, o Autor veio mais tarde defender que admite a possibilidade de, em certos casos, o legislador recorrer a critérios complementares, que podem mesmo residir em critérios quantitativos (VILELA, 2013: 208).

É com base nesta teorização material que FIGUEIREDO DIAS (1983: 327-336)<sup>54</sup> formula a autonomização do direito contra-ordenacional de um tríptico ponto de vista: dogmático, sancionatório e processual. No que respeita ao plano dogmático, a subsidiariedade do direito penal é comprovada pelos artigos iniciais do RGCO que atestam que o direito contra-ordenacional é, ainda, direito sancionatório. Por sua vez, no plano punitivo, a distinção reside na sanção que é aplicada, pois, enquanto no direito penal esta assume a forma de pena, no direito contra-ordenacional está em causa uma coima que detém, exclusivamente, carácter patrimonial e que não percorre fins de expiação ou ressocialização, pelo que, em caso de incumprimento, não há possibilidade de conversão da sanção em pena de prisão (FIGUEIREDO DIAS, 1983: 333 e MARCELLO CAETANO, 2010: 54-55). Por último, em termos processuais, o processamento e aplicação das coimas compete a autoridades administrativas, provando a finalidade de ordenação que cabe ao Estado. Ademais, a autonomia é atestada, desde logo, pelo número 10 do artigo 32.º CRP que se refere aos processos de contra-ordenação, nos quais são assegurados os direitos de defesa e audiência dos arguidos (COSTA PINTO, 1997: 78-79 e SANTAMARÍA PASTOR, 2002b: 407-408).

---

<sup>53</sup> O que tem repercussões, como veremos, ao nível da culpa e da natureza das sanções.

<sup>54</sup> COSTA PINTO (1997: 15) é peremptório em afirmar que tal autonomia não se veio a cumprir completamente.



Seguindo este entendimento, FIGUEIREDO DIAS (1983: 331) defende que no ilícito contra-ordenacional não está em causa culpa nos termos em que esta releva para o direito penal afirmando que “*não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura ética, dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna, mas apenas de uma imputação do facto à responsabilidade social do seu autor; dito de outra forma, da adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima*”<sup>55</sup>. O mesmo nos diz FARIA COSTA (2001: 10), segundo o qual “*o juízo de censura que se faz ao agente nas contra-ordenações não é sustentado, nem sequer como limite, na ideia de culpa*”, logo, mesmo tendo presente o artigo 1.º RGCO que se refere a um facto ilícito e censurável, a verdade é “*que tal censurabilidade não se sobrepõe, nem de longe, nem de perto, com o juízo de culpa*”.

A este critério qualitativo da menor ressonância ética e natureza dos bens jurídicos em causa associam-se outros como o da separação com base nas finalidades seguidas, ficando a coima ligada a um mero destino de prevenção e não de punição<sup>56</sup>. Não nos parece, contudo, que um critério desta estirpe logre obter sucesso, desde logo porque a sanção, para o ser, tem de ser punitiva, o que, inclusive, nos permite distinguir a sanção administrativa das medidas administrativas desfavoráveis (HUERGO LORA, 2007: 225). Neste ensejo, acompanhando as palavras de PRATA ROQUE (2013: 110) a actual atribuição de poderes de supervisão e sancionamento transformaram “*o Direito Administrativo num complexo normativo de repressão de condutas ilícitas*”.

Outra possibilidade reside na tentativa de estabelecimento de uma cisão com base na contraposição entre perigo abstracto e perigo concreto<sup>57</sup>, o que deixou de ter lógica a partir do momento em que foram consagrados os dois tipos de crime<sup>58</sup>. Como exemplos de crime de perigo abstracto podemos apresentar a condução de veículo em estado de embriaguez e contrafacção de moeda, por sua vez, como exemplos de crimes de perigo

---

<sup>55</sup> Conceção partilhada por M. JOÃO ANTUNES (1991: 467-468). Ainda a este propósito, SANTOS/SOUSA (2011: 135).

<sup>56</sup> Cf. MARCELLO CAETANO (2010: 54-55).

<sup>57</sup> Seguindo ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMIJO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG (2010: 53), esta teoria podia fazer-nos regressar à velha ideologia de separação entre antijuridicidade e antiadministratividade.

<sup>58</sup> A este propósito, v. MOUTINHO (2008: 56).

Cf. ainda GALLARDO CASTILLO (2008: 161-162), GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 400), HUERGO LORA (2007: 153-156) e LUMBRALES (2006: 90-95).

concreto temos a exposição ou abandono e a condução perigosa de veículo rodoviário (FIGUEIREDO DIAS, 2011a: 308/309).

Se a senda nos critérios qualitativos foi bastante recheada, o mesmo é válido para os critérios quantitativos, *maxime*, perante o critério da gravidade das infracções/sanções, segundo o qual as sanções cominadas no domínio do direito penal são mais graves do que as do direito contra-ordenacional, principalmente, devido à possibilidade de aplicação de penas privativas da liberdade apenas no primeiro caso, logo é imprescindível avaliar a conduta para se perceber se lhe deve ser aplicada uma pena ou uma coima<sup>59</sup>. Não concordamos com esta posição. Para nós é óbvio que, se existe diferenciação nas sanções consagradas, alguma dissemelhança tem de haver entre os dois ilícitos, mas não por os ilícitos contra-ordenacionais serem menos graves. Prova disso é-nos dada pelos valores que as coimas podem hoje atingir, uma vez que estes são de tal forma elevados que, por vezes, superam a gravidade de uma medida de cariz penalístico<sup>60</sup>, o que, naturalmente, nos leva a repudiar esta associação clássica e ultrapassada do direito contra-ordenacional às bagatelas penais<sup>61</sup>.

Por último, alguma doutrina defendeu que a diferenciação se faria com base num critério misto, ainda que o critério quantitativo obtivesse destaque e o critério qualitativo residisse na transformação da quantidade em qualidade, contrariando uma cisão efectuada com base no critério da irrelevância ética (LUMBRALES, 2006: 131).

Em face deste breve enquadramento, a conclusão só pode ser uma, a de que a doutrina não foi capaz de encontrar um critério universal que, sem sombra para dúvidas, permitisse estabelecer uma diferenciação linear entre os dois tipos de ilícito. Impõe-se, por isso, agora tentar perceber em que termos a lei e a jurisprudência deram a sua resposta.

No que concerne ao legislador, a CRP, apesar de admitir a existência de direito sancionatório não penal, de ter dado acolhimento expresso à figura das contra-ordenações e de lhe ter concedido um suporte constitucional formado pelos artigos 32.º/10, 37.º/3<sup>62</sup>, 165.º/1-d), 227.º/1-q) e 282.º/3 CRP, não estabeleceu o critério que preside à caracterização

---

<sup>59</sup> Cf. LUMBRALES (2006: 129-131).

<sup>60</sup> Agravado pelo peso que adquirem certas sanções acessórias, cf. LICÍNIO LOPES (2014a: 21, n. 65) e PRATA ROQUE (2013: 141).

<sup>61</sup> A este propósito, v. HUERGO LORA (2007: 135).

<sup>62</sup> Que confere competência processual à Administração em matéria de liberdade de expressão e informação.

de determinada conduta como crime ou como contra-ordenação. Por sua vez, o RGCO, visando uma clara fuga à controvérsia doutrinal, optou, no seu artigo 1.º, por um critério formal e simplista<sup>63-64</sup>, de acordo com o qual “*constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*”<sup>65</sup>, pelo que seguiu a mesma cartilha dos seus congéneres<sup>66</sup>.

Não se bastando com esta definição, à semelhança da doutrina maioritária, o Tribunal Constitucional continua a seguir a concepção proposta por EDUARDO CORREIA e seguida por FIGUEIREDO DIAS, *i.e.*, a defesa de um critério de distinção material, no caso o da ressonância ética e da natureza dos bens jurídicos. Exemplo disso é o acórdão TC n.º 308/94, de 24 de Março, que numa fiscalização relativa a contra-ordenação e à sua qualificação jurídica como crime ou ilícito de mera ordenação social refere que: “*dúvidas não restam que, no caso vertente, não deparamos com uma infracção com a ressonância ética suficiente para poder ser qualificada como de natureza criminal. E, assim sendo, e também porque lhe não corresponde qualquer sanção privativa ou restritiva da liberdade, o tratamento que lhe deve ser conferido há de ser o correspondente às contra-ordenações, para as quais a*

---

<sup>63</sup> Amplamente criticado por PEDROSA MACHADO (1998b: 200).

<sup>64</sup> Veja-se o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho e o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que defende o critério da natureza dos bens jurídicos e da ressonância moral, no entanto percebe que a cisão terá de ser, em última instância, jurídico-pragmática e, necessariamente, formal, pelo que adopta uma visão mista da diferenciação baseada em critérios qualitativos e quantitativos.

<sup>65</sup> Na sua versão inicial, o presente artigo era constituído por dois números, o primeiro, que corresponde na íntegra à citação efectuada, e um número 2 no qual era disposto que “*A lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto*”.

<sup>66</sup> Esta consagração formalista é também visível na Alemanha onde o insucesso dos critérios qualitativos implicou a adopção de uma definição formal de acordo com a qual “*constitui ilícito administrativo um facto antijurídico e culposo que integra o tipo de uma lei para o qual está estabelecida uma pena pecuniária*” (§1 OWIG de 1968), *v.* LOZANO CUTANDA (1990: 402-403), LUMBRALES (2006: 105-106) e PARADA VÁZQUEZ (1972: 65).

Por sua vez, também em Espanha encontramos uma ideologia legal e jurisprudencial formal onde à diferenciação por força das entidades que cominam a sanção – tribunais ou entidades administrativas – se associa a impossibilidade de aplicação de sanções privativas da liberdade. Por esta via, retirando os casos extremos, a decisão cabe à lei. Por conseguinte, o artigo 25.º da Constituição Espanhola consagra esta existência de dois regimes sancionatórios, *cf.* ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMIJO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG (2010: 53) e GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 162 e 399). Contudo, esta posição formalista é criticada por alguns autores como é o caso de HUERGO LORA (2007: 26-41, 80-81, 172), cujo entendimento não se compadece com a inexistência de um critério qualitativo, o que para o Autor constitui uma lacuna na protecção jurídica dos interesses públicos e privados, bem como uma deficiência na construção do ordenamento jurídico.

Por último, em Itália, partilha-se dessa mesma impossibilidade de recurso aos critérios substantivos, pelo que a diferenciação deve ser feita tendo por base a sanção prevista pelo legislador, *cf.* PALAZZO (1986: 37, 46-56). Segundo este Autor os critérios para orientar a separação entre sanção penal e sanção administrativa são essencialmente dois, a proporcionalidade e a subsidiariedade, não obstante, têm que funcionar em conjunto.

*Constituição não exige a prévia definição do tipo e da punição concreta em lei parlamentar*”. No mesmo sentido, discorre o acórdão TC n.º 659/2006, de 28 de Novembro, que frisa “*a diferente natureza dos ilícitos em causa e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social, com reflexos nos regimes processuais próprios de cada um deles*”<sup>67</sup>. Do exposto resulta que, caso o facto seja dotado de ressonância ética *per se*, terá de ser considerado como criminoso e punido como tal, o que contrasta com aquilo que acontece com as contra-ordenações em que a ilicitude é criada pelo legislador *ab initio*<sup>68</sup>.

O que dizer deste posicionamento?

Não querendo retirar o merecido mérito à posição explanada, entendemos que, actualmente, o critério não se pode medir com base na (ir) relevância ética ou natureza dos bens jurídicos. Em primeiro lugar, este teria mais fundamento quando o direito contra-ordenacional se limitava às bagatelas penais ou, se preferirmos, ao ilícito de mera ordenação social em sentido estrito<sup>69</sup>, mormente porque hoje há contra-ordenações que protegem autênticos bens jurídicos com real conteúdo ético<sup>70</sup>, assim como há condutas punidas a título de crime que, em abono da verdade, não o são<sup>71</sup>.

Destarte, mesmo a precisão de FIGUEIREDO DIAS de acordo com a qual a neutralidade diz respeito à conduta em si, não nos convence. Pense-se, por exemplo, na conduta de conduzir pela direita ou pela esquerda, foi a consagração legislativa que lhe

---

<sup>67</sup> Assim, acórdãos TC n.ºs 469/97, de 2 de Julho, 336/2008, de 19 de Junho e 466/12, de 1 de Outubro. Veja-se também o acórdão TC n.º 483/2014, de 25 de Junho, que distingue o direito penal dos restantes ramos de direito sancionatório, indicado por PRATA ROQUE (2014b).

<sup>68</sup> No seu parecer n.º 4/81, a Comissão Constitucional, embora sem uma decisão unânime, defendeu a existência de uma autonomia substancial, não tendo, contudo, deixado de sublinhar que na Alemanha se passou a defender a inexistência de uma diferenciação material, o que impõe um único critério de diferenciação baseado no grau de censurabilidade do comportamento subjectivo do agente que, quando elevado, serve de fundamento ao juízo de desvalor ético-social grave da pena criminal (LUMBRALES, 2006: 105-106). Veja-se ainda, FIGUEIREDO DIAS (1983: 329), M. JOÃO ANTUNES (1991: 466), MENDES/CABRAL (2009: 33) e PEDROSA MACHADO (1998b: 169).

<sup>69</sup> A designação de ilícito de mera ordenação social é, portanto, no mínimo, desajustada. Acompanhando as palavras de TIEDEMANN (*apud* COSTA ANDRADE, 1998: 97) o movimento de descriminalização do direito penal fez com que o direito das contra-ordenações, num espaço de pouco mais de 15 anos, “*se tivesse convertido num reservatório de recolha (Sammelbecken) de infracções de proveniência muito díspar*”, que, por vezes, englobava a tutela de bens jurídico-individuais ou supra-individuais. Assim, existe uma separação entre o que pode ainda ser chamado de ilícito de mera ordenação social e aquilo que corresponde hoje a um “*direito de intervenção usado pelo Estado para regular sectores específicos de actividade e que conjuga aspectos de vários ramos do Direito*” (COSTA PINTO *apud*, MENDES/CABRAL, 2009: 117-118). Veja-se também GUILHERME CATARINO (2010: 649), LUMBRALES (2006: 219), M. JOÃO ANTUNES (1991: 467) e NUNO BRANDÃO (2007: 85).

<sup>70</sup> VILELA (2013: 314-329) apresenta como exemplos de contra-ordenações que protegem bens jurídico-penais as contra-ordenações contra a economia, as contra-ordenações ambientais e as contra-ordenações laborais.

<sup>71</sup> No mesmo sentido, COSTA ANDRADE (1998: 98-107).

trouxe a ilicitude numa clara opção que tem tanto de política como de discricionária e que cumpre, sim, a ideia de neutralidade e de ordenação (COSTA ANDRADE, 1998: 99-102). Então e o que dizer das condutas que são punidas com coimas elevadíssimas como são exemplo as contra-ordenações ambientais<sup>72</sup>? São neutras antes de serem previstas e quando o são adquirem uma relevância de tal forma eminente que as faz, por um qualquer passo de mágica, passar a ser punidas tão desmesuradamente? Para nós a resposta é categórica: não<sup>73</sup>. Através destes dois casos é fácil comprovar a impossibilidade de extrapolar uma concepção generalista de neutralidade, pois, se não negamos que admitimos a existência de condutas menos impositivas e que cumprem parcialmente o critério, também é verdade que há uma vastidão de contra-ordenações que não o cumprem.

Por tudo isto, defendemos que o critério qualitativo não vale por si<sup>74</sup> e prescrevemos a nossa concepção tendo por base uma formulação mista assente num elemento objectivo e em dois formalistas que, apesar de não serem infalíveis, constituem um auxílio para o sucesso da cisão<sup>75</sup>.

A rejeição do critério da neutralidade ética e da natureza dos bens jurídicos não significa que a Administração fica completamente livre na aferição da punição concreta da conduta, designadamente nos casos mais radicais, porquanto a decisão do legislador se encontra limitada em função do *critério fundamental de distinção substantiva* que permite a separação, tendo por base a ordem axiológica constitucional, dos comportamentos que devem, sem orla de incerteza, constituir crime ou contra-ordenação<sup>76-77</sup>. A esta constatação

---

<sup>72</sup> Cf. artigo 66.º CRP.

<sup>73</sup> No mesmo sentido, COSTA PINTO (1997: 74) e JESCHECK (*apud* COSTA ANDRADE, 1998: 98).

<sup>74</sup> Portanto, estamos perante um critério em queda, v. LUMBRALES (2006: 132-139 e 218).

<sup>75</sup> Nas palavras de FARIA COSTA (2001: 8-9 e 2012: 27) “a aceitação de um critério eminentemente formal só é legítima se a realidade normativa que se trata – *in casu*, o direito de mera ordenação social – não deixar de apresentar marcadas especificidades”. Ainda assim, o Autor afirma-se como defensor de uma diferença de qualidade apresentando como formas de separação a sanção, a aplicação da lei no espaço, a responsabilidade das pessoas colectivas, a punibilidade da tentativa e o concurso de infracções.

Caímos, assim, no domínio dos critérios mistos que ROXIN (*apud* PEDROSA MACHADO, 1998a: 45) considera serem os únicos capazes de permitir a distinção.

<sup>76</sup> Pelo que, em caso de incumprimento a decisão é controlável. Naturalmente, dever-se-á recorrer à Constituição “quando se suscite a questão de saber se foi ou não respeitado o princípio material que há-de estar na base da decisão de qualificação legislativa a comandá-la, especialmente quando tal pode ser alvo de fiscalização da constitucionalidade” (FIGUEIREDO DIAS, 1983: 322). Ainda a este propósito, cf. ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMILLO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG (2010: 53).

<sup>77</sup> A decisão do legislador ordinário não é (ou não deve ser) arbitrária, *maxime*, porque tem em vista – espera-se - o interesse público. Todavia, não deixa de ser uma decisão política que deve corresponder ao programa de política criminal e, necessariamente, aos princípios e normas constitucionais que o enformam. Todavia, esta

deve associar-se o facto de o direito penal estar constitucionalmente adstrito ao princípio de *ultima ratio*, pelo que segue um critério de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Em segundo lugar, no que diz respeito às suas finalidades, enquanto o direito penal persegue um ideal de realização de justiça, o direito contra-ordenacional, como figura híbrida que é, visa igualmente, uma função de protecção do interesse público, ou seja, congrega a dimensão sancionatória que impõe a observância das garantias dos administrados, e a dimensão administrativa que diz respeito a essa prossecução do interesse público<sup>78</sup>.

Em terceiro lugar, diferenciam-se pelas sanções aplicáveis e pela entidade competente para a sua fixação, embora, como veremos, podemos ter um tribunal a aplicar uma coima. Em último lugar, ao direito contra-ordenacional não são aplicadas sanções privativas da liberdade<sup>79-80</sup>.

Tudo visto e revisto, o discurso precedente culmina na constatação de que os dois ilícitos são distintos e autónomos<sup>81</sup>, o que não é maculado pela neocriminalização que transformou em crime condutas que constituíam contra-ordenações, mormente no domínio

---

normatividade não constitui um sistema fechado, propiciando a existência de zonas indeterminadas nas quais vai funcionar a discricionariedade legislativa, cf. COSTA ANDRADE (1998: 97, n. 87 e 107) e, em sentido crítico, PEDROSA MACHADO (1998b: 183-184).

<sup>78</sup> No mesmo sentido, GUILHERME CATARINO (2010: 577-578) e MADUREIRA PRATES (2005: 39).

<sup>79</sup> Para alguns autores este é o único critério que persiste na diferenciação, por todos, PRATA ROQUE (2013: 113).

<sup>80</sup> Embora haja a excepção da pena de prisão disciplinar nos casos mais graves no exercício do poder disciplinar sobre os militares, regime que consta do Regulamento de Disciplina Militar aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho, artigo 30.º/1-e), admissível ao abrigo do artigo 27.º/3-d) CRP. Neste domínio é relevante o acórdão TC n.º 229/2012, de 2 de Maio, que analisou a questão da possível inconstitucionalidade de várias normas do Regulamento, entre elas o artigo 30.º, tendo declarado apenas a inconstitucionalidade do artigo 51.º/1, parte final que previa o cumprimento da pena de prisão disciplinar logo após ser negado provimento ao recurso hierárquico apresentado, uma vez que não era garantida no Regulamento a impugnação judicial junto do Tribunal competente, em tempo útil, o que redundava na violação do artigo 27.º/3-d) CRP.

No modelo alemão, por norma, não são admitidas medidas que ocasionem a intrusão na vida privada ou na restrição da liberdade. No entanto, como vai ser referido mais à frente, é admissível a privação de liberdade no processo contra-ordenacional com autorização do juiz (LICÍNIO LOPES, 2014a: 23, n. 73 e 74 e PINTO ALBUQUERQUE, 2014).

<sup>81</sup> Uma autonomia substantiva e adjectiva (LICÍNIO LOPES, 2014a: 22 e PRATA ROQUE, 2013: 107). Também a nível legal várias são as referências à autonomia dos dois ilícitos, v.g., no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79 é referida a necessidade de criação de “*um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal*” e, um pouco mais à frente, que “*quase todos os Estados se encontram hoje apetrechados com um direito de ordenação social distinto do direito criminal*”, “*configurem uma forma autónoma de ilicitude que reclame um quadro próprio de reacções sancionatórias e um novo tipo de processo*”, “*está em causa um ordenamento sancionatório distinto do direito criminal*”, pelo que, em face destas expressões legais, podemos concluir que a intenção do legislador era, efectivamente, a da criação de ordenamentos distintos entre si.

dos ilícitos ambientais<sup>82</sup>. De facto, sobretudo com a reforma do RGCO operada em 1995<sup>83</sup>, houve uma certa identificação entre as normas do direito contra-ordenacional e as soluções que estão previstas para o direito penal, como se vê na equiparação entre as entidades participantes no procedimento sancionatório contra-ordenacional e no procedimento penal, nos termos do artigo 41.º/2 RGCO<sup>84</sup>, na remissão que o RGCO faz para o direito penal e processual penal<sup>85</sup> ou ainda na convalidação da decisão administrativa em acusação aquando da impugnação (DUARTE DE ALMEIDA, 2008: 20). Tendo isto em mente, diz-nos FIGUEIREDO DIAS (2011a: 159) que a reforma de 1995 consistiu num recuo em relação ao que já tinha sido alcançado em matéria de contra-ordenações, *i.e.*, uma verdadeira *contra-revolução contra-ordenacional* que, infelizmente, colocou em causa a existência de dois ilícitos sancionatórios distintos<sup>86</sup>.

Não obstante, não seguimos esta posição, uma vez que, em sentido inverso a esse movimento de aproximação, o direito contra-ordenacional verificou um aumento do seu âmbito de aplicação, estendendo-se a áreas para as quais não estava, inicialmente, previsto, o que ocasionou o agravamento dos montantes das coimas e um aumento das sanções acessórias passíveis de aplicação, bem como o reforço das garantias dos cidadãos. Ademais, entendemos que esses pontos de aproximação resultam do facto de ambos fazerem parte de uma mesma realidade – o direito punitivo geral ou direito público sancionatório<sup>87</sup> – verificando-se um fenómeno de intercomunicabilidade que acarreta a necessidade de “*esforço multidisciplinar que permita uma síntese reconstrutiva dos parâmetros que balizam o Direito Sancionatório Público*” (PRATA ROQUE, 2013: 152).

## 2. Conceito de contra-ordenação e coima: distinção em relação a figuras próximas

---

<sup>82</sup> Associada a mudanças no catálogo de bens jurídicos semelhante ao que aconteceu na Alemanha, cf. LOZANO CUTANDA (1990: 401).

<sup>83</sup> Com o Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro.

<sup>84</sup> O que as tornou em autoridades administrativas dotadas de poderes plenos.

<sup>85</sup> Veja-se a n. 44.

<sup>86</sup> Cf. COSTA PINTO (1997: 100), FIGUEIREDO DIAS (1996: 31, n.3) e MENDES/CABRAL (2009: 27).

<sup>87</sup> Para a consideração do conceito de direito público sancionatório na jurisprudência do TC devem conferir-se os célebres acórdãos n.ºs 155/91, de 24 de Abril, 160/91, de 24 de Abril, 294/91, de 1 de Julho e 336/91 de 3 de Julho, relativos à restrição do uso de cheque.

A actividade administrativa punitiva em sentido amplíssimo abrange duas grandes áreas: a clássica actividade de cunho preventivo cometida à Administração de polícia que visa a protecção da ordem jurídica globalmente considerada<sup>88</sup>; e a actividade punitiva *stricto sensu*, ou seja, a atitude sancionatória em face da conduta infractora<sup>89</sup>. Destarte, divide-se em uma função de intervenção *a priori* que tem como intuito impedir a verificação de certa infracção, e uma ingerência *a posteriori* que ocorre após a constatação da violação<sup>90</sup>. Logo, assume uma grande complexidade e amplitude, que não se esgota na mera aplicação de coimas, implicando, inclusivamente, o recurso a medidas de cariz não sancionatório<sup>91</sup>. Neste ensejo, ao lado das sanções administrativas encontramos as medidas administrativas desfavoráveis<sup>92</sup>, que visam apenas “reintegrar o interesse público lesado por um comportamento do particular desconforme com o direito” (VÍTOR GOMES, 2008: 9-10), com o intuito de evitar o perigo ou a perpetuação da lesão. Estas podem assumir a forma de medidas preventivas<sup>93</sup>, extintivas<sup>94</sup>, repressivas ou reparatórias e não impõem a verificação dos pressupostos da ilicitude e da culpa, sendo, por isso, susceptíveis de aplicação quando somente esteja em causa a ilegalidade (MADUREIRA PRATES, 2005: 167-211).

---

<sup>88</sup> Está em causa a actuação preventiva e necessária em face da verificação de riscos administrativos atentatórios dos interesses dos cidadãos e da comunidade. De acordo com LICÍNIO LOPES (2014c) “*existe um perigo quando uma situação de facto ou um comportamento são aptos a causar, com suficiente probabilidade, em tempo determinado, pelo decurso dos acontecimentos, um dano para bens jurídicos protegidos*”.

<sup>89</sup> A consideração do direito contra-ordenacional como parte do direito punitivo sancionatório administrativo não contradiz o que dissemos *supra* ao referenciá-lo como uma figura híbrida, uma vez que, tal advém do regime aplicado e não da consideração do ponto de vista da entidade aplicadora da coima. Ademais, como referimos, apesar dessa característica, aproxima-se mais do domínio administrativo.

<sup>90</sup> O poder sancionatório da Administração pode apresentar-se como “*o poder público de autoridade, conferido por lei a uma pessoa colectiva pública, com vista à aplicação de sanções não penais a outros sujeitos de direito, públicos ou privados, através da prática de um acto administrativo*” (FREITAS DO AMARAL, 2008: 216). Ademais, a consagração deste poder, ainda que não de forma ilimitada, dá cumprimento ao artigo 9.º CRP, de tal forma que, caso não estivesse previsto, cairíamos na inconstitucionalidade por omissão, estando em causa a violação da “*reserva constitucional de sanção pública*” (PRATA ROQUE, 2013: 119-120).

Veja-se também CARDOSO DA COSTA (1992: 44), EDUARDO CORREIA (1973), MOUTINHO (2008: 62-63) PEDROSA MACHADO (1998b: 191) e SANTAMARÍA PASTOR (2002a: 75).

<sup>91</sup> Cf. DIAS JOSÉ (1991: 39).

<sup>92</sup> Numa fase inicial, as medidas administrativas desfavoráveis integravam as sanções administrativas, porém estas foram sendo progressivamente autonomizadas. Hoje, o critério de distinção entre sanções e medidas desfavoráveis que visam a reposição da legalidade tem de residir na finalidade da medida que, neste último caso, é preventiva, cf. ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMILLO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG (2010: 59), A. RAQUEL MONIZ (2014) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 379-383).

<sup>93</sup> Por exemplo, artigo 106.º RJUE. V. DIAS JOSÉ (1991: 39) e HUERGO LORA (2007: 249).

<sup>94</sup> Que se dividem em medidas administrativas de invalidação, medidas administrativas de controlo permanente e medidas administrativas revogatórias *stricto sensu* (MADUREIRA PRATES, 2005: 175-187).



Todavia, o facto de não constituírem sanções não as desvincula do cumprimento de um conjunto de princípios como o da tipicidade<sup>95</sup> e o da proibição do excesso, compreendidos na lógica de possível atentado a direitos fundamentais<sup>96</sup>. Um dos seus exemplos mais gritantes reside nas medidas de polícia<sup>97</sup> que cabem às autoridades policiais como é o caso da PSP, da ASAE<sup>98</sup> ou da protecção civil<sup>99</sup>, votadas, por exemplo, à defesa da segurança de pessoas e bens, como no caso da contenção de um motim ou na protecção do ambiente.

Ainda nesta lógica, podemos referir as medidas provisórias e as medidas cautelares<sup>100</sup>, que constituem medidas coactivas anteriores à própria aplicação de uma sanção que podem ser adoptadas ao longo do procedimento, como é exemplo a apreensão de documentos<sup>101</sup>, distinguindo-se assim das medidas preparatórias e das medidas de polícia (GUILHERME CATARINO, 2010: 607-610).

Centremo-nos agora na actividade sancionatória pura que suporta uma bifurcação englobando, de um lado, a sanção administrativa geral e, do outro lado, as sanções administrativas especiais. A primeira, mais próxima da Administração de Polícia, está associada, em termos globais, ao ilícito de mera ordenação social clássico e à relação geral que se estabelece entre Administração e administrado, consubstanciando-se na violação de

---

<sup>95</sup> Embora nem todos os autores defendam o princípio da taxatividade neste domínio, como é o caso de MARCELLO CAETANO e SÉRVULO CORREIA (GUILHERME CATARINO, 2010: 599).

<sup>96</sup> Vide GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2010: 859-860), MADUREIRA PRATES (2005: 21 e 28) e artigo 272.º/1 e 2 CRP.

<sup>97</sup> Cf. artigo 272.º CRP. Fazendo uso da teorização de DIAS JOSÉ (1991: 47) “*As medidas de polícia em sentido amplo não pressupõem qualquer violação consumada do direito nem um certo condicionalismo típico, apenas têm como condição o perigo eminente da segurança e dos direitos dos cidadãos ou da legalidade democrática*”, embora se aproximem das sanções administrativas no que diz respeito aos meios utilizados.

Vejam-se os acórdãos do TC n.ºs 489/89, de 13 de Julho, a propósito da medida de restrição de uso de cheque e a dúvida sobre se constitui ou não medida de polícia, e 479/94, de 7 de Julho, relativo a um processo de fiscalização preventiva abstracta da constitucionalidade da norma que estabelecia a obrigatoriedade do porte de documento de identificação.

<sup>98</sup> Existem entidades que detêm uma dupla competência, uma vez que são titulares de poderes típicos da Administração de Polícia, mas também de poderes sancionatórios tal qual como os caracterizamos. A ASAE é um desses casos, embora se possa questionar a atribuição destes poderes a uma entidade como esta. V. LICÍNIO LOPES (2014c).

<sup>99</sup> Cf. Lei de Bases da Protecção Civil e LICÍNIO LOPES (2014c).

<sup>100</sup> Cf. MENDES/CABRAL (2009: 141) e, em sentido crítico em relação às medidas provisórias, DIAS JOSÉ (1991: 44).

<sup>101</sup> V. MENDES/CABRAL (2009: 148) e artigos 33.º, 48.º-A, 83.º e 85.º RGCO.

norma geral que impõe uma obrigação ou um dever (MADUREIRA PRATES, 2005: 27-28)<sup>102</sup>. Por sua vez, as sanções especiais emergem de uma relação, também ela especial, de direito administrativo, geralmente prolongada no tempo, subdividindo-se em<sup>103</sup>:

- a) *Sanções disciplinares*<sup>104</sup> - Estamos no domínio das relações laborais jus-publicistas, em que está em causa a violação de deveres funcionais, *i.e.*, deparamo-nos com um ilícito emergente da violação dos deveres decorrentes da profissão pública exercida ou publicamente regulada, bem como de deveres fruto de relações de longa duração relativas a estabelecimentos públicos como é o caso das prisões (LICÍNIO LOPES, 2014c). Neste caso, o espectro de sanções admissível é vasto incluindo a advertência, a suspensão, a multa e a aplicação de medidas de carácter expulsivo<sup>105</sup>. A título de

---

<sup>102</sup> Correspondem às tradicionais transgressões administrativas, cujo exemplo mais antigo é dado pelos regulamentos e posturas municipais, então sancionadas nos termos do artigo 52.º do Código Administrativo de 1936-1940, cf. FREITAS DO AMARAL (2008: 221) e artigo 485.º do Código Penal de 1886. Actualmente podemos referir as obrigações tributárias ou as infracções ao código da estrada.

Por a coima ser aqui aplicada a qualquer pessoa que naquele momento, em concreto e sem manifestação de vontade, assuma a posição de administrado, diz-se que o sujeito é indeterminado. Repare-se que, com isto, não se está a preterir a relação jurídica administrativa, esta existe, só que tem cariz casual e involuntário (MADUREIRA PRATES, 2005: 27-28). Ainda neste ponto, v. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 404-408).

<sup>103</sup> A separação que efectuamos é uma entre várias, mas é também aquela que entendemos ser mais simples, permitindo uma melhor apreensão da realidade em análise. É igualmente a divisão adoptada por LICÍNIO LOPES (2014c) e por MADUREIRA PRATES (2005).

A título de exemplo, PRATA ROQUE (2013: 107, 116-117) divide o direito sancionatório público não penal em poder sancionatório contra-ordenacional, poder sancionatório disciplinar (público), poder sancionatório administrativo em sentido estrito e poder sancionatório financeiro. Já FREITAS DO AMARAL (2008: 218) apresenta como modalidades do poder sancionatório da Administração o exercício do poder disciplinar, a punição do ilícito contra-ordenacional e o controlo administrativo da licitude de certas actividades públicas e privadas. Veja-se também GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 400-403) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 381-383).

<sup>104</sup> Por todos, CEREZO MIR (1975: 170-173), DIAS JOSÉ (1991: 51-52, 170), GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 401) e artigos 269.º/3, 271.º/1 e 282.º/3 CRP.

<sup>105</sup> Uma das especificidades apontada à infracção laboral consiste na circunstância de que quando esta reúne simultaneamente relevância penal e relevância disciplinar, a última não ser invalidada pela primeira, o que possibilita a condenação pelas duas vias, embora não em termos obrigatórios. O entendimento do Tribunal Constitucional tem corroborado esta possibilidade, defendendo que a mesma conduta pode preencher os dois tipos de ilícito sem que tal gere inconstitucionalidade, o que, obviamente, é o resultado da sua posição na distinção entre crime e contra-ordenação. Acresce o facto de este entendimento do TC trazer algumas dúvidas de execução prática como a que resulta da controvérsia de saber qual é a relevância da prova feita no processo penal para o processo disciplinar, v. LICÍNIO LOPES (2014c), PRATA ROQUE (2009: 433-440) e o acórdão TC n.º 161/95, de 23 de Março por si referido, que demonstra de forma clara aquilo que tem sido o entendimento deste Tribunal. Na nossa opinião, esta possibilidade traz também problemas de articulação com a proibição constitucional do *ne bis in idem*.

Não obstante, esta contingência não é meramente nacional, uma vez que também em Espanha se verifica, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 416), GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1999: 167 e 179), HUERGO LORA (2007: 437-438) e LINDE PANIAGUA (2006: 306 e 312-313).

exemplo vejam-se os artigos 130.º a 143.º do novo estatuto da Ordem dos Advogados;

- b) *Sanções contratuais* – somos remetidos para a presença de prerrogativas de autoridade da Administração<sup>106</sup> exteriorizadas na aplicação de sanções no quadro das relações emergentes de contrato administrativo, como o são as multas contratuais e a resolução sancionatória dos contratos prevista no artigo 333.º CCP. Assumem, assim, a veste de sanções contratuais às quais é aplicado o artigo 308.º/2 CCP<sup>107</sup> que visa tão-somente acrescer às demais regras procedimentais do CPA, *maxime* aos seus princípios, reforçando a necessidade de cumprimento da audiência prévia (LICÍNIO LOPES, 2014c);
- c) *Sanções independentes ou regulatórias em sentido estrito*<sup>108</sup> - Este tipo de sanções advém da liberalização e privatização da actividade económica, particularmente dos serviços públicos, pelo que se connexionam com o aparecimento do Estado Regulador de garantia.

Atenta esta primeira divisão e em face da possibilidade de aplicação de medidas administrativas que, apesar de restritivas, não são sancionatórias, pergunta-se: quando é que estamos na presença de uma sanção administrativa? O conceito de sanção não é – e acrescentamos nós, não pode ser - um conceito estanque, perfeito, acabado, pelo que foi alvo de várias conceitualizações distintas que oscilaram ao sabor dos ventos doutrinários<sup>109</sup>.

Na Alemanha, WALDHOFF (*apud* HUERGO LORA, 2007: 54) diz-nos que a sanção pode ser definida como “*una consecuencia jurídica negativa (de gravamen), que se pronuncia y aplica contra quien há violado una regla, en particular una Ley*”.

---

<sup>106</sup> É à Administração que cabe decidir se, em face dos factos, aplica ou não sanção.

<sup>107</sup> Vide artigo 329.º CCP.

<sup>108</sup> MADUREIRA PRATES (2005: 27) designa este último domínio como *poder administrativo sancionador sectorial*.

Por constituírem objecto do nosso estudo remetemos para o que vai ser dito *infra*.

<sup>109</sup> A propósito do conceito etimológico de sanção, cf. DIAS JOSÉ (1991: 41).

Em Espanha, GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1999: 159)<sup>110</sup> defendem que a sanção consiste em “*un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; anteriormente a la Constitución, como veremos, incluso arresto personal del infractor*”. Já para SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 379-380) “*La sanción se caracteriza inicialmente, frente a los restantes actos de contenido desfavorable, por su carácter reaccional respecto de una conducta ilícita (...) Sanción, en sentido técnico, existe solamente cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción, y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado*”.

Por último, em Itália, durante muito tempo, a natureza das sanções administrativas não foi fácil de estabelecer (BASSI, 2001: 343), pelo que coube a ZANOBINI (*apud* MADUREIRA PRATES, 2005: 52, n.81) esse papel. Assim, defendeu um conceito de pena em sentido técnico “*la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo*”<sup>111</sup>.

Passando ao ordenamento jurídico nacional, MADUREIRA PRATES (2005: 54-56)<sup>112</sup> ainda que apenas para a sanção administrativa geral, diz-nos que a “*sanção administrativa é a medida punitiva prevista em acto normativo, que pode ser aplicada directamente pela Administração no âmbito das suas relações jurídicas gerais, a quem, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado normativamente imposto*”.

Tentando sistematizar um conceito genérico diremos que a sanção administrativa constitui uma medida de cariz punitivo previamente estabelecida que pode ser aplicada tanto ao domínio das relações administrativas gerais como especiais, mediante o cometimento de uma infracção, também ela administrativa<sup>113</sup>, em virtude da violação de imposições

---

<sup>110</sup> Numa noção que remonta a OTTO MAYER, v. HUERGO LORA (2007: 205).

<sup>111</sup> No que tange ao ordenamento jurídico francês não existe uma definição legal de sanção administrativa de alcance geral, o que acaba por ser coerente com o carácter fragmentário do poder administrativo naquele país, cf. HUERGO LORA (2007: 211).

<sup>112</sup> No que concerne à doutrina portuguesa apresentamos apenas o conceito de MADUREIRA PRATES por constituir uma das aproximações mais recentes.

<sup>113</sup> Em sentido amplo.

legalmente estabelecidas. Desta feita, a sanção assume a veste de acto administrativo sancionador<sup>114</sup>, que cumula a prossecução do interesse público e a faceta punitiva<sup>115</sup>.

Ora, perante esta concepção geral de sanção administrativa e em face do amplo leque de sanções que podem ser aplicadas, quando é que estamos na presença de uma sanção contra-ordenacional<sup>116</sup>? É necessário que a lei sancione o comportamento infractor com uma coima<sup>117</sup> que constitui o principal tipo de sanção administrativa<sup>118</sup> e se exprime numa sanção económica traduzida na imposição de pagamento de uma quantia fixada entre os montantes do artigo 17.º RGCO<sup>119,120</sup>, que pode vir acompanhada das sanções acessórias, previstas no artigo 21.º RGCO, como a perda de objectos, a suspensão de actividades ou do estabelecimento ou ainda a inibição temporária de outros direitos, por exemplo de concorrer em contratos de aquisição de bens ou serviços. Deve precisar-se que a CRP proíbe, no seu

---

<sup>114</sup> No mesmo sentido, LICÍNIO LOPES (2014a: 24) e, em sentido crítico, COSTA PINTO (1997).

<sup>115</sup> Com o mesmo entendimento, MADUREIRA PRATES (2005: 23).

<sup>116</sup> Tendo presente o enquadramento firmado na nota introdutória, entre nós, as contra-ordenações podem ser de um de três tipos: podem constituir o resultado de um movimento de descriminalização, podem advir da conversão das contravenções e transgressões ou podem ser criadas como tal *ab initio* (FREITAS DO AMARAL, 2008: 222).

<sup>117</sup> O conceito de “coima” foi recuperado por EDUARDO CORREIA, mas não é aceite de forma universal pela doutrina, como acontece com MOUTINHO (2008: 17) e PEDROSA MACHADO (1998a: 39-41), tendo, inclusivamente, sido abandonada por outros como DIAS JOSÉ (1991: 42-43) ou CAVALEIRO DE FERREIRA (1992: 107 e 120) defensor de que a verdadeira tradução do conceito alemão radica na expressão “transgressão da ordem”.

<sup>118</sup> Deve ressaltar-se que a contra-ordenação se integra nas sanções administrativas em sentido amplo e não já num conceito de sanção administrativa em sentido estrito, o que advém da particular natureza que lhe é atribuída.

<sup>119</sup> Veja-se a posição de MOUTINHO (2008: 37), de acordo com a qual a coima é uma “*pena, no sentido amplo de sanção de sentido não reparador*”, bem como a definição de COSTA ANDRADE (1998: 102) de coima como “*um aviso ao cidadão que faltou ao seu dever de colaborar na prossecução dos interesses do Estado e como uma medida preventiva, desprovida de todo o carácter infamante*”.

Este artigo deve ser conjugado com o artigo 88.º RGCO, ainda que sejam válidas as excepções dos artigos 18.º/2 e 19.º/2 do mesmo diploma.

<sup>120</sup> Repare-se que os limites do artigo 17.º RGCO podem ser derogados, mas apenas através de Lei ou Decreto-Lei autorizado com expressa referência à lei habilitante, sob pena de inconstitucionalidade orgânica, por violação da reserva de lei relativa da AR nos termos do artigo 165.º/1-d) CRP e, mesmo nesse caso, têm sempre de ser fixados limites máximos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1976: 422). Cf. LOPES DO REGO (2001: 16) e acórdão TC n.º 374/2013, de 28 de Junho que confirma esta posição. Não obstante, como nos explica PRATA ROQUE (2014b) a posição do TC tem oscilado a propósito da violação, por esses novos valores, do princípio da proporcionalidade, exemplo disso são os acórdãos contraditórios n.ºs 313/2013, de 29 de Maio e 97/2014, de 6 de Fevereiro.

É ainda de registar, a título meramente indicativo, a proposta de FERNANDA PALMA/PAULO OTERO (1996: 558-559 e 567), ancorada numa actualização automática dos limites das coimas com base numa indexação, tendente a possibilitar o seu enquadramento num *sistema legalmente controlado*, não colocado à mercê da oportunidade, que podia ser feita através do Orçamento de Estado.

artigo 30.º/4, a automaticidade da aplicação destas medidas <sup>121</sup>, pelo que estão, nomeadamente, sujeitas ao princípio da proporcionalidade<sup>122</sup>.

### 3. Princípios aplicáveis ao direito contra-ordenacional

Enquanto direito sancionatório, as contra-ordenações são regidas por um conjunto de princípios que as tornam admissíveis constitucionalmente. Neste ensejo, o *punctum saliens* firma-se na necessidade de escrutinar se esses princípios são os mesmos que valem para o direito penal. Pois bem, não nos parece crível defender a aplicação completa e analógica dos princípios penais no âmbito das contra-ordenações, o que não significa que alguns desses não venham a ser válidos como forma de cumprimento do princípio do Estado de Direito<sup>123</sup>, em especial nas suas dimensões de segurança jurídica e protecção da confiança (MADUREIRA PRATES, 2005: 29-30). Desta feita, admite-se que, em termos finais, acaba por haver uma certa cadência de princípios que aproxima os dois direitos<sup>124</sup>, mas, repetindo o que vimos, só porque ambos pertencem à mesma categoria de direito sancionatório ou punitivo. Todavia, mesmo nesse caso, a convocação de princípios penais deve ser feita de forma adequada. Até porque, admitir uma colagem completa aos princípios do direito penal redundaria numa contradição em relação à autonomização que defendemos existir entre os dois.

---

<sup>121</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS (2011b: 53-54). Facto é que mesmo em face dessa não automaticidade se verificam alguns casos duvidosos como o do artigo 19.º/2 da Lei Geral do Contrato em Funções Públicas que determina a perda do cargo na comissão de serviço em caso de ilícito disciplinar.

Por força da vigência do princípio da não automaticidade, GUILHERME CATARINO (2010: 625) entende que as sanções acessórias deviam designar-se como sanções complementares.

<sup>122</sup> Estas sanções devem ser aferidas em função da gravidade da infracção e da culpa do agente, *i.e.*, implicam uma avaliação em concreto (PASSOS, 2006: 161). Mais se acrescenta que, além dos princípios da proporcionalidade e da não automaticidade, são igualmente aplicáveis outros como legalidade, tipicidade, acessoriedade, uma vez que está dependente da aplicação de sanção principal, e fundamentação. Cf. SANTOS/SOUSA (2011: 215) e acórdão TC n.º 472/2007, de 25 de Setembro, que entendeu não estar em causa a violação do artigo 30.º/4 CRP pela sanção acessória de inibição de conduzir, em especial em relação aos três anos durante os quais a carta de condução tem carácter provisório.

À semelhança do que fizemos *supra*, trazemos ao discurso a posição de FERNANDA PALMA/PAULO OTERO (1996: 577-578) que defenderam a criação de um artigo 21.º-A com a epígrafe “Princípios Gerais” e advogaram a inconstitucionalidade da sanção acessória de interdição definitiva do exercício de profissão ou actividade aplicada pela Administração, nos casos em que o seu exercício não se encontre sujeito a uma autorização ou licença administrativa. Ainda assim admitem-na em casos excepcionais e provisórios.

<sup>123</sup> Artigo 2.º CRP.

<sup>124</sup> Desde logo, por força da remissão para o direito penal e processual penal. *Vide* n. 44.

Conforta-nos o facto de não estarmos sós na afirmação desta posição que é certificada por alguma doutrina<sup>125</sup>, pela jurisprudência nacional e, em certa medida, também pela jurisprudência europeia.

No que diz respeito à jurisprudência do Tribunal Constitucional, a posição adoptada em sede de princípios contra-ordenacionais pode ser vislumbrada de forma sistematizada no acórdão n.º 201/2014, de 3 de Março. Neste começou por se afirmar a inexistência de uma reflexão geral sobre a temática, em virtude dos termos em que se desenvolve a fiscalização concreta e da estrutura das normas constitucionais que contêm esses princípios. Porém, se é verdade que não lhe chegou ainda um caso que implicasse uma tomada de posição geral no que concerne aos princípios que devem ser aplicados, é identicamente verdade que este Tribunal não se coibiu de ir dando a sua opinião, prova disso é encontrada em acórdãos que são referidos nesse mesmo aresto de 2014<sup>126</sup>.

No acórdão n.º 161/2004, de 17 de Março, dispôs-se que “*a eventual extensão ao regime das contraordenações de aspectos substantivos do regime dos crimes não pode esquecer a diferença dos princípios jurídico-constitucionais que regem esses dois géneros de ilícito*”.

Também no acórdão n.º 487/2009, de 28 de Setembro, se pode ler que “*a variação do grau de vinculação aos princípios do direito criminal, e a autonomia do tipo de sanção*

---

<sup>125</sup> No mesmo sentido, EDUARDO CORREIA (1973: 10-12), FIGUEIREDO DIAS (1983: 328-329), LOPES DO REGO (2001: 17), MADUREIRA PRATES (2005: 29), PALAZZO (1986: 56), PEDROSA MACHADO (1998a: 37) e PRATA ROQUE (2013: 124). Em sentido contrário, MENDES/CABRAL (2009: 117) e SANTAMARÍA PASTOR (2002a: 89). Cf. ainda A. RAQUEL MONIZ (2014).

Chamando à colação o ordenamento jurídico alemão, vemos que a concepção que possuem em relação ao direito contra-ordenacional tem reflexos na questão dos princípios. Consequentemente, apenas reconhecem o princípio de acesso ao tribunal, o princípio do juiz natural, o princípio da audiência, o princípio da legalidade das penas e o princípio do caso julgado. Ademais, a aplicação é feita com base no princípio da proporcionalidade. Naturalmente que as garantias de defesa também são menores (PINTO ALBUQUERQUE, 2014).

Em Espanha, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal, com destaque para as suas sentenças de 2 e de 25 de Março de 1972, defendem uma remissão geral para os princípios do direito penal, embora com a necessidade de realizar adaptações, *i.e.*, o Tribunal vai actuando *in casu*, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 409-411), GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1999: 164-165, 170), HUERGO LORA (2007: 22-29, 46-47), SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 376). Com algumas ressalvas, ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMIJO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG (2010: 49-50), uma vez que o que está em causa é encontrar princípios e regras comuns e, em sentido crítico, TORCO ALONSO (2006: 183).

<sup>126</sup> O TC foi-se pronunciando em específico em relação a alguns princípios - legalidade, tipicidade, culpa, retroactividade da lei de conteúdo mais favorável, direito à não autoincriminação, proibição do efeito automático das penas, *ne bis in idem*, proibição de transmissão de responsabilidade penal - ainda que, por vezes, o tenha feito de maneira contraditória.

*previsto para as contra-ordenações repercute-se a nível adjectivo, não se justificando que sejam aplicáveis ao processo contraordenacional numa forma global e cega todos os princípios que orientam o direito processual penal”.*

Por último, no acórdão n.º 110/2012, de 6 de Março, vemos que *“as diferenças existentes entre a ilicitude de natureza criminal e o ilícito de mera ordenação social obstam a que se proceda a uma simples transposição, sem mais, dos princípios constitucionais aplicáveis em matéria de definição de penas criminais para o espaço sancionatório do ilícito de mera ordenação social”.*

Foi também esta a posição seguida no referido acórdão de 2014 que não deixou de considerar *“a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contraordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”.* Por conseguinte, termina dizendo que *“se não restam dúvidas que as normas constitucionais com relevo penal têm a natureza e a estrutura de princípios, também não restam dúvidas de que tais princípios valerão para o domínio contraordenacional, não ‘com o mesmo rigor’ ou com o mesmo ‘grau de exigência’ com que valem para o domínio criminal, mas apenas na sua ‘ideia essencial’”.*

À semelhança da posição jurisprudencial interna e mesmo perante a inexistência de um direito administrativo sancionador na União, a jurisprudência europeia foi adentrando caminho no que concerne a esta temática, o que gerou uma certa sistematização comunitária (MENDES/CABRAL, 2009: 118). Por um lado, o TEDH, através dos casos Engel, de 8 de Junho de 1976, e Oztürk, de 21 de Fevereiro de 1984, foi projectando uma maior proximidade entre o direito contra-ordenacional e o direito penal (GUILHERME CATARINO, 2010: 652), o que redundou na aplicação, também ao primeiro, do artigo 6.º CEDH, com base num entendimento amplo – até demasiado amplo – de pena (ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMIJO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG, 2010: 50). De igual forma, foi com base nesta jurisprudência que se fixou a vigência no âmbito contra-ordenacional de alguns princípios penais como o direito de acesso ao tribunal, o da proporcionalidade, o da admissibilidade de buscas ou o princípio do caso julgado<sup>127</sup>. Por

---

<sup>127</sup> Segundo GUILHERME CATARINO (2010: 577), o TEDH tem tido um papel preponderante na extensão dos princípios a todo o direito público punitivo.



outro lado, da jurisprudência do TJUE resultam vários princípios e garantias com aplicação contra-ordenacional, v.g., direito de audiência, direito à não auto-inculpação, direito à fundamentação, direito de acesso a documentos, direito a representação legal, direito de acesso a tribunal, direito de participação e princípio da colaboração (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2014 e SCHNEIDER, 2008: 46).

Destarte, da acção destas duas instâncias comunitárias resultou um direito de formação jurisprudencial que veio depois a ser alvo de consagração legal europeia, tanto na CEDH, como em alguns Regulamentos nos quais se destaca o Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002<sup>128</sup>, e o Regulamento (CE) n.º 773/2004, da Comissão, de 7 de Abril de 2004<sup>129-130</sup>.

Em função deste enquadramento jurisprudencial impera agora realizar uma análise exploratória aos princípios efectivamente vigentes para o direito contra-ordenacional. Posto isto, esses são divisíveis em *princípios de ordem substantiva* e *princípios procedimentais/processuais*. Em relação aos primeiros<sup>131</sup> vigora, como seria de esperar, o princípio da legalidade tal como previsto no artigo 2.º RGCO<sup>132</sup>, que, enquanto recipiente de salvaguarda, agrega duas dimensões, uma formal na qual se integra o princípio da reserva de lei, ainda que relativa, que assume vestes de princípio constitucional resultantes do artigo 165.º/1-d) CRP e que impõe a definição do regime geral de punição destes actos, tanto ao nível da infracção, como da sanção, através de Lei ou Decreto-Lei autorizado<sup>133</sup>; e material,

---

<sup>128</sup> Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 411/2004, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2004.

<sup>129</sup> Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1792/2006, da Comissão, de 23 de Outubro de 2006, Regulamento (CE) n.º 622/2008, da Comissão, de 30 de Junho de 2008 e Regulamento (UE) n.º 519/2013, da Comissão de 21 de Fevereiro de 2013.

<sup>130</sup> Adquire particular importância neste ponto a Recomendação n.º R (91) 1 do Comité de Ministros de 13 de Fevereiro de 1991 que, a propósito das sanções administrativas, impõe o cumprimento de vários princípios, v. VÍTOR GOMES (2008: 7).

<sup>131</sup> A propósito deste ponto, v. SANTAMARÍA PASTOR (2002a: 90-96 e 2002b: 383/395) e SANTOS/SOUSA (2011: 48).

<sup>132</sup> Como concretização do que dissemos, mesmo que este princípio não estivesse previsto expressamente no regime geral, não seria necessário recorrer ao artigo 29.º CRP, uma vez que resulta já dos princípios gerais do Estado de Direito, mormente, na sua sub-dimensão de segurança jurídica. No mesmo sentido, acórdãos TC n.ºs 41/2004, de 14 de Janeiro e 635/2011, de 20 de Dezembro (PRATA ROQUE, 2014b). Cf. NUNO BRANDÃO (2007: 84-85 e 89).

<sup>133</sup> Uma das questões discutida pela doutrina reside em saber qual é o papel conferido ao regulamento? É admissível? Parece-nos que a resposta só pode ser uma, a de que é possível que as contra-ordenações sejam previstas em regulamento apenas e só nos casos em que Lei ou Decreto-Lei autorizado o admitam. No mesmo sentido LICÍNIO LOPES (2014c) que dá como exemplo o artigo 98.º RJUE que, ao remeter para as normas regulamentares, fornece a habilitação legal, bem como os artigos 104.º e 113.º RJIGT.

que se manifesta, por um lado, na exigência de lei certa e prévia (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 205-211), não só no momento da definição, mas também no da hipotética descriminalização, com a consequente proibição da retroactividade, excepção feita à retroactividade mais favorável<sup>134</sup>, e, por outro lado, no princípio da tipicidade (GALLARDO CASTILLO, 2008: 25, 92, 97-130)<sup>135</sup>, configurado como um princípio aberto<sup>136</sup>, que dita a subsunção da conduta a um tipo legalmente individualizado, remetendo-nos para os princípios da proibição da analogia<sup>137</sup> e da interpretação extensiva.

Além de se exigir um comportamento típico, estabelece-se a aplicação dos princípios da ilicitude<sup>138</sup> e da culpa previstos nos termos do artigo 8.º RGCO<sup>139</sup>. No que respeita ao princípio da culpa, há possibilidade de punição tanto a título de dolo como de negligência, de acção como de omissão<sup>140</sup>. No entanto surge uma dúvida, que reside em saber se a formulação do princípio da culpa no direito contra-ordenacional é a mesma que vale para o direito penal. Para nós é básica a necessidade da culpa como exemplo máximo dos princípios

---

Repare-se até que nos apraz impossível a fixação de toda a disciplina através de Lei ou Decreto-Lei autorizado, pelo que o recurso à remissão é de elevada importância.

Ainda assim, essa autorização de regulamento não pode ser genérica e indeterminada no sentido de se apresentar como um verdadeiro cheque em branco, uma vez que não se pode querer, por essa via suplantar a faceta de mecanismo auxiliar que o regulamento reveste (GALLARDO CASTILLO, 2008: 42-45 e 64-86), até porque se a lei nada disser, podemos correr o risco de cair numa deslegalização em vez de uma remissão (GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ *apud*, GALLARDO CASTILLO, 2008: 50 e HUERGO LORA, 2007: 369-370).

<sup>134</sup> Não nos esqueçamos que estamos na presença da restrição a direitos, liberdades e garantias, o que impõe o cumprimento do artigo 18.º CRP. Cf. artigos 2.º e 3.º/1 e 2 RGCO, BENITO LÓPEZ (2006: 102), GALLARDO CASTILLO (2008: 28-33, 55-62, 132-133 e 136), LINDE PANIAGUA (2006: 309) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 385).

<sup>135</sup> Igualmente decorrente do artigo 2.º RGCO. V. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 412).

<sup>136</sup> À semelhança do que acontece com o direito fiscal. Cf. CARDOSO DA COSTA (1992: 57, n. 44), LOPES DO REGO (2001: 24-25) e LUMBRALES (2006: 143 e 204).

Atente-se também no acórdão TC n.º 150/94, de 8 de Fevereiro, no qual se declarou a inconstitucionalidade de algumas normas do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro quando interpretadas no sentido de não ser possível a aplicação da lei mais favorável às infracções fiscais consideradas como contra-ordenações pelo Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras. Ainda assim, no seu acórdão n.º 466/2012, de 1 de Outubro, o TC defendeu que o princípio em causa não é válido da mesma forma para o direito penal e para o direito contra-ordenacional, *i.e.*, vale de forma mais dúctil.

<sup>137</sup> V. ALARCÓN SOTOMAYOR/BUENO ARMIJO/IZQUIERDO CARRASCO/REBOLLO PUIG (2010: 58), GALLARDO CASTILLO (2008: 123-129), GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1999: 172-173), SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 386- 387) e, em sentido contrário, defendendo que o RGCO não proíbe expressamente a analogia, FERNANDA PALMA/PAULO OTERO (1996: 563).

<sup>138</sup> Cf. Artigo 1.º/1 RGCO.

<sup>139</sup> Ainda que sejam válidas as causas de exclusão de ilicitude e culpa previstas no Código Penal. A este propósito, v. GALLARDO CASTILLO (2008: 158-197).

<sup>140</sup> Artigos 8.º/1, 14.º e 15.º RGCO.

constitucionais, até porque outra coisa seria proibida pela CRP, uma vez que estamos na presença de sanções. Agora, se as exigências são tão estritas como no direito penal, ainda assim parece-nos que não<sup>141</sup>.

Por último, resta referir o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º RGCO como consagração expressa da imposição constitucional ínsita no artigo 18.º CRP<sup>142\_143</sup>.

A estes princípios substantivos acrescem os procedimentais/processuais, ou seja, aqueles que vigoram no procedimento contra-ordenacional em concreto, com separação das suas duas fases<sup>144</sup>: fase administrativa<sup>145</sup> – obrigatória e constitucionalmente necessária – e fase judicial – dependente de impugnação<sup>146</sup>.

No que respeita à fase administrativa, o procedimento geral está previsto no RGCO, sem prejuízo de se verificarem regimes especiais como é exemplo a Lei-quadro das contra-ordenações ambientais<sup>147</sup> ou o regime geral das infracções tributárias<sup>148</sup>. Todavia, esses

---

<sup>141</sup> Conferir as posições doutrinárias referidas *supra*.

Repare-se que o número 2 do artigo 1.º RGCO relativo a uma responsabilidade objectiva foi revogado em 1995, o que, de acordo com FIGUEIREDO DIAS (1983: 331) reforçou o princípio da culpa. A propósito deste *v. GARCÍA DE ENTERRIA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ* (1999: 173-174), HUERGO LORA (2007: 359-364, 377-401) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 389).

A posição do Tribunal Constitucional vai no sentido de que vale o princípio da culpa nos termos definidos por FIGUEIREDO DIAS. Contudo, no seu acórdão n.º 85/2012, de 15 de Fevereiro defendeu a inaplicabilidade do princípio em sede contra-ordenacional, referindo que “*O princípio da culpa postula, por um lado, a exigência de uma culpa concreta como pressuposto necessário de aplicação de qualquer pena, e, por outro, a proibição da aplicação de penas que excedam, no seu quantum, a medida da culpa. Mas é sabido que o princípio jurídico-constitucional da culpa (fundado na dignidade da pessoa humana) não vale, como parâmetro, no domínio das contraordenações*”.

<sup>142</sup> O princípio da proporcionalidade, que decorre da Declaração Universal dos Direitos do Homem, funciona como uma caixa de pandora, uma vez que a ele se associam os princípios da justiça, do *ne bis in idem*, da legalidade, da tipicidade e da culpabilidade (GALLARDO CASTILLO, 2008: 213 e 217 e 224). *Vide* artigo 3.º CRP, *v. GARCÍA DE ENTERRIA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ* (1999: 175) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 391-393).

<sup>143</sup> Referindo-se aos princípios da culpa, proporcionalidade e igualdade, o acórdão TC n.º 344/2007, de 6 de Junho, foi favorável à sua vigência no âmbito contra-ordenacional, no entanto, valem de forma distinta. No mesmo sentido vai o acórdão TC n.º 336/2008, de 19 de Junho.

<sup>144</sup> Cf. GOMES DIAS (1984: 102-103) e, para a consideração dessas duas fases, acórdão TC n.º 278/2011, de 7 de Junho e acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Janeiro de 2003, processo 0210733.

<sup>145</sup> O procedimento administrativo sancionatório geral divide-se em algumas fases fulcrais: imputação da contra-ordenação, exercício do direito de defesa pelo arguido, instrução (artigo 54.º/2 RGCO), audição e decisão, *v. LICÍNIO LOPES* (2014b).

<sup>146</sup> Cf. GOMES DIAS (1984: 130-133), LEONES DANTAS (1994) e PEDROSA MACHADO (1998a: 44).

<sup>147</sup> Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, alterada pela Lei n.º 89/2009, de 31 de Agosto.

<sup>148</sup> Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, alterada pela última vez pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro.

mesmos regimes especiais fazem, em geral, remissão directa ou subsidiária para o RGCO, o que implica que os princípios referidos, desde que não afastados expressamente<sup>149</sup>, sejam válidos, ainda que não exista regulação concreta na normatividade especial.

Feita a ressalva, devemos começar por enunciar um princípio que está subjacente a toda a temática que temos vindo a desenvolver, o princípio da reserva de competência das autoridades administrativas tanto na promoção do procedimento sancionatório como na aplicação de coimas e sanções acessórias, caso venham a ter lugar (LICÍNIO LOPES, 2014b)<sup>150 - 151</sup>. Desta feita, vislumbra-se um monopólio exclusivo das autoridades administrativas<sup>152</sup>, que nos envia para a problemática da separação de poderes dentro do poder jurisdicional, com a divisão entre o que pertence à reserva do juiz e o que pertence à reserva da Administração<sup>153</sup>.

Vale aqui também, por maioria de razão, o princípio da legalidade procedimental nos termos do artigo 43.º RGCO que, caso não seja cumprido, constitui fundamento de impugnação judicial. No entanto, este regime fixa casos excepcionais em que, expressamente, admite hipóteses de oportunidade e, neste seguimento, uma certa margem de discricionariedade<sup>154-155</sup>. É o que acontece no artigo 51.º/1 que prevê a possibilidade de

---

<sup>149</sup> O regime sectorial pode estabelecer uma regulação específica como é o caso do artigo 17.º RGIT a propósito do prazo de prescrição.

<sup>150</sup> Está em causa o princípio da oficialidade, v. artigos 48.º e 54.º/1 RGCO. A única menção constitucional de que o conhecimento e sancionamento das contra-ordenações cabe a autoridades administrativas consta do, já referido, artigo 37.º/3 CRP.

<sup>151</sup> Artigo 33.º RGCO.

<sup>152</sup> O monopólio é exclusivo, mas não absoluto, pois são admitidas excepções nos termos do artigo 38.º/1 RGCO, ainda que o n.º 3 retome a reserva da Administração, e do artigo 77.º do mesmo diploma. Ainda assim, são justificadas por via dos princípios da economia processual, da celeridade, bem como por uma lógica de maior consideração do princípio do direito de defesa. Não obstante, os regimes sectoriais podem excluir esta excepção admitida no artigo 38.º/1 RGCO, como acontece no caso dos artigos 360.º/1-e) e 420.º CVM (LICÍNIO LOPES 2014b).

<sup>153</sup> Cf. artigo 37.º RGCO e, a propósito da reserva constitucional de jurisdição administrativa, acórdão do TC n.º 19/2011, de 12 de Janeiro.

Ainda no domínio desta temática, v. CARDOSO DA COSTA (1992: 56-57), SCHMIDT-ASSMANN (2003: 217-219), VIEIRA DE ANDRADE (2011: 47-116) e VÍTOR GOMES (2008: 12-14).

<sup>154</sup> No que tange à promoção do procedimento, tanto o artigo 43.º como o artigo 54.º/1 RGCO referem o princípio da legalidade e não estabelecem excepções, pelo que recebida a denúncia ou participação terá de se instaurar o procedimento, o que leva a que a entidade administrativa fique vinculada de um tríplice ponto de vista: dever de instaurar o procedimento, dever de prosseguir o procedimento sancionatório e dever de aplicar uma sanção se dos factos recolhidos resultar essa punição (LICÍNIO LOPES, 2014b).

<sup>155</sup> Repare-se que o princípio da oportunidade está previsto em ordenamentos como o alemão, o italiano, o egípcio ou o japonês (FERNANDES, 2002: 29 e HUERGO LORA, 2007: 69-71). De resto, também EDUARDO CORREIA defendia a adopção de um modelo simplificado e aberto a este princípio, o que é visível no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho. Contudo, como forma de evitar abusos, foi submetida a aplicação

aplicação de admoestação, fugindo claramente ao princípio geral de que a infracção deve ser punida com uma coima<sup>156</sup>, e é também o que resulta do artigo 89.º-A<sup>157</sup>, ainda que dependente de previsão na lei e de requerimento do condenado, que permite que o tribunal competente para a execução da coima decrete a sua substituição total ou parcial por prestação de trabalho a favor da comunidade.

Vigora identicamente o princípio do inquisitório decorrente do artigo 54.º/2 RGCO e 58.º CPA, que culmina na defesa de uma estrutura distinta da penal<sup>158</sup> exteriorizada na ausência do princípio do acusatório. Mais se acrescenta que associando este princípio ao da proporcionalidade surge um outro, o da investigação e procura da verdade material, nos termos dos artigos 18.º/1 e 21.º/1 RGCO (LICÍNIO LOPES, 2014b).

À semelhança de qualquer procedimento sancionatório tem também lugar a aplicação dos princípios da imparcialidade<sup>159</sup>, igualdade, protecção da confiança, segurança jurídica,

---

da coima ao princípio da legalidade (LUMBRALES, 2006: 223-226). Daqui resulta que o princípio da oportunidade vale apenas nos casos que o legislador expressamente definiu, o que não corresponde ao que se verifica nos regimes sancionatórios especiais, nos quais o princípio é consagrado de forma mais aberta e flexível (SOARES DA VEIGA, 2009: 143, 151-173). Ademais, há Autores que defendem a necessidade de uma maior abertura ao princípio da oportunidade, por todos, PEDROSA MACHADO (2005: 64, n. 41).

<sup>156</sup> Ainda assim, a admoestação não deixa de constituir uma sanção, desde logo porque está em causa um juízo de censura (MOUTINHO, 2008: 37).

Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10 de Março de 2010, processo 918/09.5TBCR.C1, relativo ao pedido de conversão em admoestação de coima aplicada, nos termos do RGCO, por aplicação subsidiária ao Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro, em face da recusa de entrega do livro de reclamações. Uma das grandes questões do aresto residiu na discussão da natureza da admoestação: sanção de substituição próxima da dispensa de pena, sanção autónoma de substituição da coima ou acto preparatório do arquivamento dos autos. Foi entendimento da Relação que está ainda em causa uma medida sancionatória de substituição da coima que é susceptível de ser aplicada em qualquer fase do processo, incluindo a judicial, desde que verificados os seus pressupostos de menor culpa e ilicitude. Consequentemente, vislumbra-se aqui ainda a aplicação do princípio da necessidade, enquanto sub-dimensão do princípio da proporcionalidade.

<sup>157</sup> Possibilidade introduzida com a revisão de 1995.

<sup>158</sup> O Código do Processo Penal concretiza o artigo 32.º/5 CRP optando por uma estrutura acusatória não pura, no entanto, no RGCO esta estrutura acusatória não vale, embora se abra uma possibilidade no artigo 54.º/3 RGCO, assim VILELA (2013: 419).

<sup>159</sup> Surgem dificuldades acrescidas na conjugação do princípio da imparcialidade com o problema da cumulação de poderes na fase procedimental, criticando-se a inexistência do *checks and balances*, mormente na área da regulação, o que lança suspeitas a propósito da condução do processo de forma neutra e isenta, cf. MOUTINHO (2008: 69-73), SANTOS/SOUSA (2011: 408) e SOARES DA VEIGA (2009: 166). Por esta via, o mais correcto seria que essas funções estivessem entregues a entidades distintas, assim PRATA ROQUE (2013: 149-172) e SOARES DA VEIGA (2009: 147-151, 170).

Vide acórdãos TC n.ºs 278/2011, de 7 de Junho, no qual é colocada em causa a imparcialidade da Inspeção-Geral do Ambiente, e 595/2012, de 6 de Dezembro, onde, a propósito da discussão da imparcialidade das autoridades administrativas em processos contra-ordenacionais, é dito que “*diversamente da imparcialidade judicial, a imparcialidade da Administração (das ‘autoridades administrativas’ na terminologia do RGCO) não implica a neutralidade do decisor. As ‘autoridades administrativas’ ainda quando aplicam sanções em*

participação, de acordo com o fixado no artigo 12.º CPA, e colaboração, também previsto no CPA, mais propriamente nos artigos 11.º/1 e 60.º<sup>160</sup>.

A estes princípios acrescem algumas garantias de defesa, nomeadamente a da audição e defesa prevista em específico para o direito contra-ordenacional no artigo 32.º/10 CRP<sup>161</sup>, o que possibilita a extensão de algumas garantias do processo penal a outros procedimentos sancionatórios, salvaguardando o necessário equilíbrio entre os princípios do inquisitório e do contraditório<sup>162</sup>. Ainda assim, discute-se se as garantias concedidas pelo processo penal são ou não mais fortes do que aquelas que se manifestam no direito contra-ordenacional, mormente em face da possibilidade de aplicação de pena de prisão<sup>163</sup>. Neste sentido, o Tribunal Constitucional tem mantido uma posição reiterada de que não se exigem as mesmas medidas garantísticas, pelo que o artigo 32.º/1 CRP não impõe a equiparação. Exemplos disso são os acórdãos TC n.ºs 659/2006, de 28 de Novembro, 487/2009, de 28 de Setembro e 201/2014, de 3 de Março. Contudo, no acórdão n.º 41/2004, de 14 de Janeiro, o Tribunal Constitucional tinha estabelecido que “*Está, porém, consolidado no pensamento*

---

*ilícito de mera ordenação social não dirimem conflitos de interesses públicos e privados: prosseguem o(s) interesse(s) público(s) postos pela lei a seu cargo”*.

O TEDH também foi chamado a pronunciar-se a propósito do princípio da imparcialidade no que toca à sua relação com o artigo 6.º CEDH. Porém, o seu entendimento tem sido o de que não é possível fazer uma avaliação abstracta que permita defender a existência de parcialidade sempre que os poderes estão concentrados numa única entidade, o que ainda é mais premente nos casos em que está prevista a participação e a possibilidade de recurso (GUILHERME CATARINO, 2010: 321, 356-357). De forma semelhante, esta é a posição seguida pelo direito norte-americano que admite a flexibilização do *checks and balances* por força do reforço da *judicial review* e afastamento parcial da *nondelegation doctrine*

<sup>160</sup> Valem também os princípios da publicidade do processo e do segredo de justiça, cf. PASSOS (2006: 298) e VAZ PATTO (2009).

<sup>161</sup> Enquanto manifestação do princípio do *due process of law* que, segundo SCHMIDT-ASSMANN (2003: 362) constitui um pressuposto básico da consciência jurídica comum europeia, funda-se na proibição constitucional de indefesa. Neste ensejo, deve-se conferir o artigo 50.º RGCO que estabelece esta imposição no regime legal e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Novembro de 2002, processo 02P467, que consiste num recurso para fixação de jurisprudência do qual consta a evolução legislativa deste preceito.

V. COSTA PINTO (2013) e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (2010: 740-743).

<sup>162</sup> Artigo 50.º e 53.º RGCO, e artigos 121.º a 125.º CPA.

No que concerne ao exercício do contraditório, veja-se o acórdão do STA de 18 de Junho de 2014, processo 01549/13, relativo a oposição à execução fiscal para cobrança de taxa de portagem, coima e custos administrativos liquidados em virtude da prática de contra-ordenação. A oposição foi apresentada no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga que se julgou incompetente em razão do território e remeteu os autos para o Tribunal Tributário de Lisboa tendo este último rejeitado liminarmente a petição inicial com fundamento em erro na forma de processo e na impossibilidade de convalidação para o meio processual adequado, que considerava ser o recurso, cuja competência pertence aos tribunais comuns. Interposto recurso desta decisão para o STA, foi discutida a amplitude deste direito de audição e defesa, bem como a definição do que cabe à oposição à execução e o que compete ao recurso.

<sup>163</sup> Há autores que defendem que as garantias no direito contra-ordenacional são menores do que as do direito penal, por todos, ALARCÓN SOTOMAYOR (2007: 38-46) e, em sentido contrário, HUERGO LORA (2007: 41).

*constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos (...) E se tal não resulta directamente dos preceitos da chamada Constituição Penal, resultará, certamente, do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2º da Constituição”.*

Pelo nosso lado, entendemos que, de facto, não têm de valer *ipsis verbis* todas as garantias do processo penal, até porque se está na presença de uma fase administrativa à qual se pode suceder uma fase judicial onde não podem ser postergadas. No entanto, há um conjunto de garantias que também têm de ser aplicadas aqui, o que vai de encontro à posição adoptada pelo Tribunal Constitucional.

Por conseguinte, valem: presunção de inocência<sup>164</sup>, *ne bis in idem*<sup>165</sup>, informação, razoabilidade, não autoincriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>166</sup> e fundamentação<sup>167</sup> que, quando incumpridas, geram a nulidade da decisão sancionatória (PRATA ROQUE, 2013: 125).

---

<sup>164</sup> A propósito deste princípio, GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 414), GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1999: 175), HUERGO LORA (2007: 426-427), SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 405-407) e acórdãos TC n.ºs 237/99, de 28 de Abril, onde se coloca em causa a sua possível violação e 269/2003, de 27 de Maio, a propósito da aplicação do *in dubio pro reo* em procedimentos sancionatórios distintos do penal.

<sup>165</sup> O princípio do *ne bis in idem* apresenta-se como um dos pilares do Estado de Direito, além de constituir a consequência lógica e imediata do princípio da legalidade, cf. GALLARDO CASTILLO (2008: 289) e SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 393-395). Ademais, associa-se à regra da preferência da jurisdição penal nos termos do artigo 20.º RGCO, com excepção no artigo 208.º RGICSF.

Porém, não tem uma vigência plena o que facilmente se justifica se tivermos presentes as limitações que vimos no caso das sanções disciplinares. *Vide* n. 105.

<sup>166</sup> O princípio da não auto-incriminação não tem assento constitucional em Portugal, estando apenas consagrado no Código do Processo Penal como direito ao silêncio, não obstante, é admitida a sua relevância em todo o direito sancionatório, o que é confirmado pela jurisprudência do TEDH, sobretudo pelo já referido caso Engel defensor da aplicação deste princípio sempre que esteja em causa “*acusação de natureza penal*” (SILVA DIAS, 2009: 22 e 67-81). A verdade é que tal não significa que o princípio valha completamente, pois admite-se uma certa flexibilização em virtude da sua relação com o princípio da colaboração, pelo que, v.g., é aplicável aos documentos que admitam a infracção, mas não já para os demais, em relação aos quais vigora a colaboração, o que é admitido nos mesmo termos pelo TJUE, cf. PINTO ALBUQUERQUE (2014). Acrescente-se que essas problemáticas de articulação são ainda mais acentuadas no direito contra-ordenacional por força da inexistência de separação entre a entidade que fiscaliza e a entidade que pune.

<sup>167</sup> Como via de garantia da efectiva defesa do cidadão, v. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (1999: 183). Ademais, por se tratar de uma decisão sancionatória, as exigências de fundamentação resultam acrescidas, mesmo próximas das penais, quando comparadas com o acto administrativo “comum”, assim MENDES/CABRAL (2009: 200).

Passando à fase judicial<sup>168</sup>, e por os princípios procedimentais anteriores terem igualmente lugar, limitamo-nos a referir o princípio da tutela jurisdicional efectiva<sup>169-170</sup>. Por esta via, é admissível recurso de decisões condenatórias em coima e sanções acessórias<sup>171</sup> ou em admoestações<sup>172-173</sup>.

É também neste ponto que surge uma importante controvérsia académica a propósito do tribunal competente para o recurso, uma vez que, em geral, em matéria contra-ordenacional, este é interposto para os tribunais comuns, constituindo uma verdadeira excepção num sistema administrativo de tipo francês como é o nosso, e tem apenas lugar no direito contra-ordenacional, já que as demais sanções administrativas, *i.e.*, as sanções administrativas em sentido estrito (DIAS JOSÉ, 1991: 55), são julgadas na jurisdição administrativa.

---

<sup>168</sup> Caso não ocorra recurso a decisão torna-se definitiva, ou seja, exequível, ainda que tenha relevo o artigo 80.º RGCO.

<sup>169</sup> Cf. Artigos 20.º e 268.º/4 CRP, artigo 13.º da Convenção Europeia para a salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e artigos 59.º a 82.º RGCO.

<sup>170</sup> Recuperando o que vimos a propósito do parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81, é o facto de estar consagrada a possibilidade de recurso, bem como a impossibilidade de condenação em sanções privativas da liberdade que torna constitucional a aplicação de sanções contra-ordenacionais pela Administração. O que, acrescente-se vai de encontro ao entendimento do direito europeu, uma vez que também aí se defende a despenalização e desjudicialização dessa actividade punitiva estatal, associada a um papel activo de colaboração com a Administração, sujeita a fiscalização pelos tribunais, cf. PARADA VÁZQUEZ (1972: 91). Neste sentido acórdãos TC n.ºs 158/92, de 23 de Abril, 452/95, de 6 de Julho e 278/2011, de 7 de Junho.

Cf. A. RAQUEL MONIZ (2014), CARDOSO DA COSTA (1992: 64), LEONES DANTAS (1994: 71) e, no sentido da inconstitucionalidade, PEDROSA MACHADO (1998a: 43-47).

<sup>171</sup> As sanções acessórias seguem o mesmo regime de impugnação, podendo ser impugnadas sozinhas ou em conjunto com a sanção principal.

<sup>172</sup> Decorre do artigo 59.º/1 RGCO a impossibilidade de haver recurso de decisões absolutórias ou de arquivamento. No entanto, nos termos do artigo 62.º/2 RGCO, a Administração pode voltar atrás e reformular o processo, não por razões de conveniência ou de oportunidade, mas por razões de legalidade.

<sup>173</sup> O critério geral de recorribilidade consta do artigo 55.º/2 RGCO.

Veja-se, por exemplo, a recente sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, de 7 de Janeiro de 2015, relativa a recurso de contra-ordenação de decisão de aplicação de coima em virtude de prática de infracção contra-ordenacional prevista e punida pelo artigo 7.º da Lei n.º 25/06, de 30 de Julho, por violação do artigo 5.º/1-a) do mesmo diploma. A decisão decretou a nulidade insuprível no processo de contra-ordenação tributária e a anulação dos termos subsequentes do processo com base na falta de elementos constitutivos do tipo contra-ordenacional em causa, sobretudo perante uma descrição factual insuficiente, que onera o cidadão com a necessidade de aceder aos diplomas legais que são invocados para, em termos indirectos, conhecer a factualidade que lhe é imputada. Consequentemente, tal torna insuficiente a imputação da conduta ao agente e tem repercussões ao nível das garantias de defesa constitucionalmente previstas no artigo 32.º/10 CRP. Acresce o facto de não ser referida a moldura contra-ordenacional abstractamente aplicável à contra-ordenação em causa, o que leva a que o cidadão não conheça qual o peso que a sua conduta efectivamente teve, tornando impossível a avaliação do cumprimento do princípio da proporcionalidade.



Neste ensejo, EDUARDO CORREIA defendeu que o recurso deveria ser dirigido para os tribunais administrativos, principalmente, em face das facilidades de compreensão dos vícios do acto administrativo. No entanto, não se manteve fiel a esta posição e, aquando da consagração legislativa no Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, fixou a competência nos tribunais comuns, o que, nomeadamente, gera a transformação, em sede de recurso, da sanção administrativa em sanção penal. Facto é que, à data, essa opção se ficou a dever a alguns factores, entre os quais podemos identificar os poderes de plena jurisdição dos tribunais comuns e a parca distribuição dos tribunais administrativos pelo território nacional<sup>174</sup>.

Repare-se que os elementos da Comissão Constitucional no seu parecer n.º 4/81 defenderam não se estar na presença de recurso em sentido técnico, processual ou análogo ao recurso de anulação<sup>175</sup>, mas sim perante “*uma forma de impugnação de uma decisão sancionatória não definitiva que tem como característica a atribuição de plena jurisdição aos tribunais encarregados de julgar as questões de facto e de direitos relativos ao domínio do ilícito de mera ordenação*” (LUMBRALES, 2006: 110-111). Ainda assim, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, referindo a existência de críticas à opção legislativa, defende que esta foi a melhor solução, pelo menos enquanto solução imediata e eventualmente provisória, que constituía, de igual feita, a solução normal de direito comparado<sup>176</sup>. Ademais, esta solução não colide com o facto de se estar perante acto administrativo, por força do entendimento jurisprudencial e doutrinário do artigo 212.º CRP.

Actualmente a questão esgrima-se em outros moldes. Parte dos critérios que estiveram subjacentes à decisão legal já não se mantêm, principalmente porque foram atribuídos poderes de plena jurisdição aos tribunais administrativos. A este argumento acresce o facto de, em Portugal, as autoridades administrativas não estarem habilitadas a aplicar sanções privativas da liberdade, ao contrário do que acontece na Alemanha, onde inclusivamente se admite a conversão de coima em prisão subsidiária e a aplicação de prisão preventiva. Por esta via, reúnem-se hoje várias razões a favor da competência dos tribunais

---

<sup>174</sup> A propósito das várias razões, cf. CARDOSO DA COSTA (1992: 56-61) e PRATA ROQUE (2013: 137-138).

<sup>175</sup> Vide artigo 46.º RGCO.

<sup>176</sup> De facto, em Portugal, Itália e Alemanha o recurso é para os tribunais comuns, já em Espanha é para os tribunais administrativos, embora tal não seja aceite de forma unânime pela doutrina, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 427-430), HUERGO LORA (2007: 406), LICÍNIO LOPES (2014a: 23, n. 73 e 74) e PARADA VÁZQUEZ (1972: 92).

administrativos: orgânica, material, normativa, procedimental e funcional (LICÍNIO LOPES, 2014a: 23-24 e 2014c).

Do mesmo modo, hoje existe um conjunto de *nuances* em relação a essa competência jurisdicional. De facto, os tribunais comuns podem ter a competência geral para a decisão do recurso nos termos do artigo 130.º/1-e) LOSJ, como acontece com as contra-ordenações rodoviárias ou ambientais, mas há um conjunto de competências específicas que a vêm contrariar impondo o recurso para o Tribunal da Propriedade Intelectual quando está em causa o INPI, para o Tribunal da Concorrência, da Supervisão e da Regulação nos casos da AdC, ANACOM, BdP, CMVM, ERC, ISP e demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e de supervisão, para as secções de trabalho nos casos de direito laboral e de segurança social e para os tribunais fiscais quando estão em causa contra-ordenações tributárias. Concludentemente, temos por isso, tribunais especializados que julgam como se fosse *ex novo* com jurisdição plena (NUNO BRANDÃO, 2014)<sup>177</sup>.

Ademais, o recurso está limitado em função do artigo 72.º-A RGCO que fixa o princípio da proibição da *reformatio in pejus*<sup>178</sup>, porém o problema está em que este não constitui um princípio absoluto, tendo sido derogado em específico no caso da Autoridade da Concorrência e nas sanções ambientais<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Artigos 111.º/1-e), 112.º, 113.º/1-t) e 126.º/2 da LOSJ e o artigo 53.º RGIT.

Em face destas possibilidades, a proposta de reforma do ETAF, de acordo com a qual vai ser acrescentada uma alínea l) ao artigo 4.º que passará a englobar as “*impugnações judiciais de decisões da Administração Pública que apliquem coimas no âmbito do ilícito de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo em matéria de urbanismo*” não constitui uma novidade. Cf. LICÍNIO LOPES (2014a: 7).

Ainda assim, se há Autores que defendem a competência dos tribunais administrativos como é o caso de PEDROSA MACHADO (1998a: 44), uma vez que, caso contrário, se coloca em causa a natureza contínua do procedimento; há outros autores que, sopesando as vantagens de uns e outros tribunais e reconhecendo a possível competência de ambos, tendem para os comuns, por força da melhor tutela de direitos e interesses conferida, assim CARDOSO DA COSTA (1992: 66) e LUMBRALES (2006: 112-113 e 225).

<sup>178</sup> Ainda que admita uma excepção de agravamento no seu número 2, que impõe o cumprimento do artigo 32.º/10 CRP, v. SANTOS/SOUSA (2011: 532).

Este princípio não é exclusivo do nosso ordenamento jurídico, uma vez que, por exemplo, vigora em Espanha (HUERGO LORA, 2007: 413), embora, à semelhança de Portugal, nem sempre tenha sido assim (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1976: 430). Também tem lugar na Áustria e em França (GUILHERME CATARINO, 2010: 764/766).

Em sentido contrário e por força das concepções que partilham em relação ao direito contra-ordenacional e ao recurso como algo *ex novo*, este princípio não encontra refúgio nem na Alemanha (VILELA, 2013: 385), nem em Itália (HUERGO LORA, 2007: 68-69 e 402).

<sup>179</sup> Cf. artigos 75.º LQCA, 416.º/8 CVM, 222.º/2-d) RGICSF, 88.º do Regime Jurídico da Concorrência e NUNO BRANDÃO (2014).

## Capítulo II - Emergência do novo modelo de regulação entre o Estado e a economia: Estado Regulador

1. Criação de um Estado Regulador: a diferente origem no modelo anglo-saxónico e no modelo continental<sup>180\_181</sup>

O advento da regulação não caminhou o mesmo trilho nos vários ordenamentos jurídicos, ainda assim, é possível identificar dois modelos criados com base em diferentes entendimentos de Estado e da relação deste com o mercado – o *modelo anglo-saxónico* e o *modelo continental* - que, posteriormente, vieram a convergir<sup>182</sup>.

### 1.1. Modelo anglo-saxónico

No modelo anglo-saxónico, o Estado assumia uma função minimalista, com reserva de actuação em áreas residuais de entre as quais se destaca a segurança<sup>183</sup>. Por conseguinte, o fornecimento de bens e serviços estava entregue ao mercado, cumprindo-se a tese do funcionamento pleno associado à ideologia da *mão invisível* de Adam Smith<sup>184</sup>. Não obstante, em alguns sectores, verificava-se a tendência natural para a formação de monopólios - como nos domínios da energia, das telecomunicações e dos transportes – o que originou, nos finais do século XIX/inícios do século XX, a criação das agências (GUILHERME CATARINO, 2010: 94-96 e NOLL, 2001: 36-37)<sup>185</sup>.

Facto é que, o quadro de crença absoluta no mercado regada por uma ínfima intervenção pública não logrou obter resultados positivos, desde logo, por se terem

---

O facto de as leis especiais estarem a admiti-la significa um recuo, um retorno a *arcaicos pré-modernos* (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1976: 200 e HUERGO LORA, 2007: 414-415), que, inclusivamente, põe em causa a constitucionalidade da norma na sua relação com o princípio da tutela jurisdiccional efectiva. Esta é a posição perfilhada por NUNO BRANDÃO (2014) com a qual concordamos.

<sup>180</sup> O fenómeno da regulação não é recente, o que é novidade é o alcance que hoje adquire, cf. ARNAUD (2008: 86), PURVIS (2002: 32) e SCHMIDT-ASSMANN (2003: 37).

<sup>181</sup> Vamos ter aqui em conta algumas das discussões levadas a cabo na disciplina de Direito Administrativo II do ano lectivo 2013/2014, sob regência do Senhor Professor Doutor PEDRO GONÇALVES.

<sup>182</sup> A propósito deste ponto, v. PAZ FERREIRA/SILVA MORAIS (2009).

<sup>183</sup> O poder público era, em grande medida, regido através da política dos *lobbies* com desrespeito por valores básicos, pelo que MAJONE definia o Estado como um “*Estado de partidos e de juízes*” (*apud* GUILHERME CATARINO, 2010: 93-94).

<sup>184</sup> Sobre esta teorização, por todos, cf. AVELÃS NUNES (2007: 173-261).

<sup>185</sup> Questão a que voltaremos mais à frente.

verificado falhas de exercício que conduziram à Grande Depressão de 1929. Destarte, este novo panorama motivou uma mudança do tipo de Estado, manifestada na criação do *Welfare State*, e no necessário reconhecimento de que este tem de surgir no domínio económico<sup>186</sup>. Concludentemente, o Estado despontou como o ente que define as regras de funcionamento do mercado em dois importantes domínios: o dos monopólios naturais, com a incentivação das *regulatory agencies*<sup>187</sup>, e o do sector económico.

## 1.2. Modelo Continental

Em contraposição, no modelo continental tínhamos *Estados de Serviço Público* claramente interventivos (PAULO OTERO, 2003: 298), que optavam pela prestação pública directa, sobretudo nas áreas propensas à formação de monopólios<sup>188</sup>, cabendo-lhes, igualmente, a “*definição e execução da política económica*” (ANA NUNES, 2002: 21)<sup>189</sup>. Neste ensejo, o cânone em vigor era o de um Estado produtor, proprietário e prestador (BLANCO DE MORAIS, 2012: 189-192), cuja intervenção se estendia aos seus vários graus, inclusivamente, ao nível municipal<sup>190</sup>. Desta feita, a resposta em relação à problemática da protecção dos cidadãos e das falhas de mercado resultantes, principalmente, dos monopólios naturais, foi distinta (SWAN, 2002: 2)<sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> O que se efectivou, designadamente, com a política do *New Deal* de FRANKLIN ROOSEVELT.

<sup>187</sup> Na sequência do *New Deal*, o Congresso criou agências reguladoras independentes puramente económicas como forma de reacção às *reformas intervencionistas do Presidente*, v. GUILHERME CATARINO (2010: 376).

<sup>188</sup> Aos Estados sempre coube a prestação de um conjunto de tarefas de entre as quais se destaca a defesa e a justiça. Todavia, a partir do século XIX, a posição pública na prestação de serviços desenvolveu-se abruptamente por força de um conjunto de factores: aparecimento do Estado assistencial no domínio das actividades claramente deficitárias ou onde não se verificava a existência de iniciativa privada; construção de infra-estruturas, como ferrovias, em que o Estado passa, definitivamente, para o domínio da prestação económica, contrariando a ideologia liberalista; realização de actividades empresariais, seja por força da inércia resultante da primeira guerra mundial que implicou uma assunção da direcção de indústrias estratégicas por parte dos Estados, seja porque surgiram novas actividades que, além de constituírem interesse estratégico, tinham que ser prestadas em regime de monopólio, ou ainda devido à ideologia socialista, que propugnou uma política de nacionalização de empresas básicas, *permitindo a realização do princípio marxista da propriedade pública dos meios de produção* (SANTAMARÍA PASTOR, 2002b: 301-305). No que respeita ao movimento histórico de consagração da prestação pública dos serviços e às várias tentativas de delimitação do que é o serviço público, cf. SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 299-300, 306-310).

<sup>189</sup> Desta forma, este modelo era moldado em função dos interesses políticos (SANTAMARÍA PASTOR, 2002a: 664-665).

<sup>190</sup> A Administração local criou mercados municipais nas mais variadas áreas, como a dos transportes e da água, estando em causa o, comumente designado, *socialismo municipal*, v. SANTAMARÍA PASTOR (2002b: 304) e SCHMIDT-ASSMANN (2003: 32-33).

<sup>191</sup> As concepções sobre aquilo que pode ou não constituir um monopólio natural não são unânimes. Um dos exemplos mais marcantes é encontrado em POSNER, defensor de que existe monopólio natural quando a

O modelo caracterizava-se, assim, por uma posição centralizadora do Governo enquanto vértice máximo da pirâmide organizacional administrativa, o que implicava a consideração estreita do princípio da separação de poderes, que, como veremos *infra*, foi colocado em causa com a aparição das autoridades reguladoras independentes (PAULO OTERO, 2003: 315-317). Acresce a circunstância de esta actuação estatal ter sido reforçada com o Estado Social e a necessidade assistencial do pós-guerra, sendo que os exemplos máximos de ingerência se encontram nos países da Escandinávia (PURVIS, 2002: 35-36).

### 1.3. Aproximação dos modelos

O anterior quadro organizatório e económico bifurcado entrou em crise por volta da década de 70/80 do século passado. Começaram, então, a ser ensaiadas novas experiências povoadas pelas ideologias da neoliberalização e privatização<sup>192</sup> integrantes do movimento da *desregulação*<sup>193</sup>. Este, enquanto arquétipo de inspiração liberal anglo-saxónica, era caracterizado pela defesa de um decréscimo do Estado na economia<sup>194</sup>, assente numa modalidade de *intervenção teleológica e instrumentalmente diversa*, cujos antecessores são STIGLER e PELTZMAN (GHERTMAN, 2009: 353, GIANI, 2002: 73-74e PELTZMAN, 2007: 136-137). Ademais, a esta compreensão de (re) defesa da intervenção mínima na economia, deve associar-se a revolução tecnológica que ditou a abolição dos monopólios naturais<sup>195</sup> e potenciou a concorrência na rede.

De facto, no modelo anglo-saxónico, onde se começou a desenhar a viragem, a grande modificação teve por base a doutrina do *new public management*<sup>196</sup> e a sua vinculação ao princípio da eficiência, o que implicou a remissão da Administração para as

---

totalidade da procura pode ser satisfeita, a menor custo, por uma única empresa em vez de duas ou mais, o que nos leva à conclusão de que haverá monopólio natural independentemente do número de empresas existentes no mercado relevante, cf. NESTER (2006: 39).

<sup>192</sup> Com os contributos marcantes de dois importantes estadistas - REAGAN e TATCHER - e de escolas de pensamento relevantes, de entre as quais se destaca o movimento *law and economics*, na senda das teorias da *public choice*, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 137, 198-199).

<sup>193</sup> Vide PURVIS (2002: 37-39).

<sup>194</sup> De acordo com o pensamento liberal de FRIEDMAN e HAYEK (ARANGUREN, 2011: 844).

<sup>195</sup> O primeiro foi o das telecomunicações.

<sup>196</sup> Enquanto novo modelo de gestão pública marcado por várias reformas, como a redução de custos e da burocracia, e por uma aposta em novos valores, como a transparência e a concorrência (ARANGUREN, 2011: 842). A propósito da integração da doutrina do *new public management* na administração local, cf. GOMES CANOTILHO (2001: 720-722).

suas funções típicas, deixando as actividades económicas para o domínio privado, mormente com o recurso a programas de privatização formal, funcional ou substancial (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 47), acompanhado pela aposta em instrumentos como o *contracting out* e numa nova leva de criação de *agencies*<sup>197</sup>. Consequentemente, este funcionamento pró-mercado é completado por um reforço do movimento regulatório, que deixa de se cingir à actuação nas áreas de monopólios, e se transforma numa actuação mais generalizada votada à tentativa de construção de um mercado.

Por sua vez, no modelo continental, a transposição das novidades anglo-saxónicas e, em certa medida, da formulação subjacente, impôs a emergência de novos institutos jurídicos, como o contrato de regulação<sup>198</sup>, e de novas formas de organização administrativa. Neste ensejo, assiste-se à entrega da produção e prestação dos bens e serviços ao mercado, de acordo com uma lógica de passagem do monopólio público para o regime de concorrência, num movimento designado de *contra-revolução liberal*<sup>199</sup>, nitidamente vocacionado para os interesses do sector privado, ditando a diminuição da burocracia e do intervencionismo que então se faziam sentir. Acresce aqui o facto de a desagregação ter sido, em larga escala, favorecida pela criação da Comunidade Económica Europeia, hoje União Europeia, que estabeleceu como um dos seus principais objectivos a instituição de um mercado interno, alimentado pela promoção de quatro liberdades fundamentais, não compatíveis com uma política de ingerência pública.

A contextualização explanada culminou na defesa doutrinal de uma retracção do Estado<sup>200</sup>. Todavia, esse suposto recuo não significou a demissão das suas funções, principalmente, porque se mantém a obrigação de prossecução do interesse público<sup>201</sup>, que apenas é cumprida se o Estado conservar uma certa capacidade de influência e de controlo

---

<sup>197</sup> Nos anos 60/70 verificou-se um novo movimento de *agencies* ancorado na fórmula dos direitos humanos (GUILHERME CATARINO, 2010: 105).

<sup>198</sup> Sobre esta temática, cf. PEDRO GONÇALVES (2013b: 23-29, 91-142).

<sup>199</sup> Segundo PEDRO GONÇALVES (2006: 535, 536-539), as duas últimas décadas do século XX devem ser associadas ao início de um “*movimento de inversão de rota*”, no sentido de uma “*contracção quantitativa da intervenção pública*”. Assim, completando com PAULO OTERO (2003: 300), “*o monopólio público deu lugar à liberdade de empresa e a gestão pública em regime de privilégio transformou-se numa gestão (pública ou privada) sujeita ao Direito comum*”.

Veja-se também PEDRO GONÇALVES (1999: 7-19).

<sup>200</sup> São relevantes as *políticas de emagrecimento* do Estado analisadas pela doutrina alemã, cf. S. TAVARES DA SILVA (2008b: 3-4).

<sup>201</sup> Vide PEDRO GONÇALVES (2013b: 12-14, 56) e VIEIRA DE ANDRADE (1993).

(MADUREIRA PRATES, 2005: 40-49). Por conseguinte, a defesa de uma via menos intervencionista não desembocou no retorno ao Estado Liberal puro, mas sim na ocupação de um *middle term* – o do Estado Regulador de Garantia<sup>202-203</sup> – no qual a regulação assume um carácter de direcção (S. TAVARES DA SILVA, 2011: 166), de incentivo e de promoção da realização desses mesmos interesses públicos. Por esta via, “*O Estado de Garantia não é o Minimalstaat da época liberal nem o Maximalstaat do século XX*” (PEDRO GONÇALVES, 2013b: 55), e, acrescentamos, o que se verifica é, na realidade, a transformação do Estado levada a cabo com o patrocínio do próprio (PURVIS, 2002: 41-42). Não nos associamos, portanto, às correntes doutrinárias que afirmam o afastamento do Estado, optamos, sim, por um posicionamento próximo do adoptado por SWAN (2002: 14), de acordo com o qual, os Estados têm hoje o mesmo poder ou até mais do que aquele de que eram titulares anteriormente, o que é comprovado pela ampla possibilidade de intervenção indirecta que se faz sentir e pelo reforço da posição internacional e europeia<sup>204</sup>. Defendemos assim, que a redução formal perspectivada no domínio da execução directa, não foi acompanhada por uma redução material do posicionamento de Estado.

Ressalve-se ainda que, esta transformação não implicou a substituição do Estado Social, nem do Estado Prestador. O que se verificou foi a sua reformulação com a divisão de tarefas a ser ponderada em termos diversos, decorrentes, particularmente, do facto de o

---

<sup>202</sup> Sabemos que a regulação é um termo polissémico e multinacional (FRIER, 2005: 69). A título de exemplo, PEDRO GONÇALVES (2006: 540) diz-nos que o conceito de regulação é “*assumido como categoria conceptual que identifica uma intervenção estadual externa na esfera da economia, do mercado, e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial*”. Assim, o que está em causa é “*um sistema de influência, de orientação e de controlo de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas; esse sistema pode revelar-se de uma forma positiva (na feição de comandos, directrizes ou recomendações) ou de uma forma negativa (na veste de proibições, limitações ou advertências) e utiliza, no seu, instrumentarium, a edição de normas, bem como a adopção de medidas de implementação e de reacção à infracção do que aquelas normas estabelecem*”. No mesmo sentido, na esteira de VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇAS (2003: 14) o conceito gira em torno de duas ideias basilares “*o estabelecimento e implementação de regras, de normas, e a manutenção ou garantia de funcionamento equilibrado de um sistema*”. Por sua vez, a OCDE (2003: 14) defende que a regulação “*refers to the diverse set of instruments by which governments set requirements on businesses and citizens*”.

Ainda a propósito, cf. GOMES CANOTILHO (2001: 708) e PEDRO GONÇALVES (2010: 990).

<sup>203</sup> Estamos perante aquilo que a doutrina alemã designa como *Kooperativer Staat* ou *Kooperative Verwaltung*. Em relação aos instrumentos jurídicos de realização do Estado de Garantia, v. PEDRO GONÇALVES (2013b: 78-79).

<sup>204</sup> No mesmo sentido, PAULO OTERO (2003: 301-302) defende que “*intervenção administrativa não é hoje menor do que era antes da liberalização económica: ela é diferente*”, pelo que o recuo não pode ser visto num sentido de retrocesso, o que ocorre é a criação de novos mecanismos institucionais que assentam num novo valor – o da colaboração. Cf. também PEDRO GONÇALVES (2006: 538), que se refere à retracção do Estado, mas no sentido de que esse recuo é compensado pelo avanço do Estado de Garantia, e SCHMIDT-ASSMANN (2003: 37).

Estado regulador ter ficado reservado para as áreas que correspondiam aos grandes serviços públicos clássicos, *i.e.*, para a regulação das *commodities*, arriscando uma sobreposição de competências<sup>205</sup>. Concludentemente, a época que vivemos é a do Estado *pós-social*, com a assunção de uma posição de Estado incentivador e facilitador da actuação dos privados, pelo que cabe a estes últimos a prossecução de interesses públicos em exclusivo ou em concorrência com o Estado<sup>206</sup>.

Neste caso, passa a vigorar uma teoria de partilha de responsabilidades entre público e privado<sup>207</sup>, em que ainda que o papel preponderante pertença a este último, a realidade demonstra que se encontra estreitado por uma posição de Estado omnipresente, cumprindo a caracterização da regulação como regulação participada (SWAN, 2002: 9). Desta forma, o relacionamento entre Estado e Mercado transpõe o antagonismo<sup>208</sup> e começa a ser envolvido numa lógica de complementaridade em que um implica o outro<sup>209</sup>, mormente porque o funcionamento livre do mercado não passa de uma utopia<sup>210-211</sup>.

Em conclusão, com esta nova lógica, e apesar da evolução dogmática diferenciada, nos finais dos anos 80/inícios dos anos 90, sobreveio uma aproximação de regimes com o

---

<sup>205</sup> O Estado pode assumir um duplo posicionamento – Estado Prestador e Estado Regulador - como se verifica nos sectores fracturantes da saúde e da educação.

<sup>206</sup> Sobre este ponto, *v.* PEDRO GONÇALVES (2013b: 30).

<sup>207</sup> Associada à doutrina alemã de activação de responsabilidades privadas, utilizada, por exemplo, a propósito da segurança dos produtos que se põem no mercado. Daqui resulta uma nova ideologia à qual está subjacente uma relação bilateral que se demarca por uma associação entre um papel mais activo do privado e uma maior eficiência que se passa a exigir à Administração (PAULO OTERO, 2003: 299-300). Conferir PEDRO GONÇALVES (2013b: 53-54).

<sup>208</sup> Numa negação clara do mercado regido pela doutrina da mão invisível, *v.* SALDANHA SANCHES (2000).

<sup>209</sup> Segundo CASSESE (2001: 607-608) dá-se uma assimilação do primeiro pelo segundo.

<sup>210</sup> Se é verdade que os serviços não podem estar na dependência do Estado, também não podem ser entregues, pura e simplesmente, à lógica do mercado e da *capacidade aquisitiva* de cada um (VITAL MOREIRA, 2003b: 181), *maxime* porque a falácia do mercado livre, as falhas de mercado e a assimetria informacional levam a que o Estado não se possa retirar completamente (NESTER, 2006).

<sup>211</sup> Sem prejuízo de existirem outras teorizações que colocam a origem da regulação como uma via de benefício de interesses privados conducentes à obtenção de apoio político, esta foi, maioritariamente, associada à correcção de falhas no mercado, inseridas no contexto das teorias do interesse público (CONFRARIA, 2011: 67-68). Não obstante, independentemente da posição mais ou menos publicista, esta visão tradicional está superada, o que não é isento de críticas, nem é insusceptível de levantar dúvidas, *cf.* CASTRO GUERRA (2001: 135-136), COLAÇO ANTUNES (2008: 145), CONFRARIA (2011: 148-149), CUSTOS (2005: 159-165), GOMES CANOTILHO (2001: 718-719), PEDRO GONÇALVES (2006: 538-539), SCHMIDT-ASSMANN (2003: 130, 170-171, 257), S. TAVARES DA SILVA (2008b: 3-4 e 402-403), VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS (2003:13 e 16) e WEBB (2001: 243).



crescimento do Estado anglo-saxónico<sup>212</sup> e a transformação do Estado europeu, o que conduziu a uma resposta convergente de liberalização e regulação através da aposta num modelo que fica a meio caminho entre ambos. Desta feita, corrobora-se a tese de que a desregulação *per se* não funciona e a aposta tem de residir, inevitavelmente, na *re-regulação*<sup>213</sup>. É este o raciocínio que, *v.g.*, está subjacente ao movimento de alforria dos serviços públicos clássicos<sup>214</sup> que se transformaram em Serviços de Interesse Económico Geral – SIEG – caracterizados como *elementos constitutivos do modelo social europeu*<sup>215</sup> que “*combinam a livre prestação de actividades com uma diferente fundamentação dos poderes administrativos de intervenção e as obrigações de serviço público*” (GUILHERME CATARINO, 2010: 200)<sup>216\_217</sup>.

---

<sup>212</sup> A conclusão de PRIEST (2007: 251) de acordo com a qual “*Regulation by commission represents the most sustained form of government interference in the otherwise competitive marketplace of the United States*” é claramente demonstrativa disso.

<sup>213</sup> De acordo com S. TAVARES DA SILVA (2008b: 5, 18-19), podem associar-se *três postulados fundamentais ao Estado Regulador: privatização, liberalização e desregulação-(re) regulação*, e é precisamente neste último postulado que se integra a administração independente. Ainda a este propósito *vide* CASTRO GARCÍA-MORATO/ARIÑO ORTIZ (2003: 11-12), FERNANDA MAÇÃS (2006: 21-22), FERREIRA MONTE (2009: 251) e GHERTMAN (2009: 367).

<sup>214</sup> Em especial nos domínios das redes, *v.* VITAL MOREIRA (2003b: 181).

<sup>215</sup> Definição orquestrada pelo Comité Económico e Social Europeu (S. TAVARES DA SILVA, 2008b: 29).

<sup>216</sup> Daqui resulta a substituição da noção de serviço público francês e germânico, pelo conceito anglo-saxónico de serviço universal ou serviço de utilidade pública (S. TAVARES DA SILVA, 2008b: 23). Ainda assim, estes ocasionam algumas incertezas, particularmente no que toca à sua associação com o princípio da concorrência. Seguindo o entendimento de CUSTOS (2005: 158) de acordo o qual a separação entre concorrência e regulação passou a ser muito ténue, parece-nos que a concorrência não deixa de constituir um elemento característico destes serviços, o que se exige é uma maior actuação estadual, fundamentada na relevância social de que são titulares (VITAL MOREIRA, 2003b: 181), tendente a possibilitar o equilíbrio entre mercado e Estado. No mesmo sentido segue DULCE LOPES (2003: 154) que se refere aos SIEG como “*a noção que melhor opera uma ponderação entre o princípio comunitário da liberdade de concorrência e os direitos fundamentais de iniciativa privada e de estabelecimento, por um lado, e as exigências de interesse geral, por outro*”, logo, o que está em causa é uma nova roupagem do serviço público.

<sup>217</sup> Os SIEG já constavam da versão originária do TCE, mas foram, posteriormente, alvo de maior atenção, tanto por força da acção da Comissão, por exemplo, com a COM (2000) 580 final, de 20 de Setembro de 2000, COM (2002) 280 final de 5 de Junho de 2002, COM (2003) 270 final, de 21 de Maio de 2003, da qual consta o Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral, e COM (2004) 374 final, de 12 de Maio de 2004, onde encontramos o Livro Branco sobre Serviços de Interesse Geral; como do TJUE através de casos dilacerantes como o caso *Corbeau*, C-320/91, de 19 de Maio de 1993, relativo a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Tribunal de Première Instance de Liège* respeitante à interpretação dos artigos 86.º e 90.º do Tratado, actuais artigos 102.º e 106.º.

Actualmente, são regidos por um conjunto de disposições como seja o artigo 14.º TFUE, de acordo com o qual “*Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º do Tratado da União Europeia e nos artigos 39.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados membros, dentro do limite das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário,*

Não obstante, mesmo tendo presente o percurso evolutivo de que demos conta, a questão permanece na ordem do dia e está longe de estar concluída, em especial por força da crise económico-financeira que se faz sentir, que tem conduzido a uma nova discussão a propósito de uma possível metamorfose do Estado Regulador, por exemplo, no que diz respeito ao reforço do Estado Regulador de Garantia (PEDRO GONÇALVES, 2013b: 29-46).

## 2. Globalização e Europeização

### 2.1. Globalização

O espaço internacional não é imutável, o que é comprovado, por exemplo, com a chamada à colação do movimento de superação do modelo clássico de direito internacional público pelo modelo moderno (FERREIRA DE ALMEIDA, 2003: 29-55), determinante, designadamente, para a diversificação dos sujeitos de direito internacional, em especial com o aparecimento de novos entes, como as organizações internacionais<sup>218</sup>. Estas, enquanto titulares de poderes autónomos, de personalidade jurídica internacional e de estrutura orgânica própria, foram colocadas ao lado das Convenções e Acordos Internacionais, e trouxeram uma nova forma de compromisso<sup>219</sup>, ainda que, também aqui, assente numa vinculação estatal voluntária. Por conseguinte, estas novas entidades assumiram funções de destaque na cena internacional, *maxime* no que tange à regulamentação, onde passaram a ocupar a posição cimeira com a emissão de actos cujo grau de vinculatividade é variado – *hard law* e *soft law* –, como por exemplo, as Resoluções do Conselho de Segurança da ONU ou as Recomendações da Assembleia Geral da mesma organização.

---

*estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços*”. Também o artigo 106.º/2 do mesmo Tratado dispõe que “*As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União*”. Veja-se, ainda, o artigo 1.º do Protocolo relativo aos Serviços de Interesse Geral e o artigo 36.º da CEDH nos termos do qual “*A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados a fim de promover a coesão social e territorial da União*”.

Para mais desenvolvimentos, por todos, CALVÃO DA SILVA (2008) e PEDRO GONÇALVES (2013b: 60-63).

<sup>218</sup> Integram o domínio dos sujeitos secundários de direito internacional público ao lado dos povos não autónomos, dos insurrectos e do indivíduo. O lugar de sujeitos primários cabe, obviamente, aos Estados. Cf. FERREIRA DE ALMEIDA (2003: 39-45).

<sup>219</sup> Que, de acordo com MÖLLERS (2013: 195), é mais forte.

A esta mudança de cariz subjectivo associa-se uma modificação substancial, com a promoção de novos princípios, como o da paz e segurança internacionais, ou o da dignidade e protecção da pessoa humana<sup>220</sup>, mas também a vigência de novos valores que passam a ser salvaguardados a uma escala hierarquicamente superior<sup>221</sup>. Esta nova dinâmica impôs o estabelecimento de uma hierarquia de normas de protecção, com o aparecimento das normas *ius cogens*, e um conjunto de obrigações de eficácia generalizada que vinculam os Estados perante toda a Comunidade Internacional - as obrigações *erga omnes*.

É na sùmula destas duas mutações que entendemos residir a génese do que veio a constituir o ulterior movimento da globalização, uma vez que foram aqui aprofundadas as bases de um relacionamento mais institucionalizado, assente na construção e protecção dos interesses globais, cuja maior repercussão reside na flexibilização do conceito de soberania estadual (P. GALVÃO TELES, 2008: 99-106)<sup>222</sup>. Nesta senda, o fenómeno da *globalização* apresenta-se como um movimento de carácter multidisciplinar potenciado pela transnacionalização económica, social<sup>223</sup>, tecnológica<sup>224</sup> e cultural, que impôs a desagregação dos limites do princípio da territorialidade<sup>225</sup> e o estabelecimento de novos tipos de relações, em especial, as comerciais e de cidadania<sup>226</sup>. Constrói-se, assim, a famosa sociedade em rede - *network society* – configurada como uma *rede social global* baseada na ideia de cooperação internacional (SCHMIDT-ASSMANN, 2008: 110-112)<sup>227</sup> e que, se nos é

---

<sup>220</sup> A matéria dos direitos humanos adquire amplo destaque neste domínio de internacionalização, v. GONÇALVES/GUIBENTIF (2008: 8 e 14).

<sup>221</sup> Destaca-se o sector do ambiente, sobretudo em função da Convenção de Aarhus sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça, de 1998, assinada pela União Europeia e pelos Estados-membros, que principiou o caminho para a *global administrative environmental law* que se visa alcançar (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 25-38). Ainda neste ponto, conferir SCHMIDT-ASSMANN (2003: 130, 142-143)

Como repercussão desses valores a nível nacional podemos referir a recente aprovação de legislação em matéria de aplicação de taxas aos sacos plásticos de gramagem leve, cf. Lei n.º 82-D/2014, de 31 de Dezembro e Portaria n.º 286-B/2014, de 31 de Dezembro.

<sup>222</sup> Ainda que os actores deste movimento sejam outros, no caso as empresas e os cidadãos, v. DARNACULLETA I GARDELLA (2005: 41-44).

<sup>223</sup> Com os vários movimentos migratórios, cf. PURVIS (2002: 43).

<sup>224</sup> Através do desenvolvimento de infra-estruturas e das vias de informação e de comunicação em rede.

<sup>225</sup> No que concerne ao princípio da territorialidade, vide PRATA ROQUE (2014a: 62-146, 1124).

<sup>226</sup> Segundo ARANGUREN (2011: 833) “A mundialização é um fenómeno multidimensional de processos complexos e interdependentes com um dinamismo próprio”.

<sup>227</sup> Essa cooperação manifesta-se tanto através de instrumentos de cariz vertical, como horizontal (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 40). Como exemplo recente de cooperação internacional temos a constituição do FATCA – *Foreign Account Tax Compliance Act* – com o intuito de combate à evasão fiscal de cidadãos norte-americanos, e a consequente aprovação europeia da Directiva 2014/48/UE, do Conselho, de 24 de Março de 2014, que alterou a Directiva da Poupança, Directiva 2003/48/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003, harmonizada,

permitida a identificação, tem alguma proximidade com o funcionamento das quatro liberdades fundamentais europeias, ou pelo menos, com a lógica que lhes subjaz.

Todavia, não se verificou a transnacionalização político-democrática, pelo que a esta conjuntura globalista não corresponde uma organização política, o que culmina na constatação de um vazio institucional (SCHMIDT-ASSMANN, 2008: 105-106 e S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 19-24). Ainda assim, é em face desta manifestação de direito sem Estado que surge o *direito administrativo global*<sup>228</sup>, subjugado à ideologia de *cooperação sem soberania* (CASSESE, *apud*, S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 20), o que implica a interacção entre os vários intervenientes da cena internacional<sup>229</sup>. Acrescente-se que a sua origem se encontra na *governance* da internet<sup>230</sup>, onde se registam algumas críticas, nomeadamente, pelo facto de o ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* - ter sede nos EUA com implicações no que respeita à influência do governo norte-americano (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 21-24).

Desta dinâmica resulta, inevitavelmente, um direito administrativo internacional actualizado<sup>231</sup>, que passa a albergar os regimes jurídicos sectoriais criados pelas organizações internacionais<sup>232</sup>, as normas concebidas a nível internacional que se impregnam nos sistemas jurídicos estaduais e o direito vocacionado para a resolução de litígios normativos advenientes da cooperação (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 25).

## 2.2. Europeização

---

nomeadamente, com o *Common Reporting Standard* da OCDE. Outro exemplo de cooperação é-nos dado pelo plano BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan* - apresentado pela OCDE em 2013.

<sup>228</sup> Em relação a este novo direito, v. PRATA ROQUE (2014a: 499-517, 858-886).

<sup>229</sup> COLAÇO ANTUNES (2008: 51, 66, 117, 140-141) e GONÇALVES/GUIBENTIF (2008: 9) defendem que a inexistência de unificação política leva à negação do direito administrativo global.

<sup>230</sup> Cf., por todos, PEDRO GONÇALVES (2003).

<sup>231</sup> De acordo com SCHMIDT-ASSMANN (2008: 103-104) a forma como tem sido entendido o direito administrativo internacional não é unânime. Porém, a doutrina alemã maioritária tendeu a associá-lo a um sistema de resolução de conflitos, num paralelismo com o direito internacional privado, posição com a qual o Autor não concorda, defendendo que essa expressão visa designar o direito típico das estruturas administrativas regulatórias do tráfego jurídico-internacional.

<sup>232</sup> Aceitamos e seguimos a posição de S. TAVARES DA SILVA (2010c: 20) que rejeita a inclusão do direito administrativo global no domínio do direito administrativo das organizações internacionais, uma vez que está em causa um direito, verdadeiramente, autónomo, tanto por força da desestadualização, como pela inexistência de organizações responsáveis pela gestão de interesses supranacionais.

A criação da União Europeia assentou no estabelecimento de um conjunto de políticas e objectivos comuns que impuseram a manifestação de três processos contudentes – integração<sup>233</sup>, harmonização<sup>234</sup> e cooperação<sup>235</sup> – baseados no princípio da participação, que teve como efeito mais pungente o desenvolvimento de um movimento de *europização* do direito administrativo expressado no “*influjo, complitud y transformación de los ordenamientos nacionales a resultas del impacto que producen los actos y las acciones jurídico-comunitarias*” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 40)<sup>236</sup>. Destarte, tal acarretou a adição de uma nova tarefa às três funções jurídicas fundamentais – prática, dogmática e política - do direito administrativo: a de recepção do direito europeu potenciador de uma construção sistemática (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 5-10)<sup>237</sup>.

Encarado em sentido amplo, o fenómeno da europeização integra a vigência interna directa da normatividade europeia, *i.e.*, do direito comunitário originário<sup>238</sup> e derivado, no caso, os Regulamentos. Em sentido mais estrito, diz única e exclusivamente respeito à absorção indirecta dessa normatividade, imposta não só através da aprovação de Directivas, cuja aplicação plena exige um acto de transposição nacional, mas também através da criação

---

<sup>233</sup> Apresentada por GONÇALVES/GUIBENTIF (2008: 9) como uma *integração de tipo sistémico alcançada através de decisões intergovernamentais que não se ancora forçosamente numa integração social, exprime-se num processo de absorção, acomodação e transformação social*

<sup>234</sup> Só a existência desta organização permite obter a harmonização horizontal, contudo, deve evitar-se a homogeneização excessiva, pelo que têm de ser respeitados os princípios do pluralismo jurídico, assim CHITI (1999: 121, 124-125).

Um dos exemplos reside na harmonização fiscal onde podemos indicar a Directiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011, que rege a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, alterada pela Directiva 2014/107/UE, do Conselho, de 9 de Dezembro de 2014. Cf. S. TAVARES DA SILVA (2011: 43-52).

<sup>235</sup> De acordo com SCHMIDT-ASSMANN (2003: 50) “*La formación del sistema jurídico-administrativo se produce, por tanto, en un ‘contexto europeo de evolución’, al que contribuyen los ordenamientos de todos los Estados miembros*”.

À semelhança do que referimos para a globalização, também aqui a cooperação é divisível em vertical e horizontal, sendo que a primeira foi alvo de reforço por acção do Tratado de Lisboa, o que é perceptível no artigo 197.º TFUE. Acrescente-se que esse fortalecimento do braço cooperativo decorreu do facto de a integração, não só a supranacional, mas também a internacional, implicar necessidades acrescidas de interacção, divisível em interacção informativa, organizativa e procedimental (MÖLLERS, 2013: 190). Cf. ainda CHITI (1999: 127 e 248), PUIGPELAT (2008: 58-60), SCHMIDT-ASSMANN (2003: 390-391) e SCHNEIDER (2008: 56).

<sup>236</sup> Para S. TAVARES DA SILVA (2010c: 37) a europeização “*traduz-se na transformação ‘forçada’ de algumas características deste ramo do direito, que constituíam a sua imagem de marca*”. Ainda a este propósito, v. COLAÇO ANTUNES (2008: 142-143).

<sup>237</sup> Ainda que não constitua um fenómeno isento de críticas, v. SCHMIDT-ASSMANN (2003: 49-50).

<sup>238</sup> A teorização do direito administrativo europeu coube a SCHWARZE (M. LUÍSA DUARTE, 2008: 32).

Deve ter-se presente que o direito administrativo europeu não se apresenta como a mera soma das partes, entenda-se, dos direitos administrativos nacionais, mas sim como um direito pensado para um espaço unitário com o qual os Estados se têm de conformar (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 39, 42 e 383).

de disposições de *soft law*, como as Recomendações, que, ao contrário do que seria expectável, possuem verdadeira força jurídica substantiva<sup>239</sup>.

Consequentemente, vigora aqui um princípio de articulação sistemática compreendido num quadro de autonomia europeia limitada como via de prossecução dos fins e políticas europeus (M. LUÍSA DUARTE, 2008: 28-29), o que se apresenta como necessário à própria subsistência da União, constituindo a única forma susceptível de garantir o efeito útil do Direito Europeu (SCHNEIDER, 2008: 45)<sup>240</sup>.

Não obstante, essa articulação não se cinge apenas a numa movimentação *top down*, pois também se verifica uma circulação *bottom up*, menos expressiva, mas presente, que faz com que o direito comunitário resulte igualmente influenciado pelo nacional, como ficou provado em matéria de princípios que foram sendo aplicados de forma pioneira pela jurisprudência comunitária.

Ademais, deve referir-se que, como vimos suceder na globalização, embora aí de forma mais acentuada, também no âmbito europeu a necessidade de cooperação resulta aumentada pelo facto de inexistir uma união política<sup>241</sup>. Ainda assim, isso pode não constituir uma circunstância negativa, basta ter presente a formulação de CHITI (1999: 126-127) para quem “*un diritto amministrativo ‘senza stato’, strumento essenziale per il funzionamento della rete multipolare in cui si articola l’ordinamento comunitario*”.

Independentemente dessa ressalva, a verdade é que não restam dúvidas de que o nosso direito interno, designadamente o direito administrativo, é hoje o resultado de uma influência europeia, seja por força do direito administrativo europeu, seja devido ao desenvolvimento de uma actuação jurisprudencial e doutrinal intensa (COLAÇO ANTUNES, 2008: 45). E foi este relacionamento que possibilitou, por exemplo, a ultrapassagem da

---

<sup>239</sup> Tradicionalmente são associadas as duas dimensões – a vertical, ancorada nos princípios da primazia do direito europeu e da interpretação em conformidade, e a horizontal, onde vigora o princípio da cooperação leal (S. TAVARES DA SILVA, 2011: 23). Contudo, entendemos que é neste domínio mais estrito que verdadeiramente se situa a europeização, porque é aqui que se verifica a absorção e integração das políticas e a correspondente transformação interna do direito, em que um dos seus maiores exemplos se coloca ao nível das relações de consumo (SOUSA RIBEIRO, 2003: 232-240). No mesmo sentido, M. LUÍSA DUARTE (2008: 32) defende que o fenómeno não se confunde com um movimento meramente aplicador do direito europeu.

Em relação à distinção entre direito administrativo europeu e europeização, v. COLAÇO ANTUNES (2008: 67-69).

<sup>240</sup> Princípio que foi transposto para o domínio europeu a partir do princípio da soberania do direito internacional privado (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 390).

<sup>241</sup> Sobre esta temática, v. COLAÇO ANTUNES (2008: 51, 66, 117, 140-141).

clássica cisão entre execução directa e execução indirecta<sup>242</sup>, dando lugar a uma execução comum assente na célebre co-administração e na adopção de procedimentos compostos<sup>243</sup>. Além disso, foi também por sua influência que os valores e princípios comuns presentes no Direito Europeu enquanto núcleo enformador da sua Constituição material<sup>244</sup>, passaram a ter relevância interna. A título de exemplo temos os princípios da economia de mercado, transparência, participação<sup>245</sup>, flexibilidade, eficiência<sup>246</sup>, sustentabilidade e concorrência<sup>247</sup>.

Por último, em sentido lato, a este movimento são associadas várias consequências de entre as quais se destacam a alteração das fontes de direito, a aproximação dos sistemas jurídicos nacionais, a transformação da metodologia das ciências jurídicas e a modificação das Administrações Públicas Nacionais que passaram a estar enquadradas no seio da Administração Pública Europeia<sup>248</sup>.

### 3. Novas tendências do Direito Administrativo decorrentes da regulação, globalização e europeização

Como facilmente se percebe, da consagração destes fenómenos – regulação, globalização e europeização – resulta um novo paradigma de Estado. Destarte, deixa de ocupar uma posição monopolista, intervencionista e territorializada, manietada por concepções clássicas provenientes, nomeadamente, da consideração estrita do princípio da legalidade<sup>249</sup> e de uma vinculação extrema ao princípio da prossecução do interesse

---

<sup>242</sup> Cf. CHITI (1999: 245) e SCHNEIDER (2008: 26).

<sup>243</sup> Apesar de termos hoje sistemas de execução comum, os Estados-membros continuam a desempenhar um importante papel no desenrolar dessa execução.

Em relação a este tema, v. COLAÇO ANTUNES (2008: 78-81, 88-100), PEDRO GONÇALVES (2006: 551-552) e S. TAVARES DA SILVA (2010b: 55-76).

<sup>244</sup> De acordo com FAUSTO DE QUADROS (2008: 79-80) estes “são princípios que dão corpo, no plano da Filosofia Política e do Direito, às opções fundamentais da União e aos valores que ela escolheu para regerem a sua existência e a sua actividade”.

<sup>245</sup> Como via de garantia da transparência do procedimento e como meio de controlo da própria actuação da Administração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 118-122, 377).

<sup>246</sup> V. SCHMIDT-ASSMANN (2003: 353-358) e S. TAVARES DA SILVA (2010a).

<sup>247</sup> Assume-se como princípio base da construção europeia associado à ideia de manutenção do mercado único, pelo que a lei da concorrência é considerada a primeira política supranacional (BALDWIN/CAVE/LODGE, 2012: 399).

<sup>248</sup> As três primeiras consequências são indicadas por ZILLER (2008: 32-35).

<sup>249</sup> PEDRO GONÇALVES (2006: 554) defende que no domínio em que nos movemos – o da regulação – a decadência do princípio da legalidade é a *causa* e *efeito* da fragmentação da organização estadual, nomeadamente, em face da perda do papel de destaque que era conferido ao Governo e ao Parlamento, pelo

público <sup>250</sup> ; para se afirmar no quadro da *multi-level regulation* de MAJONE (BALDWIN/CAVE/LODGE, 2012: 389), que ao nível europeu se manifesta numa forma de *soberania compartilhada*<sup>251</sup>, votada à união em vez da separação (CHITI, 1999: 127)<sup>252</sup>. Nas aglutinadoras palavras de CASSESE (2001: 649):

*“I nuovi paradigmi dello stato pongono in discussione tutte le nozioni, i temi e i problemi classici del diritto pubblico, dalla natura del potere pubblico e del suo agire legale-razionale, mosso dall'alto (dalla lege), al posto riservato alla lege e alle sue implicazioni (legalità e tipicità, alle relazioni pubblico-privato)”*.

De facto, em função desta nova ideologia, os Estados são muito mais do que aquilo que deixam antever as suas fronteiras territoriais<sup>253</sup>, pelo que o novo paradigma passa a ser o da *arena pubblica* (CASSESE, 2001: 607-608) <sup>254\_255</sup>.

---

que se refere mesmo à instituição de um feudalismo jurídico. Por conseguinte, verifica-se uma retracção do princípio da legalidade (PEDRO GONÇALVES, 2008: 554) assente na *desgovernamentalização das estruturas administrativas*, bem como o subsequente afastamento da lei enquanto *critério de legitimação e enquadramento da acção administrativa*, o que, contrariamente, reforça a figura do regulamento administrativo, v. DEMURO (1995), PAULO OTERO (2003: 392), S. TAVARES DA SILVA, (2010c: 73-79) e VICENTE (2012).

<sup>250</sup> O desenvolvimento de uma organização como a União Europeia implicou a *reafecção de recursos à escala comunitária*, o que tem implicações claras em qualquer conceito de interesse público que se pretenda privilegiar, cf. CONFRARIA (2011: 74). Em relação a essa conceitualização, v. COLAÇO ANTUNES (2008: 58-59).

<sup>251</sup> Ou se defende que a soberania passa a ser uma soberania europeia integrada ou então esta resulta, claramente, numa soberania diminuída (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 37-38).

<sup>252</sup> O que, inclusivamente, levou às teorias a propósito do fim do Estado, v. GOMES CANOTILHO (2001: 709-710).

<sup>253</sup> O que fica bem patente com SWAN (2002: 11) “*as a reflection of the multiple sites of governance, public law now focuses not only on the regulatory activities of the territorial state but also on the activities of quasi-state institutions, professional bodies, and regulatory agencies*”. O que, por exemplo, obriga a uma combinação das formas de regulação, que passa também a ser globalizada, v. LEITÃO MARQUES (2001: 156-157).

<sup>254</sup> Caracterizado de forma singular por KLAGES (*apud* Schmidt-Assmann, 2003: 256) de acordo com o qual o modelo weberiano organizativo clássico associado a uma excessiva formalização e centralização, bem como a uma estrutura orgânica burocrática foi superado por um modelo novo polarizado numa actuação básica, informal e descentralizada e na cooperação horizontal. Ainda a este propósito, cf. JIMÉNEZ TELLO (2013) e S. TAVARES DA SILVA (2010c: 37).

<sup>255</sup> Embora nem todos os autores reconduzam estas novas morfologias a um paradigma novo, cf. CASSESE (2001: 650).



Constatamos, assim, que habitamos um espaço plural, complexo e técnico constituído por vários níveis – direito administrativo internacional, direito administrativo europeu e direito administrativo nacional<sup>256-257</sup> (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 20) – no qual a Administração nacional se apresenta como mais uma peça da engrenagem. Por conseguinte, o Estado deixa de estar no centro e passa a preencher o nível mais baixo da nova ordem internacional e supranacional estratificada (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 392-398), acabando por se diluir no seio dos vários organismos a que possa pertencer como são exemplo a OMC, a ONU, a OCDE, a NATO, o Banco Mundial, o FMI e a UE<sup>258</sup> (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 11 e 19).

Foram-lhe, portanto, apostos novos limites, pelo que concordamos com S. TAVARES DA SILVA (2010c: 92-93) quando diz que não foi aberta a caixa de pandora e, acrescentamos, foi criada uma Administração presidiária. Não deixa de ser, contudo, bastante interessante, o facto de estes fenómenos de europeização e internacionalização resultarem de uma adesão estatal voluntária (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 12-17 e 25-26) e só terem alcançado o sucesso por força de modificações na própria estrutura societária. Ainda assim, mesmo estes novos níveis vêm-se compelidos ao necessário cumprimento do princípio do Estado de Direito<sup>259</sup>.

É toda esta dinâmica que subjaz à aparição de um movimento designado *Novo Direito Administrativo* percebido como uma realidade susceptível de prover às novidades trazidas por este paradigma. A primeira questão que se coloca reside em saber se estamos perante a reformulação do direito administrativo clássico ou se, pelo contrário, o que está em causa é a autonomização de um novo direito – o direito das políticas públicas<sup>260</sup> – distinto

---

<sup>256</sup> O que cria tensões na articulação com o direito interno, mormente com o constitucional, previamente solucionadas pelo artigo 8.º CRP.

<sup>257</sup> Nos países que fazem parte da União passa-se a estabelecer uma relação de tipo triangular cujos vértices são ocupados pelo Estado, Europa e Direito Administrativo Internacional, no qual as linhas demonstram um fluxo contínuo e bidireccional.

<sup>258</sup> Foram também constituídos grupos de discussão económica como é exemplo máximo o grupo dos G8, v. GUILHERME CATARINO (2010: 39).

<sup>259</sup> Conclusão que rapidamente se retira do preâmbulo do TUE. Acompanhando SCHMIDT-ASSMANN (2003: 51-55, 403-410), os princípios da legalidade, da separação de poderes, dos direitos fundamentais e da tutela judicial constituem princípios enformadores do princípio do Estado de Direito da União. Ademais, vigoram ainda garantias de protecção em relação aos actos jurídicos, a responsabilidade patrimonial e os princípios da proporcionalidade e da competência. Além do princípio do Estado de Direito, também o princípio democrático se estende ao direito europeu com o intuito de permitir o cumprimento de uma ideia de transparência, SCHMIDT-ASSMANN (2003: 99-125, 410-414).

<sup>260</sup> Teorização de DIAS GARCIA, v. S. TAVARES DA SILVA, 2011: 21-22).

do direito administrativo (S. TAVARES DA SILVA, 2011: 21). É certo que, em termos práticos, as duas possibilidades levam à mesma conclusão a de que se está perante algo novo, a verdade é que o fundamento teórico que as sustenta é distinto.

A nós parece-nos que o Novo Direito Administrativo se reporta ao direito administrativo clássico com uma nova veste, *i.e.*, se temos, por um lado, a manifestação de um direito autónomo, claramente marcado por novas estruturas organizatórias e por novos instrumentos, temos, por outro lado, a recuperação de ferramentas antigas, como o plano administrativo (GONÇALVES/GUIBENTIF, 2008: 8 e SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 215) e a transformação de instrumentos clássicos em novos (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 85-91)<sup>261</sup>. Por tudo isto, a valência de novas figuras, não significou um corte com o que eram mecanismos clássicos aos quais continuamos a recorrer (FERREIRA MONTE, 2009: 264) e as contra-ordenações são um claro exemplo disso<sup>262</sup>.

Estamos, então, perante um direito administrativo modificado que congrega um conjunto de características: globalização, europeização e regulação, privatização<sup>263</sup>; economização, com o cumprimento da trilogia eficiência, solidariedade e sustentabilidade; cooperação e coordenação; desmaterialização; e deslegalização dos padrões normativos da actuação administrativa, com a conseqüente flexibilização (VIEIRA DE ANDRADE, 2010: 25-26). Ademais, por força da influência destes fenómenos, os postulados – normatividade, princípios e objectivos - do direito administrativo resultam muito distintos (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 38, 43), sendo que no caso português a integração do novo direito administrativo resulta menos complexa pelo facto de o nosso governo ser dotado de competência legislativa normal.

Determinado o lugar externo ocupado pelo Estado e a natureza do Novo Direito Administrativo impõe-se a chamada à colação de alguns breves exemplos que demonstram a revelação interna destes fenómenos nos mais variados núcleos temáticos:

---

<sup>261</sup> CHITI (1999: 246) designa este fenómeno de “*L’effetto riformatore indotto dal diritto comunitario*”.

Esta nova concepção de direito administrativo visou moldá-lo tornando-o apto a integrar as novas realidades, superando, desta feita, as insuficiências decorrentes das figuras clássicas que consagra cf. PRATA ROQUE (2014a: 108/114).

<sup>262</sup> Entendemos ser bastante elucidativa desta posição a expressão de S. TAVARES DA SILVA (2012: 639) “*O direito constitucional passa enquanto o direito administrativo se reinventa*”.

<sup>263</sup> Com a tríplice divisão já referida *supra*.

- a) *Abolição da homologação pública e da figura da autorização administrativa* – o facto de constituírem restrições ao mercado livre, fez com que fosse defendida a sua abolição, o que teve um duplo impacto: retirada do Estado para um momento de actuação posterior e assunção de uma nova responsabilidade por parte do privado com a exigência da comunicação prévia<sup>264</sup>. Todavia, a abolição da autorização nacional deu origem, por um lado, à criação de uma autorização europeia como no caso da comercialização de medicamentos e de alimentos transgénicos, e, por outro lado, à fixação de um regime de reconhecimento mútuo baseado na eficácia transnacional dos actos administrativos (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 46)<sup>265</sup>. Neste último caso deve referir-se que o reconhecimento pode consistir em reconhecimento automático ou reconhecimento dependente de intervenção de autoridade do Estado de destino como ocorre nos títulos e habilitações<sup>266</sup>. A título de exemplo, veja-se a Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, a chamada Directiva Serviços, transposta pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho;
- b) *Certificação Privada* – emergiu o mercado da certificação privada, o que na UE se manifestou na criação da marca CE<sup>267</sup>, que o fabricante pode apor ao seu produto após o ter submetido a testes de um organismo independente privado. Por força desta influência, a nível nacional também surgiu um sistema de certificação por terceiro, cabendo ao Estado fazer a acreditação das empresas certificadoras que vão depois atestar a segurança dos produtos. Esta possibilidade constitui um claro exemplo da teoria de partilha de responsabilidades, manifestada, não só em sistemas de certificação obrigatória, como na certificação energética dos edifícios (S. TAVARES

---

<sup>264</sup> Sobre este ponto, v. PEDRO GONÇALVES (2003a).

<sup>265</sup> Cujo impulso foi dado pelo acórdão do TJCE 120/78, de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentral AG Vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, em que se reconheceu o direito de comercialização de uma bebida alcoólica de um Estado em outro Estado-membro em função da liberdade de circulação na UE. O acto administrativo transnacional assume, assim, um grande relevo como forma de execução centralizada indirecta da acção europeia e internacional e como instrumento base da cooperação horizontal (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 318, 417). Cf. BOCANEGRA SIERRA/GARCÍA LUENGO (2008).

<sup>266</sup> Cf. BALDWIN/CAVE/LODGE (2012: 394), SCHNEIDER (2008: 35/36) e ZILLER (2008: 27).

<sup>267</sup> Marca de segurança e não de qualidade.

DA SILVA, 2010c: 91), mas também voluntários, v.g., no caso da qualidade biológica dos produtos;

- c) *Admissão de novas figuras processuais: transacção e regime de clemência* – no caso da transacção, uma das suas exemplificações reside no domínio do procedimento administrativo sancionatório da Autoridade da Concorrência, mais propriamente no artigo 23.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, no qual encontramos um propósito de resolução conciliadora sobre a prática anti-concorrencial, claramente exteriorizadora da lógica de solução de compromisso que passou a enformar a União<sup>268</sup>. Por sua vez, em relação ao regime da clemência, atente-se nos artigos 75.º e 82.º do mesmo diploma que aprova o regime da concorrência e que prevê a possibilidade de recurso a este quando se verifique a existência de colaboração do visado, evidenciada, v.g., na denúncia de cartéis;
- d) *Colocação dos Estados-membros ao serviço dos valores da União Europeia* – tome-se como modelo a Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais, de 9 de Abril de 2009<sup>269</sup>, que visou estabelecer orientações em relação à aplicação prática das regras dos auxílios de Estado. Nesta posição conferida aos tribunais nacionais, devemos destacar que o TJUE, tal como a Comissão, reconhece que estes possuem poderes para interpretar o conceito de auxílio de Estado<sup>270</sup>, contudo, não podem proceder a uma análise de compatibilidade da medida, uma vez que isso constitui uma competência exclusiva da Comissão<sup>271</sup>. Porém, apesar de vigorem as normas processuais nacionais, duas

---

<sup>268</sup> A propósito desta solução com compromissos, SCHNEIDER (2008: 32) e S. TAVARES DA SILVA (2008a).

<sup>269</sup> 2009/C 85/01.

<sup>270</sup> Veja-se, a título de exemplo, o acórdão do STA, de 26 de Março de 2014, processo 086/14, onde se pode ler que “*Decorre da Jurisprudência do Tribunal de Justiça que um órgão jurisdicional nacional pode ser conduzido a interpretar e a aplicar a noção de auxílio do artigo 92º do Tratado (actual art. 107º do TFUE) com vista a avaliar da legalidade de uma medida estatal instaurada sem ter em conta o processo de controlo prévio do art. 108º, nº 3, do TFUE*”. Deve acrescentar-se que o regime constante do artigo 108.º, n.º3 do TFUE tem eficácia directa.

<sup>271</sup> Uma vez que a União é dotada de uma estrutura administrativa própria em matéria de auxílios de Estado, estamos perante um exemplo dos procedimentos compostos que referimos.

condições básicas têm de ser respeitadas: as normas nacionais aplicadas neste papel de colaboração com o direito da UE não podem ser menos favoráveis que as que vigoram em relação a direitos com origem jurídica interna (princípio da equivalência)<sup>272</sup>; as normas processuais nacionais não podem ser aplicadas no sentido de tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)<sup>273</sup>. Por conseguinte, visa-se, claramente, a manutenção do efeito útil do direito europeu e da sua normatividade<sup>274</sup>;

- e) *Sujeição a Entidades judiciárias internacionais e supranacionais* – o poder nacional resulta igualmente diminuído por força da existência de organismos de cariz internacional e europeu que decidem em matéria judiciária, como são exemplo o TJUE e o TEDH<sup>275</sup> aos quais compete uma importante fatia da harmonização através da aplicação de princípios e de normas internacionais e europeias (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 27);
- f) *Criação de direitos administrativos especiais nos quais se faz sentir amplamente a influência europeia e internacional* – a título de exemplo temos o direito do ordenamento do território e do urbanismo, direito administrativo do ambiente, direito administrativo do risco, direito administrativo da regulação, direito administrativo privado ou das obrigações e direito administrativo do *e-government*<sup>276</sup>;
- g) *Regimes internos criados por influência europeia* – são vários os modelos normativos internos que resultam directamente do direito comunitário. É o caso do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades

---

<sup>272</sup> Por os Estados-membros estarem obrigados ao cumprimento diligente da obrigação de recuperação, em caso de existência de uma norma nacional que obste a tal execução, o tribunal não a poderá aplicar.

<sup>273</sup> Cf. ponto 60 da Comunicação. Este valor conferido ao direito nacional é corolário da autonomia dos Estados-membros na execução do direito da UE dividindo-se em autonomia organizativa, procedimental e processual. No entanto, tal autonomia não pode por em causa a subjugação dos Estados-membros a esse mesmo direito. *Vide* NOGUEIRA DE ALMEIDA (2012: 513, 516, 554-555).

<sup>274</sup> Segundo SCHMIDT-ASSMANN (2003: 372, 398-399), caso não existam normas harmonizadas, cabe aos tribunais nacionais actuar, mas com respeito por estes dois princípios.

<sup>275</sup> O conceito de cidadania europeia é reforçado, mormente no que diz respeito à legitimidade activa.

<sup>276</sup> A propósito desta temática, S. TAVARES DA SILVA (2010c: 39-46).

públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, mas também do regime de trabalho em funções públicas, constante da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro<sup>277</sup>, votado a uma aproximação do regime público ao regime privado. Identicamente, o regime previsto no nosso Código dos Contratos Públicos<sup>278</sup>, a já referida Lei n.º 19/2012 ou mesmo o Código do IVA<sup>279</sup> são produto da dinâmica europeia;

- h) *Novas formas de actuação: aposta na contratação* – vimos *supra* que o modelo de Estado intervencionista é hoje o de Estado Regulador de Garantia, associado à lógica da partilha de responsabilidades. Consequentemente, quando o Estado quer realizar determinados objectivos recorre aos privados, uma vez que estes são detentores dos meios necessários. Por esta via, a responsabilidade da realização passa para esse privado, mas o Estado mantém uma posição de onnipresença. É por isto que o contrato passa a assumir um papel fulcral na actuação pública<sup>280</sup>, podendo revestir as mais variadas formas, como contrato de associação, contrato como forma de prestação de incentivos, contrato como forma de regulação ou ainda contratos de mediação ou substitutivos de sanções (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 59-72);
- i) *Simplificação de procedimentos*<sup>281</sup> – a desmaterialização dos procedimentos decorre da vigência de um conjunto de princípios comunitários de entre os quais se destaca a eficiência, o que nos remete para o domínio da *better regulation* (BALDWIN/CAVE/LODGE, 2012: 388). Destarte, passam a estar consagrados procedimentos mais simples nos quais se destaca a possibilidade de contratação

---

<sup>277</sup> Alterada pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, Decreto-Lei n.º 124/2010, de 17 de Novembro, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, Lei n.º 66/2012, de 31 de Dezembro, Lei n.º 68/2013, de 29 de Agosto e Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho.

<sup>278</sup> Vide R. SAMPAIO (2013: 498-502). O Código dos Contratos Públicos transpôs as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, a Directiva 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro e a Directiva 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro.

<sup>279</sup> Tenha-se presente a Directiva 2006/112/CE, do Conselho, de 28 de Novembro relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado. Foi alterada pela última vez através da Directiva 2013/61/UE, do Conselho, de 17 de Dezembro de 2013.

<sup>280</sup> Nas palavras de SCHMIDT-ASSMANN (2003: 326) “*el contrato administrativo es la forma jurídica de la Administración cooperativa*”.

<sup>281</sup> Tenha-se como exemplo as medidas aplicadas em Portugal no domínio do programa SIMPLEX (2006).

pública através de plataformas electrónicas<sup>282</sup>, assim como o sistema de penhoras electrónicas. Neste ensejo, ganham relevo as actuações informais da Administração que se agrupam em: actuações informais unilaterais e acordos informais (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 89-90)<sup>283</sup>.

#### 4. Autoridades Reguladoras Independentes

Estes novos cânones impuseram remodelações que se repercutiram na execução orgânica das tarefas de regulação, através da sua delegação em organismos distintos do Governo, o que constitui mais uma exteriorização das novas tendências do direito administrativo. Nesta senda, a organização interna passa a estar assente num modelo policêntrico (GUILHERME CATARINO, 2010: 34-35, SANTAMARÍA PASTOR 2002a: 663-664 e SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 38)<sup>284</sup>, povoado por novas entidades, orientadas por uma lógica de *governance* e aptas a desenvolver as funções regulatórias de direcção<sup>285</sup>, que se colocam a meio caminho entre o direito público e o direito privado (PAULO OTERO, 2003: 311) e resultam, em grande medida, de um processo de privatização substancial - no caso as Autoridades Reguladoras Independentes<sup>286</sup>.

##### 4.1. *Agencies*<sup>287</sup>

Se recuarmos no tempo, vemos que o nascimento das entidades reguladoras se situa no sistema jurídico norte-americano onde a forma de reacção ao sistema presidencialista<sup>288</sup> fez com que, no século XIX, surgissem as *independent regulatory agencies* e as *independent*

---

<sup>282</sup> Cf. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos.

<sup>283</sup> No que concerne à simplificação, cf. ALONSO SÁNCHEZ (2013).

<sup>284</sup> Com a conseqüente mudança de estruturas (ZILLER, 2008: 31).

<sup>285</sup> Estamos perante aquilo que GIANI (2002) designa como administração autocéfala. Atentando na sua teorização “*la regolazione, pertanto, ha come obiettivo, se si vuole indiretto, proprio la garanzia della libertà dei singoli, il suo libero esplicarsi all’interno di un settore (di mercato) rispetto al quale l’amministrazione (independente) è tenuta a garantire il rispetto delle regole del giuoco proprie di quel determinato settore*” (GIANI, 2002: 168).

<sup>286</sup> Cf. MENEZES LEITÃO (2010).

<sup>287</sup> De acordo com CUSTOS (2005: 151) “*L’agence est l’institution publique à qui le Congrès a spécialement délégué le contrôle économique or la promotion de l’intérêt social en question*”.

<sup>288</sup> Recuperando o que vimos *supra* (n.183) anteriormente à consagração de *agencies*, recorria-se a um procedimento de tipo negocial entre *lobbies* que tinham representação nos órgãos de Governo, limitados, apenas, por princípios formalistas (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 35).

*regulatory commissions*<sup>289-290</sup>, criadas como *entidades politicamente neutras* (S. TAVARES DA SILVA, 2008: 453)<sup>291</sup>. No entanto, por força do *Administrative Procedure Act* – APAct - de 1946<sup>292</sup>, estas vieram a ser contrapostas às *executive agencies*. Consequentemente, quando nos referimos às *independent agencies* temos em vista entidades dotadas de independência funcional e orgânica<sup>293</sup>, necessária à prossecução das suas tarefas de regulação e controlo de mercados, cabendo-lhes, igualmente, um papel activo na definição da *public policy* do sector (GUILHERME CATARINO, 2010: 104). Por sua vez, as *executive agencies* integram-se na organização governamental e são dependentes do Presidente e do *Departement* onde se inserem (BLANCO DE MORAIS, 2012: 194 e S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 80)<sup>294</sup>, sendo, tão-somente, dotadas da autonomia essencial à prossecução dos fins que lhe são cometidos, entenda-se, permitidos, no caso, a prestação de serviços sociais e de redistribuição de riqueza<sup>295</sup>.

---

<sup>289</sup> A primeira agência de âmbito federal - a *Interstate Commerce Commission* (ICC) - foi criada em 1887 para o sector da regulação dos transportes ferroviários. Contudo, só em 1889 foi destacada do Departamento do Interior, e, mais recentemente, em 1997, foi substituída pela *Surface Transportation Board* (STB), v. GUILHERME CATARINO (2010: 77, 97). Ademais, em 1914, foi criada a *Federal Trade Commission* que tinha como ímpeto a defesa da concorrência (FIGUEIREDO, 2005: 157). Não obstante, antes destas houve *State Regulatory Commissions*, cf. PRIEST (2007: 252).

De igual forma, no Reino Unido surgiu, em 1873, a *British Railway Commission* e, em 1888, a *Railway and Canal Commission* (GUILHERME CATARINO, 2010: 133). De facto, à semelhança do que aconteceu no domínio norte-americano, no Reino Unido foram criados *corpos intermédios autónomos* tendentes a limitar a actuação política, sobretudo em face dos novos riscos associados à industrialização. Destacam-se aqui os QUANGOS – *Quasi-Autonomous Non Governmental Organizations* -, de que é exemplo o Poor Law Bodies (GUILHERME CATARINO, 2010: 132-133). Estes apesar de não constituírem entidades administrativas propriamente ditas (BLANCO DE MORAIS, 2012: 198), deveriam passar a executar e prestar os serviços, não obstante o poder de decisão permanecer no ministério. Por esta via, os *Departaments* foram confrontados com a necessária reforma da sua actividade, por exemplo através da criação de *executive agencies*, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 133-139) e SANTAMARÍA PASTOR (2002a: 664).

<sup>290</sup> Como a CIA e a NASA.

<sup>291</sup> Veja-se ainda, GUILHERME CATARINO (2010: 96-97), MOTTA (2003: 55) e VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS (2003: 129).

<sup>292</sup> Que constitui a primeira lei do procedimento administrativo, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 98) e CUSTOS (2005: 160).

<sup>293</sup> BLANCO DE MORAIS (2012: 194) refere-se à autonomia orgânica, funcional e, eventualmente, financeira.

<sup>294</sup> Como acontece com as *independent agencies*, excepção feita quando existe delegação no Presidente, também estas são criadas pelo Congresso. Acresce a sujeição a um controlo mais intenso, desde logo porque não existem garantias de inamovibilidade, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 100).

<sup>295</sup> Um dos exemplos que podemos mobilizar reside na *Food and Drug Association*, v. GUILHERME CATARINO (2010: 99-101).



Atentando nos poderes das *independent agencies* concluímos que integram o poder de *rulemaking*<sup>296</sup>, o poder de fiscalização e o poder sancionatório<sup>297</sup>. A estes acresce a possibilidade de, mediante determinadas condições, resolver litígios<sup>298</sup> que a oponham aos cidadãos ou que oponham os cidadãos entre si. Destarte, assumem a faceta de entidades para-legislativas e para-judiciais<sup>299</sup>, ainda que, neste último caso, o *APAct* tenha delimitado os poderes preventivos e os poderes sancionatórios (GUILHERME CATARINO, 2010: 103 e 276).

Todavia, a manutenção das *agencies* não se tem apresentado tarefa fácil, em especial no caso das *independent agencies* por força da inexistência de ligação aos *Departements* e ao controlo Presidencial pleno, o que se justifica pela função global que têm de cumprir (VITAL MOREIRA, 2003a: 195). Originou-se, assim, um certo mal-estar político em relação a estas figuras e impôs-se um controlo crescendo subdividido em controlo judicial, político e financeiro.

Começando pelo controlo judicial, sabemos que a decisão da *agency* é susceptível de ser fiscalizada pelos Tribunais, contudo surge o dilema – qual a amplitude que deve adquirir esse controlo, *i.e.*, deve ser perspectivado como um controlo estrito que inclui o exame de mérito ou deve ser um controlo mais leve? GUILHERME CATARINO (2010: 342-343) responde a essa questão dizendo-nos que a Jurisprudência é favorável ao exercício de um controlo estrito, mas que tal não veio a ser consagrado, sobretudo devido à tecnicidade e complexidade características desta actividade de regulação. No entanto, acrescenta que a discussão não está encerrada e que permanece actual, mormente porque a posição consagrada tem vindo a ser alvo de estrangulamentos, visíveis, desde logo, no reforço do

---

<sup>296</sup> Adveniente de uma gradual irrelevância da *non delegation doctrine*, associada ao princípio da separação de poderes. Vide POSNER/VERMEULE (2002), SUNSTEIN (1999) e VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS (2003: 17-22),

<sup>297</sup> Que pode assumir a forma de injunção ou de sanção pecuniária.

<sup>298</sup> Ainda que se exija *delegação expressa do Conselho*, aceitação do Supremo e o controlo do Senado, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 103).

<sup>299</sup> É a COOLEY, primeiro presidente da *Interstate Commerce Commision*, que se deve esta parajudicialidade, uma vez que, ao introduzir os princípios do *judicial due process*, fez com que esta entidade fosse a primeira a quebrar o clássico princípio da separação de poderes, o que foi potenciado pelo facto de tanto o Supremo Tribunal Federal Norte-Americano, como o *APAct* terem aceitado esses poderes sancionatórios, v. GUILHERME CATARINO (2010: 276 e 569).

poder da *judicial review*, levado a cabo com o aval do Congresso, o que veio permitir um maior controlo das decisões tomadas pelas *agencies*<sup>300</sup>.

Passando ao controlo político vemos que este é bipartido, pois ocorre em dois momentos distintos – aquando da criação da *agency* e, depois, no desenrolar da sua actividade de regulação<sup>301</sup>-, *i.e.*, divide-se em controlo *ex ante* e controlo *ex post*. No que respeita ao controlo inicial, este exterioriza-se na fixação pelo Congresso da missão, objectivos e poderes da entidade, bem como na nomeação dos seus administradores pelo Presidente, ainda que, nesse caso, se exija a anuência do Senado (GUILHERME CATARINO, 2010: 100 e VITAL MOREIRA, 2003a: 195-196). Já o controlo contínuo da actuação da entidade revê-se nos amplos poderes que são cometidos ao Congresso de entre os quais se destacam a possibilidade de alteração dos estatutos, a realização de audições, o controlo prévio dos regulamentos e a obrigatoriedade de reporte regular (GUILHERME CATARINO, 2010: 106).

Por último, o terceiro tipo de limitação é aquele que se manifesta num controlo financeiro, onde tem peculiar relevo o controlo orçamental levado a cabo pelo *Office of Management and Budget (OMB)*<sup>302</sup>, um organismo interventivo que pode emitir circulares que vinculam as *agencies*. Repare-se que os vários presidentes foram lutando contra a discricionariedade das *independent agencies*, sobretudo com a aprovação de *executive orders*, cujo ímpeto residia na uniformização e coordenação. Um desses exemplos reside, precisamente, no reforço do controlo do OMB, em 1981, com REAGAN e a *executive order* n.º 12,291 que, além de definir os princípios a observar na actuação, impôs a realização de um *Regulatory Impact Analysis*<sup>303</sup> com a consideração prévia da relação custo/benefício da

---

<sup>300</sup> Nos anos 80 do século passado, a fiscalização judicial era intensa, uma vez que, se impunha o cumprimento escrupuloso das normas procedimentais e se permitia a participação no processo de *rulemaking* com a análise da bondade das *rules* criadas pelas *agencies*, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 105-106).

<sup>301</sup> A necessidade de um controlo político é ainda mais relevante perante a possibilidade de se verificar a captura do regulador pelo regulado, o que pode significar um desvio em relação aos objectivos que são definidos para a sua actuação (NOLL, 2001: 58-59), conseqüentemente a independência não deve ser uma via para obstar ao controlo, especialmente, da imparcialidade. Ainda neste ponto, *vide* CUSTOS (2005: 151-153).

<sup>302</sup> Que assume a posição de *watchdog agency* votada à monitorização da performance da entidade, *v.* MCCUBBINS/NOLL/WEINGAST (2007: 438).

<sup>303</sup> Sobre este Relatório e decorrente necessidade de reavaliação periódica das medidas, cf. CUSTOS (2005: 163-164).

regulamentação, a qual tem de ser aprovada pelo OMB (GUILHERME CATARINO, 2010: 107-109)<sup>304</sup>.

#### 4.2. Autoridades Reguladoras Independentes em Portugal<sup>305</sup>

Estas entidades só passaram a vigorar na Europa Continental nos finais do século XX e Portugal não foi exceção<sup>306\_307</sup>. Porém, apesar da imitação do modelo anglo-saxónico, em especial no que se refere às *independent agencies*, a aplicação ao modelo continental teve na sua base o contexto mais amplo das autoridades administrativas independentes de inspiração francesa<sup>308</sup>. Desta feita, as autoridades reguladoras são vistas como autoridades administrativas independentes a quem foram atribuídas funções de regulação económica ou financeira (FERNANDA MAÇÃS, 2006: 23, MARQUES/ALMEIDA/FORTE, 2005: 10-11 e VIEIRA DE ANDRADE, 2010: 99-100), pelo que o primeiro conceito é mais restrito do que o segundo<sup>309</sup>.

Ademais, a transposição das mesmas para o domínio europeu originou debates doutrinários, nomeadamente, no que tange à sua conformidade constitucional e legal, bem

---

<sup>304</sup> Seguindo o enquadramento norte-americano e recuperando a n. 289, também em Inglaterra encontramos *agencies* dotadas de autonomia funcional, às quais são atribuídos amplos poderes, o que inclui o poder sancionatório. Ademais, verificam-se controlos da sua actuação, tanto o financeiro com a análise custo/benefício por parte do *Cabinet Office Better Regulation Unit*, como o político, que impõe a nomeação dos membros pelo Governo, contudo, neste caso, sem respeito por critérios de elegibilidade, incompatibilidade ou inamovibilidade (GUILHERME CATARINO, 2010: 138-139), o que, a nosso ver, as torna distantes das *independent agencies* e as aproxima das *executive agencies*.

<sup>305</sup> Não obstante a agencição constituir um fenómeno cuja génese se reporta ao sistema de *common law*, isso não impediu a transposição para a Europa Continental, que, assim, criou um modelo institucional novo, votado à gestão dos, também novos, princípios da concorrência, eficiência, sustentabilidade e equilíbrio (GUILHERME CATARINO, 2010: 28-29), em face do tipo de sociedade técnica e de risco (ROGÉRIO SOARES: 1969).

<sup>306</sup> Embora inicialmente tenham sido criadas em Portugal como entidades de transição para o modelo de liberalização plena (VITAL MOREIRA, 2003b: 179), as entidades reguladoras mantêm-se como forma específica de regulação de um determinado sector. Cf. GIANI (2002: 233).

<sup>307</sup> De acordo com A. RAQUEL MONIZ (2004: 519), o aparecimento das entidades reguladoras em Portugal visou responder a três ordens de problemas “a) *subtrair às decisões políticas das maiorias do momento a regulação de certos sectores sensíveis da vida social, financeira e económica que serve concomitantemente interesses públicos e privados conflitantes; b) assegurar uma independência face aos interesses regulados; c) corresponder à tecnicidade e especialização exigidas pela matéria em causa*”.

<sup>308</sup> Foi através do ordenamento jurídico francês, mais propriamente devido à instituição da *Commissione per le società e le borse*, em 1967, que esta realidade passou a vigorar no modelo continental, ainda que o estudo posterior tenha sido levado a cabo pela doutrina alemã, v. S. TAVARES DA SILVA (2008b: 449-467, em especial 451). Ainda a este propósito, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: 162).

<sup>309</sup> Tenha-se como nota o facto de a integração das autoridades reguladoras independentes no modelo continental não corresponder à configuração organizacional que assumem no modelo anglo-saxónico.

como, à falta de legitimidade democrática directa<sup>310</sup>. Acresce que o ordenamento jurídico português não foi imune a essa discórdia, não obstante, a revisão constitucional de 1997 veio estabelecer, no artigo 267.º, número 3, que “*a lei pode criar entidades administrativas independentes*” (VITAL MOREIRA, 1997: 134). Por esta via, tais entidades constituem uma categoria heterogénea, pois tanto podem ser criadas pela Assembleia da República, no que diz respeito à protecção de certos direitos fundamentais, por força da sua reserva relativa<sup>311</sup>, como pelo legislador ordinário, de acordo com a autorização geral que lhe é conferida<sup>312</sup>.

Acrescenta-se que, a regulação que as entidades em apreço exercem pode dividir-se em regulação sectorial, exercida numa determinada área económica, e regulação transversal, aplicada à economia no seu todo<sup>313</sup>, como é exemplo, a regulação da concorrência exercida através da Autoridade da Concorrência<sup>314</sup>. Desta forma, em face da fragmentação adveniente da existência de núcleos sectoriais de regulação, é exigível a verificação de coordenação inter-administrativa entre estas várias entidades e a Autoridade da Concorrência, uma vez que existe o claro risco de sobreposição de competências e da existência de competências paralelas<sup>315</sup>.

#### 4.2.1. Conceitualização

As autoridades reguladoras independentes são, actualmente, regidas pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto<sup>316</sup>, que, apesar

---

<sup>310</sup> O que também ocorreu no ordenamento jurídico americano.

<sup>311</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 39.º CRP.

<sup>312</sup> Daqui resulta a existência de duas esferas constitucionais (S. TAVARES DA SILVA, 2008b: 450). Contudo, VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS (2003: 250-252) entendem que, mesmo nos demais casos, a competência deve caber à AR uma vez que “*faz pouco sentido ser o próprio governo a subtrair por vontade própria, à sua direcção e responsabilização, uma parte do aparelho administrativo, em restrição à norma constitucional que o constitui como ‘órgão supremo da Administração Pública’*”.

<sup>313</sup> A este propósito, v. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS (2003: 40-41).

<sup>314</sup> A lei de defesa da concorrência anterior, Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho trouxe algumas novidades, de entre as quais se destaca o alargamento do seu âmbito de aplicação a todas as actividades económicas. Destarte, os sectores de actividade que são alvo de regulação específica passaram a ser também abrangidos, expressamente, pela regulação da Autoridade da Concorrência, situação que se mantém no artigo 2.º da actual lei de defesa da concorrência, Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Cf. PITTA BARROS (2006: 153-154).

<sup>315</sup> Vide artigo 11.º, número 3 da lei-quadro das entidades reguladoras, MARQUES/ALMEIDA/FORTE (2005: 22-23) e PEDRO GONÇALVES (2006: 566).

<sup>316</sup> De acordo com o disposto no artigo 1.º da lei-quadro das entidades reguladoras, doravante lei-quadro, esta lei é aplicável a entidades administrativas independentes que exerçam funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência em relação a actividades integradas nos sectores privado, público, cooperativo e social. Neste ensejo, o artigo 3.º, número 3, da Lei n.º 67/2013 apresenta uma lista das entidades reguladoras que ficam

de não ser isenta de críticas<sup>317</sup>, veio disponibilizar um regime geral para estas entidades que acarretou uma reforma adaptadora dos seus estatutos<sup>318</sup>. Se atentarmos no artigo 3.º da lei-quadro, percebemos que estas entidades são identificadas como *pessoas colectivas de direito público, com natureza de entidades administrativas independentes e com atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse económico geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social*<sup>319</sup>. Concludentemente, para que possam cumprir as suas funções e atribuições, de forma independente, vêm-se adstritas à verificação de um conjunto de requisitos<sup>320</sup> e princípios<sup>321</sup>.

#### 4.2.1.1. Poderes

O conceito de regulação é um conceito vasto que inclui todos os poderes – regulamentação, supervisão/fiscalização, sancionamento, resolução de litígios<sup>322</sup>,

---

subjugadas à sua vigência, excluindo o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que são regidos por legislação específica. *Vide* artigo 2.º da lei-quadro e número 4, do artigo 3.º da Lei n.º 67/2013.

<sup>317</sup> Por não ser esse o objecto da presente dissertação, não nos vamos deter em grandes considerações a respeito das incongruências encontradas nesta lei. No entanto, parece-nos relevante destacar a ausência do necessário valor reforçado, o que faz dela uma lei ordinária da AR em matéria concorrente com o Governo, que pode ser revogada por diploma posterior.

<sup>318</sup> Artigo 3.º, números 1 e 2 da Lei n.º 67/2013.

<sup>319</sup> Em relação às vantagens e desvantagens do modelo, cf. S. TAVARES DA SILVA (2008b: 453).

<sup>320</sup> Cf. artigo 3.º, número 2 da lei-quadro onde se inclui: autonomia administrativa, financeira e de gestão; independência orgânica, funcional e técnica; órgãos, serviços, pessoal e património próprio; poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções; garantia de protecção dos direitos e interesses dos consumidores. Acresce o artigo 6.º da mesma Lei segundo o qual a criação destas entidades impõe o cumprimento de certas condicionantes, como seja o de existir um interesse público na criação de uma nova pessoa colectiva para a prossecução dos objectivos visados. De acordo com GIANI (2002: 225) o interesse público que é cometido a uma determinada entidade independente não pode ficar isento de fiscalização, pelo que é necessária a identificação do seu fim, como a garantia de bom funcionamento do sector.

<sup>321</sup> Estes princípios estão elencados no artigo 4.º da lei-quadro onde se engloba: o desenvolvimento da sua actividade de acordo com elevados padrões de qualidade; a transparência na sua actuação e a gestão por objectivos determinados.

<sup>322</sup> O artigo 40.º, número 4 da lei-quadro, refere-se aos poderes de mediação destas entidades onde se inclui a disponibilização de serviços de mediação. Tal poder situa as autoridades reguladoras numa zona híbrida, uma vez que a resolução de conflitos é da competência dos tribunais, pelo que, se não descarateriza o que é próprio da função administrativa, anda muito próximo disso. Ainda assim, diremos que os tribunais não têm o monopólio da resolução dos litígios, pelo que a Administração não o está a violar. Desta feita, a questão em causa não é de usurpação de funções dos tribunais, mas sim se a resolução de litígios pode ainda constituir numa forma de a administração prosseguir o interesse público.

possibilidade de emissão de recomendações e advertências<sup>323</sup> - logo, a primeira referência que se impõe consiste no repúdio à associação que o legislador faz entre regulamentação e regulação, uma vez que o segundo constitui um conceito muito mais amplo do que o primeiro<sup>324</sup>. Ademais, apesar da amplitude do espectro de poderes que, diga-se, se assemelha ao que vimos acontecer nas *independent agencies*, a verdade é que estes não são implícitos, ou seja, estão dependentes de atribuição específica (BASSI, 2001: 339-342 e MADUREIRA PRATES, 2005: 60), o que se manifesta como uma diferença relevante entre estas e aquelas entidades com as quais partilham os poderes, como por exemplo, os tribunais que têm obviamente um poder implícito e amplo de julgar. Contudo, rapidamente se percebe porque é que assim é, uma vez que o que está em causa é uma atribuição específica necessária à boa regulação e prossecução do objectivo que lhe é conferido, o que exige limitações, nomeadamente, por exercerem funções que, em regra, não deveriam ter.

Ainda assim, o que é novidade não é o facto de serem dotadas destes poderes, porquanto estes já existem na restante Administração, a inovação está sim na circunstância de estas entidades agregarem esses poderes na totalidade<sup>325</sup>, o que as torna auto-suficientes, *i.e.*, faz delas um verdadeiro soberano sectorial dotado de uma superioridade regulatória: estabelece as regras, supervisiona, fiscaliza a sua implementação e sanciona o seu incumprimento. Acresce que o exercício destes poderes é, por vezes, bastante agressivo, em especial no domínio sancionatório, no qual os montantes das coimas podem atingir valores exorbitantes aos quais se soma, muitas vezes, a aplicação de sanções acessórias e de sanção pecuniária compulsória. Tal é agravado pelo facto de os produtos das coimas serem, por força do artigo 36.º da lei-quadro, entregues à própria entidade<sup>326</sup>.

Destarte, somos forçados a concluir que esta convivência aglutinadora de competências é algo que não encontra paralelo com nenhuma outra estrutura normativa,

---

<sup>323</sup> Há dois tipos de recomendações, recomendação genérica que antecipa aquilo que pode vir a ser obrigatório no futuro ou pretende estimular boas práticas, e recomendações-intimação, previstas nos estatutos da ANACOM, em que se visa, primeiro, recomendar, e, em caso de incumprimento posterior, sancionar.

<sup>324</sup> No mesmo sentido, v. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS (2003: 16) e, em sentido mais duvidoso, MADUREIRA PRATES (2005) que se refere à função regulatória em sentido estrito no caso da emissão de regulamentos independentes.

<sup>325</sup> V. GUILHERME CATARINO (2010: 33). De acordo com o mesmo Autor “*Autoridades sectoriais altamente especializadas como a CMVM e outros reguladores traduzem nos seus amplos poderes discricionários uma mediação entre a pretensão de politicidade e de neutralidade da economia – o que implica, nas palavras de LAZZARA, não só uma ‘reserva de administração’ mas uma ‘reserva de tecnicidade’*”, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 80-81).

<sup>326</sup> Embora se admita que não seja na totalidade, que, como veremos, é o que acontece no caso da ERSE.

ressalvado o Estado, pelo que estas entidades ocupam uma posição institucional, no mínimo, estranha. Está lançado o mote para a reflexão que aqui nos propomos e, para trilhar o caminho da análise, impõe-se a ponderação de algumas considerações prévias.

*Primo*, o artigo 3.º da lei-quadro associa o conceito de entidades reguladoras ao de independência<sup>327</sup> e, no seu número 2, especifica que essa independência é tripla: orgânica, funcional e técnica, pelo que, em princípio, estas entidades não se encontram sujeitas a directrizes ou instruções governamentais, exercendo as suas funções de forma livre<sup>328</sup>.

Facto é que essa independência se faz sentir em relação ao Governo e não em relação ao Estado, surge então o problema: se a administração independente está dentro do Estado, mas não tem legitimidade democrática própria, como é que se insere num sistema administrativo de tipo democrático como é o nosso<sup>329</sup>? E como é que se justifica a titularidade de poderes tão amplos como os quase-legislativos<sup>330</sup> e os quase-jurisdicionais<sup>331</sup>? Estas interrogações manifestam-se de forma agravada em função do

---

<sup>327</sup> Vide GUILHERME CATARINO (2010: 74-77) e PAULO OTERO (2003: 318).

Para BLANCO DE MORAIS (2012: 193-195) o conceito de independência por nós adoptado é distinto daquele que vigora no modelo anglo-saxónico.

<sup>328</sup> O conceito de independência não deve ser confundido com o de autonomia, uma vez que este último serve para a compreensão de uma outra realidade administrativa – a das administrações autónomas – que estão fora do Estado e têm legitimidade democrática própria, por isso prosseguem interesses públicos não estaduais radicados naquela colectividade. Por sua vez, as entidades reguladoras são criadas para regular actividades que, apesar de privatizadas, permanecem como actividades de interesse público, logo, prosseguem interesses que são ainda interesses do Estado e, nessa sequência, fazem parte da administração estadual.

Repare-se que essa independência também se manifesta em relação aos regulados como forma de evitar a captura do regulador. Neste ensejo, são fixadas várias garantias tendentes a possibilitar o seu cumprimento de entre as quais se destaca a vinculação à Constituição e lei, a consagração de um princípio da imparcialidade, a vigência de um regime de incompatibilidades e impedimentos, a fixação da inamovibilidade e a imposição de um período pós-saída da entidade durante o qual o titular em causa não pode exercer a sua actividade numa outra entidade. Vide GUILHERME CATARINO (2010: 310-315) e S. TAVARES DA SILVA (2008b: 392-393).

<sup>329</sup> A propósito desta falha na legitimidade democrática, v. GUILHERME CATARINO (2010: 78), PAULO OTERO (2003: 320) e SANTAMARÍA PASTOR (2002a: 668-669).

Deve ter-se presente que a problemática da legitimação assola as agências não só entre nós, mas também nos EUA onde as entidades criadas após a *Interstate Commerce Commission* geraram problemas de legitimação, que se somam aos já referidos problemas de constitucionalidade (GUILHERME CATARINO, 2010: 30).

<sup>330</sup> Com a emissão de regulamentos independentes que, ainda hoje, levantam muitas controvérsias, decorrentes, designadamente, da sua articulação com o artigo 112.º/5 CRP, dando-se cumprimento à *deslegalização em sentido técnico*, ou seja, ao decréscimo da regulamentação legislativa, com evolução para um modelo de legalidade formal (PEDRO GONÇALVES, 2006: 552-553 e S. TAVARES DA SILVA, 2008b: 397-398 e 2010c: 85).

<sup>331</sup> Como temos vindo a referir e, de resto, está subjacente ao estudo, a atribuição de poderes sancionatórios às entidades reguladoras origina um movimento contrário de retirada dessas competências aos tribunais, o que motiva receios em relação às garantias que são aplicáveis a esses processos. No entanto, parece-nos que ficou claro no capítulo I que essas são igualmente válidas nesta sede, não fazendo mácula na relevância que os poderes sancionatórios assumem na regulação.

enquadramento dúbio resultante do artigo 267.º, número 3 CRP que se limita a fazer menção à legitimação para a criação destes entes sem nada acrescentar ou referir em relação aos poderes de que estas entidades podem ser titulares, bem como dos respectivos limites que se devem fazer sentir<sup>332</sup>, e muito menos do solucionamento do referido défice democrático (VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, 2003: 250-252).

Ora, a atribuição de poderes públicos advém de uma lógica circular que se perspectiva numa hierarquização subordinada, uma vez que, o Governo depende do Parlamento, o que faz com que fique, igualmente e necessariamente, subordinado aos cidadãos. Consequentemente, o sistema está pensado para a legitimação da actuação administrativa pública assente nessa dependência que por se notar em relação ao Governo, implica a estrutura. O problema é que a administração independente foge a este enquadramento<sup>333</sup>, precisamente por força desse adjetivo que a acompanha.

Como se justifica então? Será que existe um verdadeiro corte com o Governo? Sabemos que o princípio é o de que não tem nenhuma interferência nesta sede, mas verificam-se desvios pontuais previstos na própria lei-quadro que podem fazer girar o pêndulo noutra direcção. A título de exemplo, os *dirigentes das entidades reguladoras são escolhidos pelo Governo*, embora sejam dotados de independência orgânica e essa escolha exija audição parlamentar e parecer da Cresap, havendo uma vinculação de facto do Governo a ambos. Por outro lado, há *tutela do ministério*, ainda que o desencontro de mandatos e a sua inamovibilidade asseguram a independência. Por último, vislumbra-se, também, um *poder de audição* (41.º/1) e uma *ideia de tutela financeira* (36.º/4, 45.º/4, 5, 6, 7 e 8)<sup>334</sup>.

---

Ademais, esses poderes sancionatórios são essenciais à prossecução de uma supervisão plena, uma vez que a mera possibilidade de punição garante, pelo menos em termos teóricos, algum efeito útil à actuação regulatória. Concludentemente, as contra-ordenações acautelam “*o bem jurídico do funcionamento adequado e eficiente daquela entidade que visa a prossecução de funções constitucionalmente consagradas*” (S. TAVARES DA SILVA, 2008b: 431), pelo que está em causa a existência de uma função que se apresenta como materialmente judicial, assim GUILHERME CATARINO (2010: 844). São estas circunstâncias que corroboram a nossa posição de poder sancionatório administrativo como direito punitivo.

Cf. PRATA ROQUE (2009: 389-390).

<sup>332</sup> O preceito não foi inclusivamente determinante para o aparecimento do fenómeno das agências em território nacional, uma vez que, antes da sua consagração já existiam, como é exemplo a ERSE.

<sup>333</sup> Interrompe-se o circuito *top-down* (VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, 2003: 47), o que “*permite uma maior simbiose e adesão à realidade e necessidade social, como nos modelos comunitaristas, e uma nova forma institucional de auctoritas: participada, transparente, autónoma, neutral ou imparcial*”, cf. GUILHERME CATARINO (2010: 77).

<sup>334</sup> Seguimos aqui de perto o entendimento de PEDRO GONÇALVES.



É precisamente a existência deste tipo de influência governativa que leva a que a doutrina não tenha uma opinião unânime a propósito da integração das autoridades reguladoras independentes na orgânica administrativa. Tal é assim porque, se se admite a possibilidade de constrangimentos externos ancorados num poder de ingerência do Governo, então tem igualmente de se admitir que falha a lógica subjacente à categoria da administração independente. Logo, ainda que menores, existem poderes de superintendência, pelo que, se não são verdadeiramente independentes do Governo<sup>335</sup>, a solução tem de passar por as colocar no domínio da administração estadual indirecta<sup>336</sup>.

Assim, apesar de constituírem entidades que, na sua génese, são independentes, estas não estão isentas de controlo, desde logo, político<sup>337</sup>, judicial<sup>338</sup>, financeiro e, talvez um dos mais importantes por ocorrer em simultâneo com o procedimento decisório, o controlo de legitimação<sup>339</sup>, baseado no cumprimento de um princípio de participação de todos os envolvidos, incluindo os regulados, o que demonstra a opção pela *smart regulation*, assente

---

<sup>335</sup> GUILHERME CATARINO (2010: 309) é peremptório a afirmar a inexistência de intervenção inter-administrativa governamental, o que se afirma como condição essencial para a participação nas organizações externas como sejam a OCDE. Ainda assim, mais à frente no seu discurso (2010: 377) refere-se a uma “*quase absoluta ausência de controlo do Governo, substituído por mecanismos de controlo parlamentar*”.

Queremos apenas dar conta que a nossa posição não coloca em causa essa participação, para o comprovar basta atentarmos no que será referido *infra* a propósito do modelo de entidade reguladora energética defendido pela União, no qual esse poder é admitido.

Ainda neste ponto, v. PEDRO GONÇALVES (2006: 549-551).

<sup>336</sup> VIEIRA DE ANDRADE (2010: 99) resolve a questão através da criação de uma nova categoria dentro da administração estadual indirecta – administração indirecta independente - susceptível de albergar esta nova realidade, posição com a qual manifestamos a nossa plena anuência.

<sup>337</sup> FERNANDA MAÇÃS (2006: 25) defende a inexistência de controlo político. Esta é uma posição com a qual não concordamos, precisamente por se admitir a existência dessas ligações com o Governo. Desta feita, à semelhança do que vimos acontecer com as *independent agencies*, também cá ao controlo político *ex post* acresce um controlo *ex ante* manifestado no diploma legislativo de criação da entidade. Atente-se aqui no artigo 7.º da lei-quadro das entidades reguladoras, segundo o qual é ao governo que cabe definir e aprovar, por Decreto-Lei, os estatutos da entidade reguladora que devem integrar os elementos elencados nas várias alíneas do número 3 do citado artigo. Repare-se que, a alínea c) se refere aos poderes de que estas entidades podem vir a ser titulares.

<sup>338</sup> Embora a propósito do controlo a efectuar pelos tribunais se levantem algumas dúvidas em função da chamada discricionariedade técnica que está subjacente às decisões das entidades administrativas.

Diga-se, contudo, que as concepções ideológicas do ordenamento influenciam a sua posição em relação a esse controlo, o que é comprovado, por exemplo, pelo caso do ordenamento jurídico francês onde o controlo judicial é mais forte, v. GUILHERME CATARINO (2010: 121).

<sup>339</sup> Por esta via, a clássica atribuição de legitimidade baseada em princípios democráticos, é preterida face a um novo tipo de legitimação marcado pela participação e tecnicidade, assim PRATA ROQUE (2009: 375). O que, mais uma vez, cumpre os desígnios do novo direito administrativo.

Não obstante, em virtude da inexistência de legitimidade democrática, A. RAQUEL MONIZ (2004: 519) defende que a “*devolução de tarefas estaduais*” às entidades consideradas não pode gerar um princípio geral de administração, mantendo-se como uma “*solução especial*” que deve ser seguida “*quando tal se manifeste necessário à eficaz prossecução dos interesses públicos em causa*”.

na *governance* regulatória, enquanto modelo de regulação inteligente tendente a evitar as falhas de mercado e de regulação (S. TAVARES DA SILVA, 2010c: 82 e 2011: 180 e 181).

Tendo solucionado esta primeira questão relativa à legitimação e controlo, impõe-se uma outra, a de saber como é que a confluência de poderes nas entidades administrativas se relaciona com o princípio da separação de poderes. De facto, os princípios do Estado de Direito e Democrático apresentam-se como garantia e limite da actuação pública, pelo que ditam a vigência do princípio da separação de poderes de ideário francês<sup>340</sup>, de acordo com o qual cada poder passou a ter um conjunto de atribuições características que não podem ser excedidas, salvaguardando o bom exercício da sua função. No entanto, a dúvida que tem de se colocar é a de se o princípio não perdeu já alguma da sua robustez perante a nova função estadual governativa, *i.e.*, perante a função regulatória (S. TAVARES DA SILVA, 2011: 167) e da interacção de novas estruturas organizacionais niveladas (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 189, 193).

Numa primeira aproximação à resposta, sabemos que estas novas estruturas, particularmente as *independent agencies*, levaram a um debate, não só doutrinal, mas também político, a propósito da possível vigência de um *fourth branch* separado do *executive branch*<sup>341</sup>. No modelo anglo-saxónico essa discussão tinha como bases o facto de estas figuras serem concebidas fora da harmonia do *checks and balances*, o que ainda era mais atentatório em face dos poderes efectivamente conferidos. Facto é que esta posição não prevaleceu, desde logo em face da admissibilidade judicial da figura (GUILHERME CATARINO, 2010: 101 e MÖLLERS, 2013: 189).

Posto isto, será que os instrumentos clássicos estão aptos a actuar no seio destas novas tendências? Em 2003, SCHMIDT-ASSMANN (2003: 418) defendia que o princípio da separação de poderes tinha de responder à realidade da europeização<sup>342</sup>, não por o direito

---

<sup>340</sup> A separação de poderes constitui um dos princípios do nosso Estado de Direito e emergiu em termos expressivos com a passagem do Estado de Polícia ao Estado mínimo, ancorado na teorização de LOCKE e MONTESQUIEU que defendiam uma separação em sentido político. Desta feita, surgiu como uma forma de combate à hegemonia estatal decorrente da concentração de poderes. Não obstante, a génese do princípio não radica no século XIX, mas sim na Antiguidade Clássica, *maxime*, com Aristóteles. Neste ensejo, no século XIX assistiu-se à recuperação do princípio que passou a ser considerado de um tríplice ponto de vista: político, organizatório e material. Sobre este ponto, cf. MÖLLERS (2013: 16-26).

<sup>341</sup> No que concerne a esta temática do quarto poder, v. GIANI (2002: 158) e PAULO OTERO (2003: 323).

<sup>342</sup> Repare-se que há autores que discutem a vigência deste princípio no seio da União Europeia, mormente no que tange aos poderes executivo e legislativo onde se regista a maior tensão, por todos, MÖLLERS (2013: 47, 169-171).

européu não se encontrar limitado por este princípio, mas por se evidenciar uma repartição de tarefas entre a União e os Estados-membros, o que nos transporta para uma nova dimensão do princípio que apresenta hoje uma estrutura bicéfala (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 388). Destarte, constatamos que a estrutura clássica do princípio sofreu modificações provenientes da globalização e europeização, nomeadamente por força da flexibilização de fronteiras que acarretaram, pela subjugação a organizações internacionais e supranacionais ou mesmo pela possibilidade de figuras como o *forum shopping*<sup>343</sup>, o que associado à afirmação absoluta do princípio da colaboração levou a este desfecho natural (S. TAVARES DA SILVA, 2008a: 902).

Pense-se no já referido exemplo dos SIEG que correspondem hoje a anseios comunitários, *i.e.*, a domínios cujo interesse deixa de ser somente nacional e passa a ser europeu: não estarão os Estados a exercer competências comunitárias? Será que a aplicação de sanções não corresponde igualmente a um exercício descentralizado da competência da União Europeia, exercida através de entidades independentes que executam o direito comunitário por força do princípio da competência limitada da União? Não se poderá dizer que isso implica uma modificação do direito sancionatório destas entidades?

É em face deste enquadramento generalizado que pretendemos agora discutir o papel que a sanção contra-ordenacional adquire, visando escrutinar a sua actual natureza em virtude, mormente, da necessidade de salvaguarda das redes transeuropeias e da efectivação das garantias dos cidadãos, tendo por base o sector da energia. É este o nosso compromisso para as próximas páginas.

---

<sup>343</sup> Cf. MÖLLERS (2013: 153, 167 e 227).

### Capítulo III - O poder sancionatório da ERSE como caso de estudo

#### 1. Sector energético como sector globalizado e europeizado

##### 1.1.O sector energético internacional (breve referência)

A energia mostra-se como um domínio de significativa vocação internacional, desde logo, por força das relações energéticas contratuais que se estabelecem entre os seus intervenientes, principalmente, entre os Estados produtores/comercializadores e os Estados receptores/consumidores, acarretando a necessidade de uma regulação internacional<sup>344</sup>.

A prova da carência de salvaguarda dessas relações internacionais fez-se com a criação, em 1974, da *Agência Internacional de Energia – AIE* - enquanto forma de resposta à crise petrolífera que então se fazia sentir, tendo em vista um conjunto de objectivos principais: acautelamento das rupturas nos abastecimentos de petróleo através da manutenção e melhoria dos sistemas; promoção de políticas económicas racionais globais, com o estabelecimento de relações de cooperação tanto com países terceiros, como indústria e organizações internacionais; definição no mercado internacional de um sistema de informação permanente para o petróleo; desenvolvimento de fontes de energia alternativas e aumento da eficiência no uso, como vias de melhoramento global do abastecimento de energia e da estrutura da procura; favorecimento da cooperação internacional no domínio das tecnologias de energia e auxílio à integração das políticas ambientais e energéticas.

Actualmente, a AIE constitui uma organização autónoma votada à análise das questões energéticas e à promoção de políticas aptas a melhorar a confiança, acessibilidade e sustentabilidade da energia. Acresce o facto de operar em quatro áreas principais – segurança energética, desenvolvimento económico, consciencialização ambiental e cooperação internacional<sup>345</sup>. Neste ensejo, cabe-lhe, ainda, um importante papel na publicação e divulgação de documentos e *handbooks*, como o “*25 Energy Efficiency Policy*

---

<sup>344</sup> Repare-se que a necessidade de regulação energética à escala global começou a ser desenhada a partir do momento em que surgiu a indústria petrolífera, sobretudo em termos comerciais. Para um estudo mais intenso, cf. S. TAVARES DA SILVA (2011: 14-15).

<sup>345</sup> Informação disponível em <<http://www.iea.org/aboutus/history/>>, visto pela última vez a 16 de Junho de 2015.

*Recommendations – 2011 update*”<sup>346</sup> ou o “*Energy Efficiency Governance de 2010*”<sup>347</sup>, assim como na apresentação de manuais de estatística e perspectivas de futuro para a energia<sup>348</sup>.

## 1.2.O sector energético no quadro das políticas europeias

Como referido sumariamente, um dos principais objectivos da integração europeia residiu na criação de um mercado interno<sup>349-350</sup>, fundado numa ideia de participação combinada, uma vez que o artigo 4.º/2-a) TFUE fixou uma competência partilhada entre União e Estados-membros que, como é óbvio, se estende aos domínios das redes transeuropeias e da energia, conforme o disposto no artigo 4.º/2-h) e i) do mesmo diploma. Não obstante, o processo criador do mercado interno desencadeado por acção da União tem sido demasiado arrebatador, pelo que, sob o ímpeto de simplificação do procedimento de integração, tem diminuído drasticamente o campo de acção estadual, em especial no sector que aqui nos vai prender – o da energia<sup>351</sup> - o que o torna num importante caso de estudo.

### 1.2.1. Origem

O sector energético foi alvo de um paulatino e crescente interesse europeu que remonta ao final da segunda guerra-mundial, designadamente, a 1951 com a criação da CECA<sup>352</sup> e a 1957 com a EURATOM<sup>353</sup>. Seguiu-se, em 1960, a assunção da necessidade de cooperação energética inter-estadual, o que ocasionou a partilha de reservas estratégicas de

---

<sup>346</sup> Disponível em <<http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/25-energy-efficiency-policy-recommendations---2011-update.html>>, visto pela última vez a 16 de Junho de 2015.

<sup>347</sup> Disponível em <<http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/energy-efficiency-governance---handbook.html>>, visto pela última vez a 16 de Junho de 2015.

<sup>348</sup> As formas clássicas de actuação no domínio da energia estão hoje ultrapassadas por uma associação à tecnologia e ambiente, o que remete para a aposta na diplomacia económica, v. S. TAVARES DA SILVA (2011: 16).

<sup>349</sup> Comprovado pelo artigo 3.º/3 TUE.

<sup>350</sup> Vide artigo 26.º do TFUE que além de enfatizar que cabe à União adoptar as medidas destinadas a assegurar o mercado interno e a assegurar o seu funcionamento, delimita, no seu número 2, aquilo que deve ser entendido como tal, referindo que este “*compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados*”.

<sup>351</sup> Cresceu de tal forma que hoje abrange os mais variados domínios como o dos transportes e da indústria.

<sup>352</sup> Através da assinatura do Tratado de Paris a 18 de Abril de 1951, que entrou em vigor a 23 de Julho de 1952.

<sup>353</sup> Com a assinatura do Tratado de Roma a 25 de Março de 1957, em vigor desde 1 de Janeiro de 1958.

petróleo (COMISSÃO EUROPEIA, 2013: 4), e estimulou a assinatura, em 1986, do Acto Único Europeu<sup>354</sup>, apresentado como um acto de *aprofundamento da integração europeia* (JÓNATAS MACHADO, 2010: 16). Destarte, foi neste momento que se procedeu à reforma dos Tratados e estabeleceu o objectivo da formação de um mercado interno até 1992<sup>355</sup>, como forma de reforço da coesão económica e social, *maxime* com a coordenação da política económica<sup>356</sup>, com o avanço tecnológico<sup>357</sup> e com a construção de políticas comuns assentes no vector da cooperação. Contudo, deve ter-se presente que, mesmo antes desta revisão, o Livro Branco da Comissão relativo à criação do mercado interno de 1985 tinha reconhecido a necessidade de, até 1992, se abranger os sectores excluídos, entre os quais se encontrava o sector energético.

A esta senda inovatória de direito derivado, associou-se a transformação do direito originário com a consagração do artigo 194.º do TFUE<sup>358</sup> que, cumulando o fomento do mercado interno com a questão ambiental, fixa como objectivos para a política energética europeia, num *espírito de solidariedade entre os Estados membros*: a garantia de funcionamento do mercado da energia e da segurança do aprovisionamento energético; a promoção da eficiência energética e das economias de energia, com a aposta em energias novas e renováveis; e a promoção da interconexão das redes de energia. Por esta via, o direito europeu originário passou a enquadrar, directamente e de forma centralizada, os objectivos

---

<sup>354</sup> Foi assinado a 28 de Fevereiro de 1986 e entrou em vigor a 1 de Julho de 1987.

<sup>355</sup> No seu capítulo II, secção II, subsecção I, relativa ao mercado interno foram aditados os artigos 8.º-A, 8.º-B e 8.º-C ao Tratado CEE impondo uma actuação concertada da Comunidade no sentido de instituir, progressivamente, um mercado interno até 31 de Dezembro de 1992. Todavia, deve lembrar-se que o Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Económica Europeia já previa a criação de um mercado comum, de união aduaneira e de políticas comuns, ao qual estavam associadas as quatro liberdades fundamentais. Cf. artigos 2.º e 3.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

<sup>356</sup> Cf. artigo 23.º do Acto Único Europeu.

<sup>357</sup> V. artigo 24.º do Acto Único Europeu.

<sup>358</sup> Aditado pelo artigo 2.º, 147) do Tratado de Lisboa de 2007. Anteriormente a esta consagração de direito originário destacam-se a Carta Europeia de Energia, assinada a 17 de Dezembro de 1991 em Haia, o Tratado da Carta de Energia e o Protocolo da Carta da Energia relativo à eficiência energética e aspectos ambientais associados, assinados a 17 de Dezembro de 1994 em Lisboa, que tinham em vista a cooperação a longo prazo no domínio da energia com base nos objectivos e princípios da Carta de Energia, com respeito pelos princípios de uma política destinada a promover a eficiência energética e com a redução dos impactes ambientais negativos dos sistemas energéticos. Cf. artigo 2.º do Tratado da Carta da Energia e artigo 1.º do Protocolo.

É também relevante o Tratado que visava criar uma constituição para a União Europeia, vocacionado para a substituição dos Tratados anteriores, com excepção do EURATOM, e que, na sua parte III, dispunha a propósito das políticas interna e externa da União, nas quais tinha lugar o sector energético. No entanto, este não logrou obter sucesso.

Vide SOARES/S. TAVARES DA SILVA (2014: 70).

energéticos da União, o que se exprime como “*um desfecho quase natural da crescente relevância que aquele sector económico havia adquirido quer como elemento estratégico e de reforço da cooperação entre os Estados, quer como suporte do mercado interno europeu*” (SOARES/S. TAVARES DA SILVA, 2014: 72).

Conclui-se que, o aprofundamento da política energética europeia se deveu a uma criação normativa de direito europeu derivado, seguida por uma produção de direito europeu originário. A estas acresce uma promoção política, sobretudo com a integração da política energética na agenda de objectivos da Comissão Europeia, ainda que associada à questão ambiental, resultante da presença de interesses estratégicos comuns que têm de ser salvaguardados.

#### 1.2.1.1. Livro branco sobre a *governance* europeia<sup>359</sup>

Este instrumento constitui um importante elemento de enquadramento da acção comunitária global e, naturalmente, é também relevante para o sector energético. Daqui decorre a prossecução de uma participação activa e da correspondente abertura da União, num sentido mais inclusivo, de acordo com um maior nível de colaboração<sup>360</sup> e interacção regional, assente numa lógica de diálogo e de flexibilidade na implementação da legislação comunitária.

Desta feita, um dos seus principais objectivos radica na defesa de melhores políticas, com recurso a novos instrumentos como a co-regulação, bem como numa regulação de maior qualidade, mais simples e efectiva<sup>361</sup>. Este documento dá, igualmente, um amplo destaque às agências europeias e ao papel que estas devem assumir na aplicação da legislação

---

<sup>359</sup> Constante da COM (2001) 428 final, de 25 de Julho de 2001. Na sequência do livro branco surgiu a COM (2002) 275 final, de 5 de Junho de 2002, designada “*European Governance: Better Lawmaking*” que se refere a três comunicações previstas para todas as áreas regulatórias da UE: i) “*Simplifying and improving the regulatory environment*” – *an action plan*; ii) *Promoting a culture of dialogue and participation*; iii) *Systematising impact assessment by the Commission*.

<sup>360</sup> Com respeito por cinco princípios básicos: abertura, participação, responsabilidade, efectividade e coerência, aos quais se acrescentam os, sempre presentes, princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

<sup>361</sup> Tal implica a avaliação de sete factores com destaque para a análise de propostas com o intuito de escrutinar se a intervenção deve ser europeia e se deve ser regulatória.

comunitária, além de fixar as condições para a sua criação, dependentes de uma avaliação *case-by-case*<sup>362</sup>.

### 1.2.2. Harmonização da política energética europeia

À evolução geral de defesa dos interesses estratégicos comunitários acresce um processo de harmonização da política energética europeia cumprida por três importantes marcos históricos – denominados como pacotes energéticos<sup>363</sup> – que se sucederam e que garantiram a solidificação das relações europeias, com respeito pelas ideias-base do acesso ao mercado, transparência, regulamentação, protecção dos consumidores, interligação e desenvolvimento de redes<sup>364</sup>.

O primeiro desses pacotes remonta à segunda metade dos anos 90 e integra as Directivas 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado da electricidade, e 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, que fixa as regras comuns para o mercado do gás natural<sup>365</sup>. Por sua vez, o segundo pacote energético revogou as normas anteriores e é integrado pelas Directivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 26 de Junho de 2003, bem como pelos Regulamentos (CE) do Parlamento Europeu e do Conselho n.ºs 2003/1228/CE, de 26 de Junho de 2003, e 2005/1775/CE, de 28 de Setembro. Por último, temos o terceiro pacote energético<sup>366</sup>, substitutivo do quadro anterior, do qual fazem parte as Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, datadas de 13 de Julho de 2009, relativas ao mercado

---

<sup>362</sup> Remetemos para o que vai ser dito no ponto 1.2.3. do presente capítulo.

<sup>363</sup> Sem prejuízo de outras disposições comunitárias anteriores que demonstram a importância do sector, como é exemplo a Directiva 90/377/CEE, do Conselho, de 29 de Junho de 1990, que estabelecia um processo comunitário tendente a assegurar a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e electricidade.

<sup>364</sup> Estes pacotes legislativos são densificados por comunicações da Comissão como seja a COM (2012) 663 final, de 15 de Novembro de 2012, que define um plano de acção para fazer funcionar o mercado interno da energia, ou a Comunicação da Comissão “Uma política Energética para a Europa”, COM (2007) 1 final, de 10 de Janeiro de 2007, que se refere à importância do mercado interno da electricidade e à necessidade de criação de condições de igualdade para todas as empresas instituídas na Comunidade.

<sup>365</sup> Na primeira Directiva relativa ao mercado interno da electricidade fixaram-se regras comuns para a produção, transporte e distribuição da electricidade, definiram-se as modalidades de organização e funcionamento do sector, determinaram-se as regras de acesso ao mercado, assim como os critérios e procedimentos aplicáveis ao concurso, cf. CASTRO GARCÍA-MORATO/ARIÑO ORTIZ (2003: 613-617) e DESAMA (2004: 2-3).

<sup>366</sup> Entrou em vigor a 3 de Março de 2011.



da electricidade e do gás natural, respectivamente, assim como os Regulamentos (CE) n.ºs 713/2009<sup>367</sup>, 714/2009 e 715/2009<sup>368-369</sup>, também de 13 de Julho de 2009.

Em face deste enquadramento normativo, o modelo clássico de serviço público essencial, caracterizado por um sector verticalmente integrado pertencente a um monopólio natural, no qual não existe liberdade de escolha dos consumidores, foi superado. Surgiu então aquilo que podemos designar como *modelo moderno* que é marcado por uma dúlice faceta, a primeira manifesta-se na facilitação do acesso dos prestadores ao mercado e a segunda corresponde à fixação de uma possibilidade de escolha efectiva do consumidor, permitindo que este retire benefícios de um mercado verdadeiramente integrado e concorrencial<sup>370</sup>. Consequentemente, é-lhe atribuído um conjunto de características principais que residem: na *desagregação vertical* [e horizontal] *dos sectores organizados em monopólio natural* (NESTER, 2006: 56-57)<sup>371</sup>, com a separação das actividades sujeitas a concorrência potencial ou efectiva – produção e comercialização -, daquelas que conservam as características de monopólio – o transporte e a distribuição (CASTRO GARCÍA-

---

<sup>367</sup> Alterado pelo Regulamento (UE) n.º 347/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2013.

<sup>368</sup> Regem o acesso às redes para o comércio transfronteiriço de electricidade e as condições de acesso às redes de transporte de gás natural, respectivamente.

<sup>369</sup> O Regulamento (CE) n.º 714/2009 foi alterado pelo Regulamento (UE) n.º 347/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2013 e Regulamento (UE) n.º 543/2013, da Comissão, de 4 de Junho de 2013. Por sua vez, o Regulamento (CE) n.º 715/2009 foi alterado pela Decisão n.º 2010/685/UE, da Comissão, de 10 de Novembro de 2010, Decisão 2012/490/UE, da Comissão, de 24 de Agosto de 2012, pelo Regulamento (UE) n.º 347/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2013, e Decisão (UE) 2015/715, da Comissão, de 30 de Abril de 2015.

<sup>370</sup> Cf. VASCONCELOS (2004). Ambas as Directivas de 2009 se referem, nos seus preâmbulos, ao mercado interno da electricidade e do gás natural como uma via de promoção de “*uma possibilidade real de escolha a todos os consumidores da União Europeia, sejam eles cidadãos ou empresas*”. Um exemplo dessa escolha encontra-se na comercialização onde se permite que o consumidor escolha a melhor tarifa, cf. FERREIRA MONTE (2009: 244).

<sup>371</sup> Mais uma vez, estamos na presença de uma importação do sistema anglo-saxónico, no caso da teoria do *unbundling* que levou à separação física, patrimonial e contabilística das actividades concorrenciais exercidas na rede.

De facto, aí, onde a energia é regulada desde 1879, ainda que, numa primeira fase, através dos municípios (JARREL, 2007: 219), o sistema verticalmente integrado foi desaparecendo por força de uma gradual abertura da actividade de produção federal ao mercado e, naturalmente, à concorrência, não só com recurso a actos normativos, como o PURPA Act de 1978 e EAct de 1992, mas também com a reformulação da rede de transporte e com a criação dos ISOs – *Independent System Operators* -, embora, mais tarde, se tenha incentivado o desenvolvimento dos RTOs – *Regional Transmission Operators*.

A ideia inicial assentava na aposta nos mercados grossistas e, em meados dos anos 90, vários Estados federados começaram a experimentar a dissociação entre venda e distribuição. Actualmente, a regulação do comércio de electricidade cabe a um regulador federal, v. MÉRITET (2004: 22-23, 29-30).

MORATO/ARIÑO ORTIZ, 2003: 15-43 e CASTRO GUERRA, 2001: 139)<sup>372</sup>; na cooperação alargada; na facilitação do acesso transfronteiriço; na criação de entidades reguladoras independentes; na transparência da actuação; e, por último, na defesa de uma política de cariz social com a protecção dos consumidores vulneráveis e com o cumprimento de obrigações de serviço público<sup>373-374</sup>. Evidentemente, o modelo passa a estar virado para o mercado e concorrência aportado numa regulação que se pretende eficiente<sup>375-376</sup>.

Esta nova conceitualização teve a necessária repercussão na jurisprudência comunitária, pelo que podemos chamar à colação alguns exemplos da sua dinâmica de aplicação prática.

O primeiro caso que vamos apresentar consiste no acórdão *Schulz e Egbringhoff*, resultante dos processos apensos C-359/11 e C-400/11, de 23 de Outubro de 2014, nos quais se deduziu pedido prejudicial em virtude da aposição de cláusulas eventualmente ilegais em contratos celebrados com os consumidores abrangidos pela obrigação geral de fornecimento. No que tange ao primeiro processo, aquando da aquisição, em 1990, de um terreno pertencente a uma associação de municípios, o comprador assumiu o compromisso de

---

<sup>372</sup> Seguindo o discurso de GLACHANT/PEREZ (2009: 198), na energia temos o mercado dos serviços e o monopólio das infra-estruturas. O que se verifica igualmente em outros domínios regulados como as telecomunicações e ferrovias. Por conseguinte, enquanto nas actividades concorrenciais está em causa a liberdade de entrada, de acesso, de contratação e de formação de preços, nas não concorrenciais visa-se a instalação e gestão de infra-estruturas e a salvaguarda das prestações integradas no serviço universal, v. CASTRO GARCÍA-MORATO/ARIÑO ORTIZ (2003: 15/43).

Foi no domínio das actividades não concorrenciais que se desenvolveu a *Essential Facilities Doctrine* que remonta ao direito norte-americano, mais propriamente ao caso *United States vs. Terminal Road Association*, de 1912, que, apesar de não ter feito expressa referência à doutrina, lançou as bases da noção, que veio a ser efectivamente utilizada pela primeira vez no caso *Hecht vs. ProFootball* de 1977, v. NESTER (2006: 78, 111).

<sup>373</sup> A identificação e concretização dos requisitos de serviço público cabem ao domínio nacional, de acordo com aquilo que são as suas circunstâncias internas e com respeito pelo direito comunitário, cf. artigo 3.º/1 da Directiva 2009/72/CE, bem como o seu número 2, que impõe a necessidade de assegurar o serviço público, particularmente em matéria de segurança, regularidade, qualidade, fornecimento do serviço, qualidade/preço do fornecimento, protecção do ambiente, eficiência energética, produção a partir de fontes de energia renováveis e protecção do clima. De igual forma, cf. artigo 3.º/1 e 2 da Directiva 2009/73/CE.

Cf. artigo 81-a) CRP, FRIER (2005: 68) e NOLL (2001: 37).

<sup>374</sup> A europeização do sector da energia é também visível no *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades da política económica*, assinado a 17 de Maio de 2011, onde se previam um conjunto de objectivos a atingir. Destes destacam-se os relacionados com a liberalização do mercado energético, sendo que se aproveitou a conjuntura para impor que o Estado português eliminasse as tarifas reguladas na electricidade e no gás natural, definisse o conceito de consumidor vulnerável e terminasse a transposição do terceiro pacote energético com a garantia de todos os poderes às autoridades reguladoras nacionais, em especial, o poder sancionatório. Previu-se ainda o aprofundamento da integração no MIBEL e no MIBGÁS e a limitação dos sobrecustos de produção de electricidade.

<sup>375</sup> Em relação aos objectivos que se pretendem atingir com este modelo, FERREIRA MONTE (2009: 247).

<sup>376</sup> Sobre este modelo, a propósito do gás natural, CUSSAGUET (2004).

utilizar maioritariamente o gás natural nos imóveis que iria construir, sendo que o gás necessário para o aquecimento das instalações e da água quente seria totalmente obtido através da empresa municipal de Weingarten (Alemanha). Contudo, o contrato possibilitava a alteração pelo fornecedor, de forma unilateral, dos preços, bastando-lhe a prestação da informação desse aumento de tarifa ao consumidor para, querendo, rescindir o contrato. A questão está em que o fornecedor foi sucessivamente aumentando o preço. O processo C-400/11 é muito semelhante, uma vez que também aqui estava em jogo o fornecimento, no caso, de electricidade e gás, pelo operador municipal SA num quadro em que esse operador foi aumentando o preço. Os processos chegaram ao TJUE por via da questão prejudicial em que se perguntava ao Tribunal se a legislação nacional que estabelece a possibilidade de modificação contratual do preço da energia no âmbito de um contrato em que está em causa a obrigação geral de fornecimento é suficientemente transparente e, nessa lógica, válida, quando para essa alteração apenas impõe a obrigatoriedade de informação ao cliente, sem necessidade de indicação do motivo subjacente a essa modificação.

A decisão do Tribunal foi claramente a de que esse tipo de legislação é contra o disposto nas Directivas relativas à liberalização do mercado, uma vez que não salvaguarda o consumidor garantindo que este é efectivamente informado em tempo útil.

Da mesma instância chega-nos o acórdão C-207/07, de 17 de Julho de 2008, relativo a um litígio entre a Comissão e Espanha a propósito de legislação nacional que impunha a necessidade de autorização prévia da aquisição de participações em empresas que se dedicassem a actividades integradas no sector regulado da energia, bem como dos activos necessários à prossecução dessas mesmas actividades. No caso essa autorização tinha de ser concedida pela Comissão Nacional de Energia. Como seria de esperar o Tribunal decidiu que Espanha tinha incumprido as normas comunitárias.

Ainda do TJUE temos o acórdão C-543/08, de 11 de Novembro de 2010, num caso da Comissão contra Portugal no famoso processo das *Golden Shares* da EDP, onde se discutiu a liberdade de circulação de capitais, em virtude da detenção de acções privilegiadas por parte do Estado Português ao nível da energia e a conseqüente restrição à aquisição de participações e intervenção na gestão da sociedade. Basicamente o que acontecia era que o Estado Português era titular de direitos especiais conexiões com acções privilegiadas violadoras, designadamente, do artigo 56.º CE, actual artigo 63.º TFUE, uma vez que incluía,

por exemplo, o direito de veto e o direito de designar o administrador, bem como a introdução de um conjunto de restrições aos accionistas, como a de nenhuma entidade, independentemente da sua natureza singular ou colectiva, ter a possibilidade de adquirir acções que representassem mais de 5% do capital social da EDP, pelo que as propostas que excedessem essa barreira deveriam ser reduzidas. Tal situação foi considerada incompatível com o direito da União Europeia.

Por sua vez, do Tribunal de Primeira Instância, temos o acórdão T-87/05, de 21 de Setembro de 2005, que opunha a Comissão à EDP, onde se confirmou a incompatibilidade com o mercado comum da operação de concentração entre EDP-Energias de Portugal, SA e a ENI Portugal Investment SpA com o intuito de adquirir o controlo conjunto da Gás de Portugal SGPS, SA, numa decisão que confirmou a decisão que tinha sido anteriormente tomada pela Comissão, uma vez que se considerou que essa possibilidade atentaria o mercado de gás liberalizado que, como vimos, deve funcionar de forma separada e concorrente.

Por ser uma área de liberalização, também são vários os exemplos de acórdãos europeus em que se analisa a concessão de incentivos. *Brevitatis causa* podemos referir o acórdão do Tribunal Geral T-57/11, de 3 de Dezembro de 2014, num aresto em que estava em causa a Castelnou Energía e a Comissão, a propósito de um pedido de anulação da decisão da Comissão numa situação de auxílio de Estado que foi notificado por Espanha sob a forma de compensação de serviço público associada a um mecanismo de recurso prioritário a favor das centrais de produção de energia eléctrica que utilizam carvão nacional. Ou, ainda do Tribunal Geral, o acórdão T-251/11, de 11 de Dezembro de 2014, que opôs a Áustria à Comissão, tendo, igualmente, por base um pedido de anulação da decisão da Comissão que considerou incompatíveis com o direito comunitário os auxílios a empresas com utilização intensiva de energia, sob a forma de isenção parcial da obrigação de comprar energia verde. Em ambos foi negado provimento ao recurso.

Na mesma senda, do TJUE temos o acórdão C-262/12, de 19 de Dezembro de 2013, relativo a um reenvio prejudicial apresentado pelo *Conseil d'État*, num caso em que os ministros da energia e da economia determinaram as regras a cumprir para a compra da electricidade produzida por instalações que recorrem à energia eólica. Estas foram consideradas como uma vantagem susceptível de afectar as trocas comerciais entre os

Estados, o que coloca em causa a concorrência. De facto, com essas regras fixou-se, a favor de empresas obrigadas a comprar electricidade de origem eólica a um preço superior ao de mercado, um mecanismo de compensação integral dos custos adicionais impostos por essa obrigação, cujo financiamento advinha dos consumidores finais. Como facilmente se percebe, este mecanismo foi considerado uma ajuda estatal indevida e, como tal, incompatível com as regras da concorrência.

### 1.2.3. Criação de agências europeias – A *Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia* (ACER)

A estrutura organizatória da União Europeia não foi, nem é, estanque, pelo que o aprofundamento da sua actuação trouxe a necessidade de esta se ir apetrechando dos organismos técnicos capazes de a auxiliarem na efectivação das suas tarefas. Um desses organismos reside na instituição de agências, criadas numa senda de luta contra a politização das instâncias europeias (BALDWIN/CAVE/LODGE, 2012: 397-398)<sup>377</sup>, e que se apresentam como autoridades “*that have gained a certain independence from the Commission and hold specific administrative responsibilities*” (MÖLLERS, 2013: 189)<sup>378</sup>. Desta forma, são encaradas como guardiãs do sistema e garantes do interesse europeu, cujas regras de criação resultam, como referido, do livro branco sobre a *governance* europeia.

Ainda assim, estas agências são distintas entre si, não obstante, a partilha de algumas características-base permite a identificação de dois grandes grupos gerais – *agências de regulamentação* e *agências de execução* – que se separam pelo exercício mais ou menos livre da função executiva<sup>379</sup>. Às agências de regulamentação cabe um papel mais participativo, uma vez que são titulares de poderes de emissão de actos que contribuem para a regulamentação do sector, é-lhes ainda cometida a função de interligação na rede entre o

---

<sup>377</sup> Sem prejuízo de existirem outros órgãos, como é o caso dos Comités. A este propósito, v. COLAÇO ANTUNES (2008: 82-83) e JÓNATAS MACHADO (2010: 168-172).

<sup>378</sup> A excessiva primazia da Comissão é, por isso, limitada por força destas agências criadas pelo Conselho (GUILHERME CATARINO, 2010: 377). Contudo, esta criação não é livre, uma vez que está, nomeadamente, limitada em função do cumprimento dos princípios básicos do sistema europeu, como o da partilha de competências com os Estados-membros.

<sup>379</sup> Sobre esta temática, cf. S. TAVARES DA SILVA (2010b: 46-54).

nível nacional e o nível europeu<sup>380-381</sup>. Porém, a sua elevada autonomia exige o estabelecimento de relações privilegiadas com a Comissão, ainda que não num quadro de poderes de superintendência ou tutela<sup>382</sup>. Por sua vez, às agências de execução compete, como a denominação deixa antever, o exercício de uma função mais mecanizada, pelo que funcionam como órgãos auxiliares da Comissão<sup>383-384</sup>.

De igual feita, no sector energético o fomento da política europeia implicou o aparecimento de organismos supranacionais. Logo em 2003 foi concebido o Grupo Europeu de Reguladores da Electricidade e do Gás<sup>385</sup> que, ainda que não fosse uma agência, constituía uma forma de cooperação voluntária tendente a salvaguardar o mercado interno. Mais tarde, em 2010, através do Regulamento (CE) n.º 713/2009, surgiu a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER), projectada como entidade que dita uma forma de cooperação institucionalizada e estabelece a ponte entre as entidades reguladoras nacionais e a União. Consequentemente, para viabilizar a prossecução das suas tarefas, são-lhe atribuídos poderes de supervisão<sup>386</sup>, poderes consultivos exteriorizados na emissão de pareceres e recomendações<sup>387</sup> e poderes decisórios vinculativos em questões transfronteiriças<sup>388</sup>.

Ademais, enquanto agência são-lhe, identicamente, cometidas tarefas de acompanhamento e monitorização do mercado energético, satisfeitas através da troca de informações, com a possibilidade de recolha, análise e partilha dos dados dos mercados

---

<sup>380</sup> São estas as agências que são analisadas directamente no livro branco sobre a *governance* europeia.

<sup>381</sup> Subdividem-se em agências de assistência e agências decisoriais.

<sup>382</sup> Para o pleno cumprimento das suas funções, é *mister* o reconhecimento de independência organizatória, funcional e financeira, exercida num quadro de responsabilidade e de transparência, o que quer dizer que a sua actuação é susceptível de controlo administrativo, político, financeiro e jurisdicional. Pense-se, por exemplo, nas funções que a Comissão exerce no processo de nomeação do director. Cf. COM (2002) 718 final, de 11 de Dezembro.

<sup>383</sup> Cf. COM (2002) 718 final, de 11 de Dezembro, a propósito do enquadramento das agências europeias de regulamentação.

<sup>384</sup> Afirma-se aqui a influência do modelo anglo-saxónico no modelo continental, uma vez que as agências europeias também podem assumir a forma de *executive agencies* ou de *independent agencies*. Como exemplo da primeira podemos referir a Agência do Ambiente, como manifestação do segundo tipo temos, *v.g.*, o BCE, *v. BLANCO DE MORAIS* (2012: 196-197).

<sup>385</sup> Aprovado pela Decisão da Comissão n.º 2003/796/CE, de 11 de Novembro de 2003 e revogado pela Decisão da Comissão n.º 2011/280/UE, de 16 de Maio de 2011.

<sup>386</sup> Cf. artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009.

<sup>387</sup> Assim, artigo 39.º da Directiva 2009/72/CE, artigo 43.º da Directiva 2009/73/CE e artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º/3 do Regulamento (CE) n.º 713/2009.

<sup>388</sup> *V. ponto 10 e artigos 4.º-b), 7.º/1 e 9.º do Regulamento (CE) n.º 713/2009.*

grossistas de energia, acompanhamento do processo de elaboração dos planos decenais de desenvolvimento da rede, investigação dos casos de abuso de mercado e articulação com os Estados-membros da aplicação de sanções relevantes, o que quer dizer que as limitações sancionatórias da União são ultrapassadas pela monitorização da acção dos Estados, garantindo que estes actuam no único sentido esperado e possível – o sentido europeu.

Por conseguinte, visa alcançar um conjunto de objectivos nos quais se integram a promoção da eficiência e eficácia num mercado energético concorrente, transparente, não discriminatório e partilhado (ANDRES/GUASH/AZUMENDI, 2009: 112 e VASCONCELOS, 2004: 29-30).

#### 1.2.4. Concretização dos vectores comunitários na energia

Se é certo que a dinâmica energética exige a definição de uma política externa comum enformada por vários princípios e objectivos<sup>389</sup>, não é menos verdade que essa política é, como seria de esperar, marcada por aquilo que designamos como *vectores comunitários*, *i.e.*, elementos da política comunitária geral que acabam reflectidos nos regimes específicos criados. Não obliterando, contudo, o facto de estes já terem sido pontualmente referenciados ao longo do texto, entendemos ser de especial pertinência a dedicação de um ponto de análise à referenciação dos que são mais relevantes e à identificação da forma como têm sido cumpridos.

##### a) Redes transeuropeias

Do artigo 170.º/1 TFUE decorre a realização do mercado interno num sentido que permita a retirada do benefício máximo que este possa conferir, o que implica um contributo da União na criação e desenvolvimento de redes transeuropeias em vários domínios, em especial, o da energia<sup>390</sup>. Neste ensejo, facilmente se percebe que a defesa do pleno desenvolvimento e funcionamento do mercado interno exija a aposta nas infra-estruturas, contribuindo para a criação das necessárias ligações tendentes a cumprir a lógica de

---

<sup>389</sup> São visíveis os esforços de promoção energética, por exemplo, através de programas como a rotulagem energética ou com a aposição do logótipo “*energy star*” (COMISSÃO EUROPEIA, 2013: 9), visando dar cumprimento a uma regulação energética eficiente, solidária e sustentável.

<sup>390</sup> Cf. artigo 170.º e seguintes do TFUE que dispõem sobre as redes transeuropeias.

concorrência, mormente em face da liberalização do mercado energético e perante a referida facilidade de acesso que se confere aos novos operadores<sup>391</sup>. Assim, não é de estranhar que o terceiro pacote energético tenha, efectivamente, evidenciado a aposta na *interoperabilidade e interconexão* das redes<sup>392</sup> através da criação das redes europeias de operadores de redes de transporte (REORT) para a electricidade e para o gás natural<sup>393</sup>, às quais, em conjunto com a ACER, é atribuído um papel de concepção das regras de acesso às redes e dos códigos técnicos – códigos de rede transfronteiriços -, bem como uma posição de fomento e de coordenação da rede, através do necessário intercâmbio de informações e do desenvolvimento de normas e procedimentos comuns de segurança e de emergência (COMISSÃO EUROPEIA, 2013: 7). Ademais, esta aposta teve associada uma política de financiamentos<sup>394</sup> e uma actuação regulamentar nos domínios das ligações transfronteiriças, mercados regionais e matérias de reservas comuns, cometida às entidades reguladoras nacionais, ainda que em cooperação com a ACER<sup>395</sup>.

É esta harmonização normativa que tem repercussão no nosso ordenamento jurídico contribuindo para a visão comum do sector como forma de potenciar a eficiência, eficácia e sustentabilidade necessárias sob a égide da cooperação inter-estadual e europeia. Entre nós esta dinâmica é visível, nomeadamente com o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro, que determina as bases gerais da organização e funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional, assim como as bases

---

<sup>391</sup> Um exemplo de fomento pode ser dado com a defesa das *smart grids*.

<sup>392</sup> V. artigo 170.º/2 TFUE e RUFFERT (2008: 95). De acordo com VASCONCELOS (2001: 77) a integração física das redes constitui o primeiro passo da integração económica dos mercados, embora tal não se apresente como condição suficiente.

<sup>393</sup> Regulamentos (CE) n.ºs 714/2009 e 715/2009, respectivamente.

<sup>394</sup> Atente-se no artigo 171.º/1 TFUE. A União tem sido especialmente profícua em matéria de enquadramento dos financiamentos aos projectos de desenvolvimento das redes e na determinação das regras pelas quais estes se devem reger. Actualmente está em vigor o Regulamento (UE) n.º 347/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2013, alterado pelo Regulamento delegado (UE) n.º 1391/2013, da Comissão, de 14 de Outubro de 2013. A aposta nos financiamentos como ferramenta de desenvolvimento das redes é evidenciada com a Comunicação “*Um orçamento para a Europa 2020*” no qual a Comissão apresentou o “*Mecanismo Interligar a Europa*” com o intuito de financiar projectos prioritários na área dos transportes, energia e infra-estrutura digital crítica entre 2014 e 2020. Este mecanismo veio a ser criado com o Regulamento (UE) n.º 1316/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2013.

<sup>395</sup> Cf. artigos 38.º da Directiva 2009/72/CE e 42.º da Directiva 2009/73/CE que defendem uma cooperação assente numa ideia de consulta mútua com troca de informações entre entidades reguladoras nacionais e ACER. Nos termos do número 2 de ambos, essa cooperação deve ser regional, pois só desta forma se consegue alcançar: um verdadeiro intercâmbio, a gestão óptima das redes, uma concorrência efectiva, a segurança no fornecimento e não discriminação, bem como a coordenação do desenvolvimento de regras relativas à gestão do congestionamento.



gerais que são aplicáveis à prática das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização da electricidade e estruturação dos mercados de electricidade<sup>396</sup>.

#### b) Cooperação

A União Europeia atingiu um nível de complexidade muito elevado<sup>397</sup>, o que fez da cooperação um importante factor de integração europeia<sup>398</sup> e verdadeira palavra-chave do funcionamento pleno do mercado interno<sup>399</sup>, especialmente, na aplicação de normativos comunitários, que vieram permitir, de igual forma, o diálogo institucional, não só no seio da União, mas também no panorama internacional<sup>400</sup> como seja, no caso da cooperação com a Agência Internacional da Energia ou a Agência Internacional da Energia Atómica. Assim, este vector é legitimado, não só pelas vantagens que traz aos reguladores, mas também pela essencialidade que reveste na execução dos objectivos do mercado (VASCONCELOS, 2004: 28).

Por tudo isto, o fomento da aplicação da política energética implica a colaboração de todos os níveis de decisão – nacional e comunitário<sup>401-402</sup> –, visível em vários exemplos como: i) a necessidade de as entidades reguladoras considerarem o parecer da Comissão sempre que tomem decisões em matéria de certificação<sup>403</sup>; ii) a imposição de notificações regulares dos Estados-membros à Comissão de todas as medidas aprovadas para alcançar os objectivos das Directivas de 2009 com o intuito de garantir a manutenção do serviço público; iii) publicação regular pela Comissão de um relatório com a análise das medidas adoptadas a nível nacional para alcançar esses objectivos de serviço público, comparação da sua eficácia e possível recomendação de novas medidas<sup>404</sup>; iv) prestação de informações à

---

<sup>396</sup> Artigo 1.º/1 do citado Decreto-Lei.

<sup>397</sup> Pense-se, por exemplo, na criação da União Económica e Monetária, cf. BOYER (2002: 7).

<sup>398</sup> Vide artigo 6.º da Directiva 2009/72/CE e artigo 7.º da Directiva 2009/73/CE.

<sup>399</sup> As Directivas de 2009 reconhecem que o funcionamento do mercado interno não pode ser assegurado em termos internos pelos Estados-membros e que pode atingir melhores resultados se for prosseguido a nível comunitário, ainda que com respeito pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

<sup>400</sup> Confirmada pelo artigo 81.º, alínea m) CRP que se refere à promoção da cooperação internacional.

<sup>401</sup> O livro branco sobre a *governance* europeia tem como um dos seus objectivos o reforço da cooperação entre instituições europeias e Estados-membros.

<sup>402</sup> Não se pense com isto que o interesse da cooperação é unívoco, uma vez que também os Estados-membros retiram benefício dessa colaboração institucional, sobretudo aqueles que não são produtores de energia proveniente de fontes primárias. Cf. S. TAVARES DA SILVA (2011: 14).

<sup>403</sup> V. ponto 24 e artigo 11.º/8 da Directiva 2009/72/CE, bem como o ponto 21 e artigo 11.º/8 da Directiva 2009/73/CE.

<sup>404</sup> Cf. ponto 45 e artigo 3.º/15 da Directiva 2009/72/CE, ponto 43 e artigo 3.º/11 da Directiva 2009/73/CE.

Comissão<sup>405</sup>; v) aprovação pela Comissão de medidas de execução vinculativas no domínio das REORT<sup>406</sup>; vi) fixação pela Comissão, em conluio com os operadores nacionais, de um catálogo de direitos do consumidor de energia<sup>407</sup>.

Foram também criados mecanismos de cooperação alargada, um dos exemplos reside no CEER, edificado em 2000 através da assinatura do *Memorando de Entendimento para o Estabelecimento do Conselho Europeu de Reguladores de Energia*. Em 2003 foi oficializado como organização não governamental com um pequeno secretariado em Bruxelas, tendo ficado sujeito à lei Belga. O CEER actua como representante dos reguladores nacionais da energia no plano internacional<sup>408</sup> e desenvolve as suas funções num quadro de cooperação e de câmbio de informações com o intuito de constituir um “*single, competitive, efficient and sustainable EU internal energy market that works in the public interest*”, pelo que complementa a actuação da ACER<sup>409</sup>.

### c) Transparência

Uma actuação concertada e coordenada em grande escala como é o desenvolvimento do sector energético implica a valência de alguns princípios básicos, de entre os quais, tem destaque a transparência. Destarte, foi adoptado o Regulamento (UE) n.º 1227/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativo à integridade e transparência nos mercados grossistas da energia – REMIT - com o intuito de assegurar práticas de comercialização justas nos mercados de energia europeus<sup>410</sup>. Por sua vez, também nas Directivas de 2009 se defendem práticas transparentes, por exemplo, na fixação de tarifas<sup>411</sup>. Como último exemplo podemos apresentar a Directiva 2008/92/CE, do Parlamento Europeu

---

<sup>405</sup> Neste sentido, ponto 61 da Directiva 2009/72/CE e ponto 59 da Directiva 2009/73/CE.

<sup>406</sup> Atente-se no ponto 63 da Directiva 2009/72/CE e no ponto 61 da Directiva 2009/73/CE.

<sup>407</sup> Assim, ponto 52 e artigo 3.º/16 da Directiva 2009/72/CE, ponto 49 e artigo 3.º/12 da Directiva 2009/73/CE.

<sup>408</sup> Designadamente, na *International Confederation of Energy Regulators* (ICER) que engloba associações similares.

<sup>409</sup> Informação disponível em <[http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_ABOUT](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_ABOUT)>, visto pela última vez a 18 de Junho de 2015. Cf. MÉRITET (2004: 29-30).

<sup>410</sup> Cf. da ACER “*Guidance on the application of Regulation (EU) n.º 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency*” e o Regulamento de Execução (UE) n.º 1348/2014, da Comissão, de 17 de Dezembro de 2014.

<sup>411</sup> V. ponto 32 e artigo 37.º/1-a) da Directiva 2009/72/CE, bem como o ponto 31 e o artigo 41.º/1-a) da Directiva 2009/73/CE.

e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008, votada à salvaguarda da transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e de electricidade.

d) Promoção da concorrência

É sabida a importância do valor da concorrência no domínio da União Europeia, constituindo um elemento-chave de toda a sua actuação. Naturalmente, adquire o mesmo interesse no que concerne ao mercado da energia e, de resto, está presente na lógica que acarretou a liberalização do mercado energético. Portanto, tem uma faceta de transcendência que não pode se negada, pelo que nos limitamos a trazer à colação um exemplo da sua valência na energia: com as Directivas de 2009 compete às entidades reguladoras nacionais a indicação à autoridade da concorrência e à Comissão dos casos em que as tarifas aplicadas pelos Estados-membros obstruem a concorrência e o bom funcionamento do mercado<sup>412</sup>.

e) Política energética social

A legislação energética da União tem como um dos seus destaques o consumidor, não descurando, inclusivamente, o cuidado para com o consumidor vulnerável, definido de acordo com um conceito de pobreza energética que cabe a cada um dos Estados-membros identificar<sup>413</sup>. Consequentemente, impende sobre os Estados-membros a obrigação de fixar as medidas gerais ou especiais que, em concreto, permitam a efectivação desse dever de salvaguarda comunitário.

Em Portugal procedeu-se à criação da tarifa social de electricidade<sup>414</sup>, da tarifa social de gás natural<sup>415</sup> e de um apoio social extraordinário ao consumidor de energia (ASECE) manifestado no cheque-energia consagrado no Decreto-Lei n.º 102/2011, de 30 de Setembro<sup>416</sup>.

Acrescente-se que este é um daqueles vectores que permite uma interligação entre todos os outros, uma vez que é também para o cumprir que se exige o desenvolvimento de

---

<sup>412</sup> Cf. ponto 61 e artigo 37.º/4-b) da Directiva 2009/72/CE, ponto 59 e artigo 41.º/4-b) da Directiva 2009/73/CE.

<sup>413</sup> Artigo 3.º/7 da Directiva 2009/72/CE e artigo 3.º/3 da Directiva 2009/73/CE.

<sup>414</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de Novembro.

<sup>415</sup> V. Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de Setembro.

<sup>416</sup> Alterado pelo Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de Novembro. Cf. Portarias n.º 275-A/2011 e 275-B/2011, ambas de 30 de Setembro, alteradas pela Portaria n.º 278-B/2014, de 29 de Dezembro.

A propósito deste ponto, v. S. TAVARES DA SILVA (2011: 168-169).

redes energéticas eficientes e transparentes, o cumprimento das garantias de segurança e de aprovisionamento, bem como o incentivo à cooperação.

#### 1.2.5. A definição europeia do modelo de Entidade Nacional Reguladora da Energia<sup>417</sup>

Sabemos já que a política energética europeia só é susceptível de ser levada a bom porto se tiver por base uma participação activa dos Estados-membros que, também por força do interesse comunitário, tem de ser exercida por entidades reguladoras nacionais<sup>418</sup>. Nesta senda, a Directiva 2003/54/CE impunha “aos Estados-membros a criação de reguladores com competências específicas”, porém, esta acabou por ficar limitada não só pela carência de independência destas entidades, como pela ausência de poderes variados<sup>419</sup>. Concludentemente, o caminho a percorrer deveria passar pela harmonização de competências e pelo reforço da independência.

Por conseguinte, questiona-se: qual é o tipo de entidade reguladora energética nacional defendido pela União Europeia?

A Directiva 2009/72/CE<sup>420</sup> reconhece que esta deve constituir uma entidade única para a regulação da electricidade e do gás natural à qual devem ser concedidos amplos poderes de regulação que englobam poderes de regulamentação<sup>421</sup>, inspecção e supervisão, de resolução de litígios e sancionatórios<sup>422</sup>, sempre com respeito pelos princípios da União<sup>423</sup>. Enquanto entidade técnica<sup>424</sup> deve também fixar os critérios que estabeleçam os requisitos mínimos de concepção e funcionamento em matéria de ligação às redes. Se quisermos uma ideia gráfica, enquanto à Comissão cabe uma regulação geral, às entidades reguladoras nacionais para a energia é atribuída uma regulação específica de aplicação no

---

<sup>417</sup> Constitui, igualmente, um vector comunitário, contudo, será tratado de forma autónoma.

<sup>418</sup> Pense-se no exemplo da Alemanha em que a UE forçou a criação de entidade reguladora, cf. S. TAVARES DA SILVA (2011: 181, n.5).

<sup>419</sup> Cf. ponto 33 da Directiva 2009/72/CE e ponto 29 da Directiva 2009/73/CE.

<sup>420</sup> À semelhança do que acontece com a Directiva 2009/73/CE, pelo que apenas faremos referência a esta.

<sup>421</sup> Onde enquadrámos, como exemplo, o poder de fixação de tarifas ou dos seus métodos de cálculo.

<sup>422</sup> De acordo com a Directiva está em causa o poder de aplicar ou de propor em tribunal a aplicação de *sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas*.

<sup>423</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, na versão do Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro.

<sup>424</sup> Artigo 5.º da Directiva 2009/72/CE.

terreno daquilo que são as normas e directrizes europeias<sup>425</sup>, o que não proíbe, como vimos, a partilha de exercício de algumas funções, como seja o pedido de informações aos operadores de redes de transporte e empresas que exercem actividades de produção ou comercialização.

Mais em concreto, no seu capítulo IX reservado às entidades reguladoras nacionais, a Directiva 2009/72/CE<sup>426</sup> defende a independência destas entidades que deve ser salvaguardada pelos Estados-membros, no sentido de assegurar que a função reguladora é exercida em termos imparciais, claros<sup>427</sup> e responsáveis, o que não obsta à colaboração, nem prejudica a possibilidade de o Governo elaborar orientações gerais nos termos do artigo 37.º da Directiva. Acrescenta o número 5 do artigo 37.º que essa independência também passa pela tomada de decisões livres, pela existência de dotações orçamentais anuais separadas e autonomia na execução do orçamento, pela disposição dos recursos humanos e financeiros apropriados e por sistemas de nomeação adequados.

Além disso, é a própria Directiva que desfaz as dúvidas que ainda possam residir a propósito do enquadramento destas entidades na lógica comunitária, uma vez que as consagra como um elemento da comunidade a nível nacional<sup>428</sup>. Tal é visível, desde logo, no seu artigo 36.º onde estabelece os objectivos gerais das entidades reguladoras, nos quais se integram, nomeadamente, a aprovação de medidas razoáveis para alcançar os objectivos que lhe são incumbidos, com respeito pelas obrigações decorrentes do artigo 37.º<sup>429</sup>; a promoção, em estreita colaboração com a ACER, com as entidades reguladoras dos outros Estados-membros e com a Comissão, de um mercado de electricidade competitivo, seguro, ecologicamente sustentável e efectivamente aberto e liberalizado; a supressão das restrições ao comércio de electricidade entre Estados-membros com o reforço da integração dos

---

<sup>425</sup> Resultantes da acção da Comissão e da ACER.

<sup>426</sup> De igual forma, também a Directiva 2009/73/CE lhes dedica um capítulo, o capítulo IX.

<sup>427</sup> O que implica a independência funcional pública e privada. Cf. artigo 35.º/4 da Directiva 2009/72/CE.

<sup>428</sup> O artigo 39.º/5 da Directiva 2009/72/CE dispõe a propósito do poder da Comissão para aprovar orientações sobre o alcance das obrigações das entidades reguladoras em matéria de cooperação mútua e de cooperação com a ACER, pelo que fixa um papel de aprovação comunitária.

<sup>429</sup> De entre estas obrigações destacam-se, além da fixação da tarifa já referida *supra*, a salvaguarda do cumprimento das obrigações legais por parte de todos os intervenientes na rede, a cooperação em questões transfronteiriças, o cumprimento e aplicação das decisões emitidas pela ACER e da Comissão, a elaboração de relatórios de actividade que devem ser comunicados à ACER e à Comissão, a fiscalização de violações das regras da concorrência. Ainda assim, o número 2 permite a delegação de algumas dessas tarefas de monitorização em autoridades distintas da entidade reguladora, o que implica a prestação de informações de actividade a esta última.

mercados nacionais; e a garantia do desenvolvimento de redes seguras, fiáveis, eficientes, não discriminatórias e adequadas.

Não obstante a identificação geral e abstracta das obrigações e competências destas entidades, a Directiva determina, no artigo 37.º/4, aquelas que constituem as competências mínimas que têm de ser conferidas às entidades reguladoras: emissão de decisões vinculativas<sup>430</sup>, realização de inquéritos, cooperação e aplicação de medidas de fomento da concorrência<sup>431</sup>, aplicação ou proposta ao tribunal de aplicação de *sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas* a quem incumprir as obrigações legais e/ou as decisões da entidade reguladora ou da ACER, resolução de litígios e poderes de monitorização<sup>432-433</sup>.

## 2. A ERSE como produto da europeização

### 2.1. Criação da entidade reguladora energética e sua caracterização

A ERSE foi criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho<sup>434-435</sup> como Entidade Reguladora do Sector Eléctrico. Pouco tempo depois, por força do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, foi transformada em Entidade Reguladora do Sector Energético e foram aprovados os seus novos estatutos, posteriormente modificados<sup>436</sup>, sendo que a última das transformações foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho, que visou,

---

<sup>430</sup> De acordo com o artigo 37.º/16, essas decisões devem ser fundamentadas, permitindo a fiscalização judicial.

<sup>431</sup> Repare-se que o artigo 37.º/13 acrescenta que aos Estados-membros cabe criar mecanismos adequados e eficazes de regulação, supervisão e transparência que permitam evitar o abuso de posição dominante, o que, no caso da energia, é ainda mais relevante por força da impossibilidade de duplicação das redes que devem ser respeitadas enquanto *essential facilities*.

Segundo o disposto no artigo 43.º/2 da Directiva 2009/72/CE, essas medidas devem ser proporcionadas, não discriminatórias e transparentes, e só podem ser aplicadas após notificação e aprovação pela Comissão. Cf. também artigo 47.º/6 da Directiva.

<sup>432</sup> Por sua vez, o artigo 37.º/6 da Directiva 2009/72/CE fixa um conjunto de actuações prévias.

<sup>433</sup> De acordo com o artigo 39.º/4 da Directiva, a entidade deve ainda cumprir um papel acusatório, uma vez que sempre que uma decisão relevante para efeitos de comércio transfronteiriço tomada por outra entidade reguladora não cumprir as orientações da Directiva ou do Regulamento (CE) n.º 714/2009, deve informar a Comissão e, de acordo com o número 8, deve dar cumprimento à decisão da Comissão que pode, nos termos do número 9, aprovar orientações para o procedimento a seguir.

<sup>434</sup> Embora só tenha efectivamente iniciado a sua actuação em 1997.

<sup>435</sup> Modificado pelo Decreto-Lei n.º 157/96, de 31 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de Fevereiro, que procedeu igualmente à aprovação dos seus Estatutos.

<sup>436</sup> Foram alterados pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de Setembro e Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro, que procedeu a uma profunda revisão no intuito de permitir a actualização dos estatutos de acordo com as novas exigências do mercado de electricidade e do gás natural. *Vide* preâmbulo do Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho.

principalmente, adequar os estatutos da ERSE à Lei-quadro das entidades reguladoras<sup>437</sup>, mas também concluir o processo de transposição das Directivas do terceiro pacote energético<sup>438</sup>.

Enquanto entidade de regulação económica (BLANCO DE MORAIS, 2012: 198-199) mais próxima do modelo de agência americano do que do modelo continental, constitui, nos termos do artigo 1.º/1 e 2 dos seus estatutos, *uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, sendo dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica e de património próprio*. Ademais, o número 3 do mesmo artigo fixa como objecto da sua actuação a regulação dos sectores da electricidade e do gás natural<sup>439</sup>, bem como a gestão das operações da rede de mobilidade eléctrica, de acordo com o regime de enquadramento das entidades reguladoras, legislação sectorial, estatutos e regulamentação aplicável a nível nacional, europeu e internacional.

Dando cumprimento ao citado artigo 1.º, o artigo 2.º dos estatutos apresenta-a como uma entidade independente<sup>440</sup>, o que se manifesta na inexistência de poderes de superintendência ou de tutela por parte do Governo, ainda que sem prejuízo do disposto na Lei-quadro e no artigo 58.º dos estatutos<sup>441</sup>. Assim sendo, qual é o papel do Governo? A resposta está número 3 do artigo 2.º dos estatutos, de acordo com a qual compete ao Governo, nos termos legais e constitucionais, fixar as orientações gerais de política energética<sup>442</sup>, mormente no que diz respeito a: segurança e abastecimento, protecção dos direitos dos

---

<sup>437</sup> Apesar de se tratar de diploma anterior à Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, os estatutos estão em conformidade com esta, uma vez que, já tinha sido aprovada em Conselho de Ministros e remetida à Assembleia da República para discussão e aprovação.

<sup>438</sup> Que constituiu um dos compromissos assumidos com a Troika no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

<sup>439</sup> À ERSE associa-se a DGEG a quem compete uma regulação técnica, cf. S. TAVARES DA SILVA (2011: 176-181).

<sup>440</sup> Apesar de ser uma entidade independente, encontra-se limitada em função do princípio da especialidade fixado no artigo 4.º dos estatutos e não está isenta de controlo, nomeadamente jurisdicional em cumprimento dos artigos 61.º e 62.º do mesmo diploma. Ainda a este propósito, veja-se o artigo 49º-A/1 dos estatutos onde é fixada a autonomia orçamental da ERSE.

<sup>441</sup> À semelhança do que vimos, esta independência não é plena o que se pode ver no caso do artigo 28.º/3 dos estatutos no qual se prevê a designação do Presidente e dos vogais do Conselho de Administração, tal como nos artigos 41.º e 46.º, o primeiro relativo à representação do Governo no Conselho Consultivo e o segundo à designação dos membros para o Conselho Tarifário. Ademais, o artigo 58.º/2 dos estatutos fixa um conjunto de documentos de gestão financeira que estão sujeitos à aprovação dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da energia. Cf. artigo 58.º/5 dos estatutos.

<sup>442</sup> Comprovado pelo artigo 7.º/3-b) da lei-quadro das entidades reguladoras.

consumidores, negociação e celebração de acordos internacionais, não só em matéria de energia, mas também na eficiência energética, sustentabilidade ambiental e sustentabilidade do sistema eléctrico nacional.

Em relação às atribuições que lhe são cometidas, o artigo 3.º dos estatutos define, em termos gerais, que lhe cabe o exercício da regulação como forma de assegurar a eficiência e a racionalidade das actividades dos sectores regulados, prosseguindo uma supervisão constante, integrada nos objectivos do mercado interno e dos mercados ibéricos da electricidade e do gás natural<sup>443</sup>. Estas atribuições gerais são, depois, concretizadas nas várias alíneas do número 2, sendo que, para o objectivo que aqui nos propomos, é preponderante destacar:

- i) A *alínea a)* estabelece que cabe à ERSE a salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores, em especial dos clientes vulneráveis;
- ii) A *alínea c)* define que é da competência da ERSE pugnar pelo cumprimento não só das obrigações de serviço público, mas também das obrigações legais e regulamentares aplicáveis<sup>444</sup>;
- iii) A *alínea m)* refere-se à promoção da concorrência<sup>445</sup>;
- iv) A *alínea n)* fixa a cooperação com a ACER e com as demais entidades reguladoras no sector da energia e mercados financeiros da União<sup>446</sup>, o que envolve a aplicação não só dos regulamentos, mas também das sanções legalmente previstas;
- v) A *alínea p)* segundo a qual é da competência da ERSE o acompanhamento da actuação das entidades reguladoras afins e das experiências internacionais de regulação neste sector, estabelecendo as necessárias relações de cooperação;

---

<sup>443</sup> MIBEL e MIBGÁS.

<sup>444</sup> Artigo 40.º/1-e) da lei-quadro.

<sup>445</sup> Artigo 5.º dos estatutos.

<sup>446</sup> O artigo 3.º/3 dos estatutos estabelece também uma colaboração com o Governo e com a AR.



- vi) A *alínea q)* determina que o cumprimento da alínea anterior implica que a ERSE promova a criação de mecanismos operacionais susceptíveis de permitirem uma adequada gestão das redes, além de promover intercâmbios e a atribuição de capacidade transfronteiriça, proporcionando as necessárias interligações, inclusive no mercado ibérico, como forma de salvaguarda de uma concorrência efectiva e a melhoria da segurança do abastecimento<sup>447</sup>;
- vii) A *alínea r)* refere-se à coordenação do desenvolvimento de códigos de rede;
- viii) A *alínea s)* institui a supervisão da cooperação técnica entre gestores ou operadores da rede nacional de transporte, das redes de transporte da UE e das redes de transporte de países terceiros;
- ix) A *alínea w)* atribui competência para proceder à certificação do operador da rede nacional de transporte tanto de electricidade como de gás natural<sup>448</sup>;
- x) *alínea x)* estabelece o acompanhamento e fiscalização do cumprimento das condições de certificação previstas na alínea anterior<sup>449</sup>.

Enquanto entidade-chave para a efectividade da política energética europeia, sobretudo para a eficiência do mercado, o acompanhamento tem de ser constante, por conseguinte, a ERSE tem a obrigação de elaboração anual de relatórios que disponham sobre

---

<sup>447</sup> Vide artigo 40.º/1-d) da lei-quadro.

<sup>448</sup> Acrescenta o número 4 do artigo 3.º dos estatutos que, quando no processo de certificação são aplicadas aos operadores as mesmas regras do operador de transporte independente, são cumuladas outras competências, desde logo, nos termos da alínea a) destaca-se a possibilidade de imposição de sanções.

<sup>449</sup> Com a apresentação destas atribuições faz-se a ponte para o direito da União e para aquilo que são as competências que, de acordo com o seu enquadramento, devem caber às entidades reguladoras energéticas. Ademais, a estas associam-se também várias obrigações de monitorização das redes como sejam exemplo as alíneas g), h) e i) do artigo 3.º/2 dos estatutos.

a sua actividade de regulação, com a indicação das medidas adoptadas e a adoptar, que devem ser publicados e transmitidos não só à Assembleia da República e ao membro do Governo responsável pela área da energia<sup>450</sup>, mas também e, principalmente, à Comissão, o que ajuda a cumprir o papel de ser omnipresente<sup>451</sup>, e à ACER.

Ora, se estas são as atribuições que mais relevo têm, a verdade é que só podem ser prosseguidas se, em consonância, forem conferidos amplos poderes à ERSE, o que é confirmado pelo artigo 8.º e seguintes dos estatutos<sup>452</sup>. Assim, são-lhe atribuídos poderes *regulamentares*, nos quais se destacam a elaboração do regulamento tarifário, que para alguns autores constitui o poder de regulação *stricto sensu* (S. TAVARES DA SILVA, 2011: 167), e de regulamentos de acesso às redes<sup>453</sup>; de *supervisão e inspecção*<sup>454</sup>; *consultivos*, que incluem a possibilidade de emissão de pareceres<sup>455</sup>; *sancionatórios*<sup>456</sup>; e de *resolução de litígios*<sup>457</sup>.

Desta feita, somos forçados a concluir que a configuração nacional da entidade reguladora não é muito díspar do que veio a ser consagrado na lei-quadro das entidades reguladoras, nem se diferencia do que delineámos *supra* para o modelo comunitário de entidade reguladora para a energia<sup>458</sup>.

## 2.2.Regime Sancionatório

Esta extensa exposição visou abrir horizontes para esta que é a realidade do sector energético e munir-nos de argumentos susceptíveis de justificarem a solução que

---

<sup>450</sup> Esta cooperação nacional é confirmada pelo artigo 59.º dos estatutos.

<sup>451</sup> V. artigo 7.º-A dos estatutos e artigo 11.º da lei-quadro. Veja-se também o artigo 40.º da lei-quadro, em especial o seu número 1 segundo o qual cabe à entidade reguladora fazer cumprir as leis, regulamentos e actos de direito da UE que sejam aplicáveis.

<sup>452</sup> Em cumprimento do artigo 1.º/2 do mesmo diploma.

<sup>453</sup> Cf. artigos 9.º, 10.º, 11.º/1-a) e 12.º dos estatutos, o Regulamento ERSE n.º 551/2014, de 15 de Dezembro, que aprovou o Regulamento tarifário do sector eléctrico, o Regulamento ERSE n.º 560/2014, de 22 de Dezembro, que procedeu à aprovação do Regulamento de acesso às redes e às interligações do sector eléctrico e o Regulamento ERSE n.º 139-C/2013, de 16 de Abril que aprovou o Regulamento de acesso às redes, às infra-estruturas e às interligações do sector do gás natural.

<sup>454</sup> Artigos 11.º, 13.º e 14.º dos estatutos.

<sup>455</sup> Artigos 15.º, 16.º, 17.º e 18.º dos estatutos.

<sup>456</sup> Artigos 40.º/3-c), d), e) e f) e 43.º da lei-quadro.

<sup>457</sup> Artigos 20.º, 21.º, 22.º e 23.º dos estatutos e artigo 40.º/4 da lei-quadro.

<sup>458</sup> Não obstante a criação da ERSE ser anterior à fixação do modelo comunitário.

pretendemos defender. Destarte, impõe-se agora o estudo mais aprofundado do regime sancionatório energético nacional que, como a análise anterior deixa antever, é, também ele, um momento de execução da política energética europeia. Todavia, deve ressaltar-se que, no caso português esta tarefa se revela de relativa simplicidade, o que não encontra amparo nos regimes sancionatórios dos outros países europeus tanto por força da fusão de entidades reguladoras numa única entidade de regulação de redes, como em Espanha, Alemanha e França, como pelo facto de em alguns casos as entidades não serem, verdadeiramente, independentes, como é o caso de França.

### 2.2.1. A atribuição de poder sancionatório

Sabemos já que são entregues à entidade reguladora poderes de sancionamento tendentes a permitir o efectivo cumprimento das suas funções<sup>459</sup>. Contudo, os estatutos, no seu artigo 19.º, remetem para diploma legislativo próprio<sup>460</sup>, limitando-se a determinar que estão sujeitas ao poder sancionatório da ERSE todas as entidades intervenientes no Sistema Eléctrico Nacional (SEN) e no Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), quando as suas actividades estejam subjugadas à regulação desta entidade<sup>461</sup>. Neste ensejo, o Regime Sancionatório do Sector Energético (RSSE) foi aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro<sup>462</sup>, que, no seu artigo 2.º/1, refere:

*“Compete à ERSE processar e punir as infracções administrativas à legislação que estabelece as bases dos sectores da electricidade e do gás, incluindo a produção a partir de fontes de energia renováveis, e respectiva legislação complementar e regulamentação, às demais leis e regulamentos cuja aplicação ou supervisão lhe compete, bem como*

---

<sup>459</sup> De acordo com o artigo 43.º da lei-quadro “*Compete às entidades reguladoras, nos termos dos respectivos regimes sancionatórios, praticar todos os actos necessários ao processamento e punição das infracções às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhes compete, bem como do incumprimento das suas próprias determinações*”.

<sup>460</sup> Em Portugal, a entidade reguladora que foi mais longe em termos de poderes sancionatórios foi a ERSE.

<sup>461</sup> No que concerne ao regime anterior, os artigos 11.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, remetiam para o artigo 50.º/1-e), f), l) e m) do Decreto-Lei n.º 183/95, artigo 50.º/1-d), f), h), l), m) do Decreto-Lei n.º 184/95 e artigos 24.º/1-a), b), c), e), f) e 25.º/1-b) e 2 do Decreto-Lei n.º 185/95, todos de 27 de Julho.

<sup>462</sup> Apesar de não isento de críticas, não só orgânicas como de substância, veio conferir a esta entidade efectivos poderes de natureza sancionatória votados à salvaguarda do exercício da actividade de regulação energética, que não têm paralelo com nenhuma das outras entidades reguladoras.

*às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que tipificadas como contraordenação no presente regime sancionatório ou na lei”.*

### 2.2.2. Processo contra-ordenacional<sup>463</sup>

O processo tem início com o inquérito que, de acordo com o artigo 9.º RSSE, pode ser aberto oficiosamente ou em consequência de denúncia<sup>464</sup>. Durante esta fase, cabe à ERSE exercer as suas competências investigatórias<sup>465</sup> que englobam o pedido escrito de documentos e outras informações<sup>466</sup>, assim como poderes de inquérito e de inspeção<sup>467</sup>, com a possibilidade de realização de inquéritos, desde logo, à entidade regulada, ou mesmo de buscas domiciliárias<sup>468</sup>, exames, recolhas, apreensões<sup>469</sup> e selagem das instalações<sup>470</sup>. Findas as diligências, o inquérito deve ser encerrado no prazo máximo de seis meses<sup>471</sup> com uma das seguintes decisões: i) início de instrução com notificação de nota de ilicitude ao visado<sup>472</sup>; ii) arquivamento do processo; iii) decisão condenatória em procedimento de transacção<sup>473</sup>; iv) arquivamento do processo mediante imposição de condições<sup>474</sup>.

---

<sup>463</sup> O processo é regido pelo RSSE e, subsidiariamente, pelo RGCO por remissão dos artigos 4.º e 27.º RSSE.

<sup>464</sup> Este regime dispõe sobre o processamento de denúncias, estabelecendo que cabe à ERSE proceder ao seu registo e, se for caso disso, abrir o processo de contra-ordenação. Cf. artigos 3.º e 9.º/3 e 4 do regime sancionatório.

<sup>465</sup> Nos termos do artigo 26.º RSSE, em qualquer momento do processo, e sempre que as investigações demonstrem a existência de um *perigo grave ou irreparável ou de difícil reparação*, há possibilidade de aplicação de medidas cautelares.

<sup>466</sup> Vide artigo 7.º RSSE. Em termos de arrumação legislativa, este artigo encontra-se no capítulo II que rege o processo contra-ordenacional e não no capítulo relativo às disposições gerais, contudo, parece-nos que o seu entendimento deve ser mais amplo e esse pedido de informações não tem de estar integrado num processo contra-ordenacional, podendo, por exemplo, servir para o processamento das denúncias, ou seja, para decidir se abre ou não o inquérito.

<sup>467</sup> Com respeito pelo disposto no artigo 22.º RSSE.

<sup>468</sup> Previamente autorizadas por despacho do juiz de instrução a requerimento da ERSE.

<sup>469</sup> Autorizada, ordenada ou validada por despacho da autoridade judiciária.

<sup>470</sup> Artigos 10.º, 11.º e 12.º RSSE.

<sup>471</sup> De acordo com o artigo 16º/1 RSSE, sem prejuízo do seu número 2.

<sup>472</sup> As notificações são feitas nos termos do artigo 8.º RSSE.

<sup>473</sup> Artigo 14.º RSSE.

<sup>474</sup> Artigos 15.º e 16.º RSSE.

Havendo lugar à abertura de instrução<sup>475</sup>, é fixado um prazo razoável, não inferior a vinte dias, para que o visado se possa pronunciar e requerer as diligências complementares de prova que considere necessárias<sup>476</sup>. Contudo, estas podem ser recusadas pela ERSE, que possui competência para exercer nesta fase esse tipo de diligências, sendo que, no caso de serem agregados novos elementos probatórios, é fixado um prazo razoável, não inferior a dez dias, para que o visado se possa pronunciar<sup>477</sup>. A instrução deve ser concluída num prazo máximo de doze meses contados da notificação da nota de ilicitude<sup>478</sup> e, à semelhança do que acontece no inquérito, também na instrução pode haver decisão condenatória em procedimento de transacção ou arquivamento mediante imposição de condições<sup>479</sup>, a estas possibilidades juntam-se o arquivamento do processo e a declaração de existência de contra-ordenação, com a consequente aplicação de coima e eventual sanção acessória<sup>480</sup>.

Por força do artigo 24.º/1 RSSE, o processo é público e a decisão final é publicitada na página da internet da ERSE<sup>481</sup>, ainda assim, atentando nos números 2 e 3, é possibilitado à ERSE, oficiosamente ou a pedido, determinar o segredo de justiça como forma de protecção dos interesses da investigação, que pode, a todo o momento, ser levantado<sup>482</sup>. Ademais, a ERSE deve também constituir um registo dos processos de contra-ordenação com as respectivas decisões, ainda que aqui a publicitação informática seja facultativa e dependente do respeito pela lei de protecção de dados<sup>483</sup>.

### 2.2.3. Contra-ordenações aplicáveis ao sector da energia

---

<sup>475</sup> A ERSE tem de dar conhecimento do processo contra-ordenacional à Autoridade da Concorrência nos casos em que a natureza da infracção o exija por força do regime jurídico da concorrência. V. artigo 17.º/7 do regime sancionatório.

<sup>476</sup> O que engloba a possibilidade de audição oral de acordo com os artigos 17.º e 18.º RSSE. O prazo geral supletivo para exercício de poderes processuais é de 10 dias e consta do artigo 6.º do mesmo diploma.

<sup>477</sup> Artigo 17.º/3, 4 e 5 RSSE. Caso esses novos elementos probatórios originem uma alteração substancial dos factos, a ERSE tem de emitir uma nova nota de ilicitude, o que impõe uma nova pronúncia do visado em cumprimento dos números 1, 2 e 6 do artigo 17.º RSSE.

<sup>478</sup> Artigo 21.º/1 RSSE, sem prejuízo do disposto no número 2.

<sup>479</sup> Artigos 19.º e 20.º RSSE.

<sup>480</sup> Artigo 21.º/3 RSSE. Nos termos do artigo 5.º/2 do mesmo diploma e artigo 31.º/2-w) dos estatutos, a competência é do Conselho de Administração da ERSE.

<sup>481</sup> Na qual devem constar as sentenças e acórdãos proferidos pelos tribunais em recurso das decisões tomadas pela ERSE, bem como as decisões tomadas no inquérito e na instrução, v. artigos 24.º/7 e 52.º RSSE.

<sup>482</sup> Artigo 24.º/4 RSSE.

<sup>483</sup> Artigo 24.º/8 e 9 RSSE.

Centremo-nos agora na decisão de declarar a existência de prática de contra-ordenação, que nos remete para o capítulo III do regime sancionatório intitulado “*Contra-ordenações e sanções*”. O nosso objectivo é tentar perceber que tipo de infracções são sancionadas a nível nacional<sup>484</sup>, com o intuito de escrutinar a sua origem - comunitária ou nacional. Destarte, impõe-se que chamemos ao discurso vários exemplos legais de sancionamento directo e indirecto dos interesses e fins europeus, tendo como base os artigos 28.º e 29.º que fixam as infracções que constituem contra-ordenações no âmbito do Sistema Eléctrico Nacional e do Sistema Nacional de Gás Natural, respectivamente<sup>485</sup>.

Começando pelos exemplos de sancionamento *directo*, são consideradas *contra-ordenações muito graves*: a falta de prestação da colaboração ou informação solicitada pela ERSE ou pela Comissão Europeia no âmbito do processo de certificação do operador da RNT/RNTGN ou para os demais efeitos previstos no Regulamento (CE) n.º 714/2009 ou Regulamento (CE) n.º 715/2009, respectivamente (artigos 28.º/1-o) e 29.º/1-q)); e a adopção, por parte do operador da RNT/RNTGN, de procedimentos ou soluções discriminatórios na gestão dos congestionamentos da rede em violação do disposto no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 714/2009 ou no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 715/2009 (artigos 28.º/1-p) e 29.º/1-r))

Por sua vez, correspondem a *contra-ordenações graves*: o incumprimento pelo operador da RNT/RNTGN das suas obrigações de cooperação regional nas REORT de acordo com os artigos 4.º, 8.º e 12.º do Regulamento (CE) n.º 714/2009 e 4.º, 8.º e 12.º do Regulamento (CE) n.º 715/2009, respectivamente (artigos 28.º/2-p) e 29.º/2-e)); o incumprimento pelo operador da RNT das obrigações de pagamento das compensações devidas pelos fluxos transfronteiriços de electricidade nos termos do artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 714/2009 (artigo 28.º/2-q)); violação pelo operador da RNT das obrigações relativas à coordenação e troca de informações segundo o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 714/2009 (artigo 28.º/2-r)).

---

<sup>484</sup> Por força dos artigos 30.º e 31.º do regime sancionatório, também se pune a negligência, a tentativa e a reincidência.

<sup>485</sup> Em ambos os artigos as infracções estão organizadas por um critério de diminuição da gravidade.

Por último, constituem *contra-ordenações leves*: o incumprimento dos demais deveres previstos nos Regulamentos (CE) n.ºs 714/2009 e 715/2009 (artigos 28.º/3-j) e 29.º/3-j)).

No que tange ao sancionamento *indirecto*, vários são os exemplos a que podemos fazer menção. Em primeiro lugar, integram o sector das *contra-ordenações muito graves*, por exemplo: a violação pelos operadores da rede eléctrica de serviço público, pelo operador do terminal de gás natural liquefeito, pelo operador de armazenamento subterrâneo e pelos operadores da rede nacional de transporte de gás natural e da rede nacional de distribuição de gás natural, dos deveres de não discriminação e/ou de igualdade de tratamento dos utilizadores (28.º/1-b) e 29.º/1-b)); incumprimento das obrigações legais da concessionária de RNTGN em relação à segurança de abastecimento (29.º1-d)); a violação pelos intervenientes do SEN e do SNGN, da separação jurídica e patrimonial (28.º/1-d) e 29.º/1-e)); a violação pelo OTI das obrigações legais que lhe são cometidas, mais propriamente, a actuação discriminatória que beneficie empresa verticalmente integrada (28.º/1-e) e 29.º/1-f)); violação, pelas entidades concessionárias ou licenciadas, dos princípios de não discriminação e transparência em relação ao acesso de terceiros às redes e interligações (28.º/1-h) e 29.º/1-j)); incumprimento das obrigações legais de fornecimento de electricidade e interrupção do fornecimento fora dos casos permitidos por lei (28.º/1-i), t) e u)); incumprimento pelo comercializador do dever de constituição e manutenção de reservas de segurança (29.º/1-i)); não colaboração ou prestação de informações essenciais ao cumprimento das obrigações que se impõem sobre a ERSE junto das instituições comunitárias ou nacionais (28.º/1-n) e 29.º/1-p)); violação pelos operadores de redes da salvaguarda das infra-estruturas em termos de segurança, fiabilidade e qualidade de serviço (28.º/1-r) e 29.º/1-t)); não cumprimento por parte do comercializador das obrigações legais relativas aos clientes economicamente vulneráveis (28.º/1-v) e 29.º/1-x)).

Já como *contra-ordenações graves* podemos identificar: incumprimento ou prestação tardia, incompleta ou imprecisa de informação necessária para o acesso às redes ou para o seu desenvolvimento e funcionamento (28.º/2-a) e b) e 29.º/2-a) e b)); violação pelo operador da RNT/RNTGN da obrigação de elaboração do plano de desenvolvimento e investimento da rede de transporte (PDIRT) ou do plano de desenvolvimento e investimento na RNTIAT (PDIRGN), respectivamente, ou incumprimento das regras legais de elaboração (28.º/2-c) e 29.º/2-c)); violação pelo operador da RNT/RNTGN da obrigação de elaboração do plano de

desenvolvimento e investimento da rede de distribuição (PDIRD) ou incumprimento das suas regras legais de elaboração (28.º/2-e) e 29.º/2-f); criação de barreiras à mudança de comercializador por parte do consumidor (28.º/2-i) e 29.º/2-l)).

Derradeiramente, como *contra-ordenações leves* apresentamos, v.g.: a violação pelo comercializador do dever de prestar informações ao consumidor sobre as prestações mais adequadas ao seu perfil (28.º/3-d) e 29.º/3-e); violação pelo comercializador do dever de não discriminação e de transparência (28.º/3-f) e 29.º/3-g); incumprimento pelo comercializador dos deveres legais de rotulagem da electricidade (28.º/3-g))<sup>486</sup>.

Perante estas infracções, a coima é determinada nos termos do artigo 32.º RSSE<sup>487-488</sup>, cabendo ao número 1 estabelecer o elenco exemplificativo das circunstâncias que devem ser tidas em conta, como sejam a duração da infracção, o seu impacte no cumprimento das obrigações da ERSE e do interesse geral dos sectores regulados, a situação económica do visado e a colaboração com a ERSE no procedimento contra-ordenacional. Posto isto, a coima não pode exceder por infractor 10%, 5% ou 2% do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final de condenação para as contra-ordenações muito graves, graves e leves, respectivamente<sup>489-490</sup>. Contudo, no caso de o infractor ser pessoa singular<sup>491</sup>, a lei fixa como valores máximos para a coima 30%,

---

<sup>486</sup> Por força dos artigos 28.º/3-j) e 29.º/3-j) RSSE, constituem contra-ordenações leves as violações dos deveres constantes da legislação que estabelece as bases dos sectores da electricidade e do gás, o que inclui as fontes de energia renováveis, bem como das demais leis e regulamentos que caibam à ERSE aplicar ou supervisionar e o incumprimento das suas determinações quando tipificadas como contra-ordenações. Cf artigo 2.º/1 RSSE.

<sup>487</sup> Pode ocorrer dispensa ou redução de coima, de acordo com os artigos 33.º, 40.º, 41.º, 42.º, 43.º e 44.º RSSE e Regulamento ERSE n.º 87/2014, de 3 de Março, bem como a opção pela admoestação, neste caso, “*quando a infracção for de reduzida gravidade, for sanável e da mesma não tenham resultado prejuízos para a actividade reguladora da ERSE*”, v. artigo 34.º RSSE.

<sup>488</sup> Segundo o artigo 50.º/2-b) dos estatutos, 40% do produto das coimas constitui receita própria da ERSE. Cf. artigo 36.º/2-b) da lei-quadro.

<sup>489</sup> Artigo 32.º/2, 3 e 4 RSSE. De acordo com o artigo 32.º/5 do mesmo diploma, caso o infractor se encontre no primeiro ano de actividade, o montante máximo é de: 1.000.000 euros para as contra-ordenações muito graves, 500.000 euros para as contra-ordenações graves e 150.000 euros para as contra-ordenações leves.

<sup>490</sup> Repare-se que a Directiva 2009/72/CE estabelece que a competência sancionatória engloba a possibilidade de aplicar ou propor a aplicação de sanções até 10% do volume de negócios anual do operador da rede de transporte ou até 10% do volume de negócios anual da empresa verticalmente integrada ao operador da rede de transporte ou à empresa verticalmente integrada, consoante o caso, por incumprimento das obrigações.

<sup>491</sup> Nos termos do artigo 37.º/1 RSSE tanto podem ser punidas pessoas colectivas como pessoas singulares, assim como sociedades e associações sem personalidade jurídica, cabendo ao número 2 definir quando é que as pessoas colectivas e equiparadas são responsáveis e, ao número 3, determinar os casos em que a sua responsabilidade é excluída. Acrescenta o número 5 do mesmo artigo que a responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não preclui a responsabilidade individual, ainda assim, o número 4 prevê que a sanção seja especialmente atenuada quando os titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e equiparadas e os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada



20% ou 5% da remuneração anual auferida no exercício das suas funções naquela entidade infractora para as contra-ordenações muito graves, graves e leves, respectivamente<sup>492-493</sup>.

Como acontece no RGCO, também aqui as coimas podem ser acompanhadas de sanções acessórias justificadas pela gravidade da infracção e pela culpa do infractor, podendo revestir uma de três formas: interdição do exercício de actividade no sector da energia, interdição do exercício de cargo de administração ou de funções de direcção nas entidades que intervêm no sector da energia e, por fim, publicação num jornal de expansão nacional, na página de internet da ERSE e na do infractor, e divulgação através de rádio ou televisão, a expensas deste último, da decisão de condenação proferida pela ERSE ou da decisão judicial transitada em julgado no caso de impugnação judicial<sup>494-495</sup>.

Por último, cabe apenas referir que das decisões proferidas em processo contra-ordenacional, incluindo as decisões interlocutórias e as medidas cautelares<sup>496</sup>, cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão<sup>497-498</sup>, com efeito meramente devolutivo, excepto nas decisões que apliquem as sanções acessórias de interdição em que o recurso tem natureza suspensiva<sup>499</sup>.

Atendendo às informações constantes na página da internet da ERSE, foram já divulgadas as decisões em seis processos, sendo que só em três é que se verificou a aplicação

---

infracção, tendo ou devendo ter conhecimento da infracção, não adoptem medidas tendentes à sua cessação imediata. Essa atenuação só terá lugar no caso de não lhes caber sanção mais grave por aplicação de outra disposição legal.

<sup>492</sup> Artigo 32.º/6 e 7 RSSE.

<sup>493</sup> Está previsto para o sector energético o mesmo que vigora no RGCO, ou seja, a possibilidade de, no caso de o agente ter retirado um benefício economicamente calculável superior ao limite máximo da coima e, perante a inexistência de outros meios de eliminação, este poder ser elevado até ao montante do benefício, ainda que apenas até um terço do limite máximo legal. Cf. artigo 32.º/8 RSSE.

<sup>494</sup> Artigo 35.º RSSE. Nos primeiros dois casos, a duração máxima é de dois anos a contar da decisão condenatória ou da decisão judicial transitada em julgado.

<sup>495</sup> Pode também ser aplicada sanção pecuniária compulsória em montante não superior a 5% da média diária do volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão, por cada dia de atraso no cumprimento da decisão da ERSE a contar da data da notificação, cf. artigo 36.º RSSE.

<sup>496</sup> Artigos 47.º e 48.º RSSE.

<sup>497</sup> São irrecorríveis as decisões de mero expediente e as decisões de arquivamento simples ou com imposição de condições. Cf. artigo 46.º/2 RSSE.

<sup>498</sup> Após a notificação da decisão final condenatória, o visado pode interpor recurso no prazo de trinta dias de acordo com o artigo 49.º/1 RSSE. Da decisão do Tribunal de primeira instância há ainda possibilidade de recurso para o Tribunal da Relação competente, nos termos do artigo 51.º do mesmo diploma.

<sup>499</sup> Cf. artigo 46.º RSSE. Sem prejuízo de o visado poder, no caso de decisão que aplique coima, requerer o efeito suspensivo, desde que verificados os requisitos do artigo 46.º/5 do mesmo diploma.

de coima. Nos primeiros três processos, 1/2013, 2/2013 e 3/2013 o processo contra-ordenacional culminou com o arquivamento total para os dois iniciais e parcial para o último<sup>500</sup>. Por sua vez, os processos 1/2014, 3/2014 e 4/2014 levaram a aplicação de coimas de dois mil e quinhentos euros, cinco mil euros e quinze mil euros, respectivamente<sup>501</sup>.

Tendo presente esta conjuntura, vamos chamar ao texto dois casos que nos parecem constituir dois exemplos elementares do que temos vindo a dizer, no primeiro apresentamos uma abertura de inquéritos, no segundo, um caso já concluso.

### 2.2.3.1.Caso de estudo 1: abertura de inquéritos

De acordo com o Comunicado da ERSE intitulado “*Monitorização e supervisão do mercado determinam a abertura de inquéritos de averiguação sancionatória pela ERSE*”,

---

<sup>500</sup> O processo 1/2013 que era relativo a uma alegada prática comercial desleal violadora do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, por parte de empresa de comercialização de gás natural, culminou no arquivo do processo de contra-ordenação, porque, por um lado, parte dos dados constantes na denúncia já tinham prescrito e, por outro lado, em relação aos demais dados mantinha-se a dúvida da prática das infracções, valendo o princípio *in dubio pro reo*.

Por sua vez, o processo 2/2013 dizia respeito a processo de contra-ordenação contra a GOLDENERGY-Comercializadora de Energia, S.A. em resultado de denúncia por disparidades entre aquilo que consta das Condições Gerais do Contrato de fornecimento de gás natural em regime de tarifa livre ao consumidor retalhista e o que resulta da sua página de internet, bem como do formulário contratual. Contudo, não foi possível aferir a existência da infracção, pelo que, também aqui, a decisão foi de arquivamento, sem prejuízo da participação da denúncia à Direcção-Geral do Consumidor por ser susceptível de constituir publicidade enganosa.

No processo 3/2013 estava em causa uma empresa comercializadora de gás natural à qual foram imputadas duas contra-ordenações por violação com dolo do artigo 8.º-m) do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, conjugado com o artigo 8.º/2-a) da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho. A visada dirigia-se a casa dos potenciais clientes e propunha a celebração de contratos de fornecimento de gás natural com uma isenção de cobrança por aluguer do contador, quando, na verdade, tal constitui um direito do consumidor consagrado legalmente, o que faz desta oferta uma falácia. Ainda assim, por força do princípio *in dubio pro reo*, o processo foi parcialmente arquivado em relação a uma infracção e à outra foi-lhe apenas aplicada uma admoestação.

<sup>501</sup> O processo 1/2014 surge na sequência de denúncia escrita de violação, por parte de empresa comercializadora de energia, dos artigos 3.º/1-b) e 4.º/3 do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro relativa à obrigatoriedade de disponibilização do livro de reclamações dos fornecedores de bens ou prestadores de serviço que tenham contacto com o público em geral. Provados os factos, foi aplicada admoestação por violação do artigo 3.º/1-b) e coima de dois mil e quinhentos euros por violação com dolo do artigo 4.º/3 do citado diploma.

Por último, no processo 4/2014, a visada foi a Galp Power, S.A., à qual foi imputada a prática de interrupção de fornecimento de gás natural durante três dias sem motivo legal admitido, por não se verificar nenhuma das hipóteses admitidas pelo artigo 37.º/5 do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro republicado, com alterações, em anexo ao Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro, nem no artigo 54.º do Regulamento das Relações Comerciais do Sector do Gás Natural. Neste ensejo a conduta integra-se no domínio das contra-ordenações muito graves, subsumindo-se à contra-ordenação prevista no artigo 29.º/2-w) do RSSE e, em consonância, foi-lhe aplicada coima no valor de quinze mil euros que a visada pagou apesar de ter interposto recurso.

de 20 de Abril de 2015, o Conselho de Administração desta entidade reguladora deliberou a abertura de inquérito em face de situações que foram verificadas pelo exercício da sua função de supervisão, nomeadamente:

- a) Em auditoria realizada, em 2014, à EDP Distribuição - Energia, S.A. enquanto Gestor do Processo de Mudança de Comercializador, foi identificada uma possível violação do dever de independência que impende sobre a entidade responsável pelo *switching* que deve decorrer de forma transparente, igualitária e independente, como forma de salvaguarda de um mercado são e concorrencial, mas também de uma plena liberdade de escolha do consumidor. A estes incumprimentos é aplicável uma coima que pode ascender a 5% do volume de negócios da empresa;
- b) A análise inspectiva realizada a 4 de Fevereiro nas instalações da EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A. e da Galp Power S.A. verificou a não atribuição indevida da tarifa social, bem como o incumprimento do dever de informação aos beneficiários. No caso, a sanção a aplicar pode ascender a 10% do volume de negócios das empresas em causa;
- c) As investigações da ERSE apuraram ainda que os operadores da rede de distribuição do sector do gás natural que fazem parte do Grupo Galp Energia não têm tido em consideração as leituras enviadas pelos consumidores, pelo que não as comunicam aos comercializadores. Consequentemente, a cobrança faz-se por consumos estimados. Neste quadro é aplicável uma sanção que pode ascender a 2% do volume de negócios da empresa em causa.

É este o quadro que temos traçado e, apesar de não se vislumbrar ainda o final do procedimento sancionatório, podemos tecer algumas considerações. De facto, não restam dúvidas de que se verificam violações do direito comunitário transposto, por incumprimento dos deveres de separação, independência, transparência e igualdade enquanto princípios gerais de actuação energética, e incumprimento das obrigações de protecção dos consumidores, em especial, dos mais vulneráveis a quem tem de ser conferida uma protecção social efectiva.

Como vimos, estas são questões de especial relevância no quadro das Directivas que atentam mesmo contra as duas ideias base do modelo liberalizado, *i.e.*, a separação como via

de garantia de concorrência e a protecção dos consumidores em face de um sector que se afirma, de um ponto de vista do bem-estar social, um direito de todos.

Parece-nos que está então em causa na alínea a) a violação do artigo 28.º/2/-i) RSSE que sanciona precisamente a colocação de obstáculos, pelo comercializador de electricidade, pelo operador de rede de distribuição ou pelo operador logístico de mudança de comercializador à escolha de outro comercializador por parte do cliente; na alínea b) o incumprimento do artigo 28.º/1-v) RSSE que se refere à infracção por força da não observância pelo comercializador de electricidade das obrigações legais que regem os clientes finais economicamente vulneráveis; e, por último, na alínea c) é infringido o artigo 29.º/3-g) RSSE que estabelece como contra-ordenação a violação pelo comercializador de gás natural da obrigação de não discriminar entre os seus clientes e o facto de não se reger pelo princípio da transparência no exercício das suas operações comerciais.

Consequentemente, não nos restam grandes dúvidas de que, a provarem-se as suspeitas, o processo terá de redundar na aplicação de sanção efectiva, pelo menos nos dois primeiros casos.

#### 2.2.3.2.Caso de estudo 2: processo 3/2014, de 10 de Fevereiro de 2014

Trata-se de um processo de contra-ordenação em que foi imputada à Galp Power, S.A. a prática continuada da emissão de facturas sem a necessária discriminação do montante referente aos custos de interesse económico geral, o que viola o artigo 9.º/1 da Lei n.º 23/96<sup>502</sup>, de 26 de Julho e o artigo 233.º/1, 2 e 3 do Regulamento das Relações Comerciais do Sector Eléctrico. De acordo com o artigo 9.º/1 da Lei n.º 23/96, o utente tem direito a uma factura detalhada, o que é completado pelo número 4 que diz o que é que deve ser discriminado. Por sua vez, o Regulamento das Relações Comerciais do Sector Eléctrico impõe que a factura seja delineada em termos que permitam uma completa e adequada compreensão. Ademais, a infracção em causa está prevista no regime sancionatório do sector energético, mais propriamente no seu artigo 28º/2-h), constituindo uma contra-ordenação grave.

---

<sup>502</sup> Alterada pela Lei n.º 44/2011, de 22 de Junho, e Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

Em face do quadro, o Conselho de Administração da ERSE aplicou uma coima de cinco mil euros, de acordo com o artigo 32.º/1 e 3 RSSE, tendo por base, especialmente, a ausência de antecedentes contra-ordenacionais e da evidência de que a visada tinha obtido benefício patrimonial, bem como a colaboração desta e a adopção de medidas focadas na eliminação da infracção.

Estamos, mais uma vez, na presença de um sancionamento de normas de direito europeu transposto, no caso a protecção do consumidor, que visam garantir que este retira o maior benefício do mercado concorrencial e pleno, o que é algo que vai sendo repetidamente referido ao longo das Directivas de 2009. Logo, tendo presente tudo o que fomos dizendo não só neste capítulo III, a resposta só podia redundar na aplicação de sanção, com a qual concordamos plenamente. Ademais, este caso possibilita compreender o que referimos em relação à determinação da medida da coima.

## Capítulo IV – Síntese Conclusiva

Em face da exposição que fizemos e dos elementos que trouxemos à colação, é agora tempo de concluir com a apresentação da proposta de resolução do problema que colocámos: se não há dúvidas de que as contra-ordenações administrativas permanecem como uma via tradicional de actuação, será que as transformações reconhecidas, tendo em conta a concepção de *Novo Direito Administrativo* como direito administrativo em mudança, a alteram convolvendo-a numa figura de direito comunitário? Vejamos.

O enquadramento dogmático, jurisprudencial e legal inicial, enquanto conjuntura enformadora deste tipo de punição administrativa, ancorado num regime próximo dos congéneres europeus, em especial, do germânico, mas voltado para dentro como salvaguarda do funcionamento público nacional guiado por interesses públicos próprios; deixa de fazer sentido a partir do momento em que se deu o romper de fronteiras e a consequente flexibilização de conceitos como o da territorialidade e soberania. Desta feita, algo que era estranho à génese contra-ordenacional – a existência de uma Europa unificada e de uma sociedade transnacional organizada – acarretou a importação e vigência de um conjunto de interesses associados a um espaço que deixa de ser o nosso, e a objectivos que deixam de ser, em grande medida, os nacionais. Por conseguinte, hoje há novos dados, comprovados pelos casos de estudo que mobilizámos, que traduzem a acomodação do direito sancionatório no seio das novas tendências do direito administrativo e nos colocam num paradigma muito distante do que se verificava aquando da emergência penalista e económica das contra-ordenações.

Projectando-nos no domínio europeu, o acatamento deste tipo de novidades é ainda mais premente se tivermos presente a acção que foi sendo desenvolvida pelas instâncias comunitárias que, não se bastando com a transposição ou vigência directa da sua normatividade no plano nacional, impôs mesmo a modificação organizatória interna. É claro que tal só foi possível por se verificarem dois factores confluentes. Por um lado, tendo por base os princípios da liberalização e concorrência, registou-se uma alteração dos dogmas básicos de actuação do Estado, mormente os que se caracterizavam por uma intervenção estadual directa. Por outro lado, como resulta do capítulo II, o mercado liberalizado não é um mercado perfeito – está muito longe disso – pelo que é necessária uma regulação intensa de nível supranacional refugiada em aspectos organizatórios inovadores. Assim se justifica

a obrigação comunitária de exercício da actividade administrativa regulatória por entidades reguladoras independentes que, ainda que administrativas, agregam um conjunto de poderes, incluindo o sancionatório, e que os exercem com uma nota de especialidade e tecnicidade que não existe nas demais entidades. Desta feita, por exemplo, as sanções por si aplicadas são distintas de outras como as sanções urbanísticas. Consequentemente, o poder sancionatório tem de ser visto a partir desta nova realidade ao qual está intrinsecamente associado.

Daqui resulta uma alteração do critério subjectivo de aplicação das sanções que passam a ser da competência de entidades que, não obstante serem formalmente nacionais, são materialmente comunitárias e se encontram cometidas aos caprichos da política europeia, constituindo mesmo um órgão executor da União Europeia. Acresce que isto redonda numa certa impotência nacional corroborada pelo exemplo da ERSE e pela fixação das competências mínimas das entidades reguladoras energéticas na própria Directiva.

Ademais, também por força desta movimentação, a qualificação das sanções fica dependente daquilo que a União caracteriza como actividade administrativa de regulação de mercado, o que além de constituir mais um exemplo de que as sanções possuem natureza administrativa, não afasta os princípios de protecção dos regulados, como seja o princípio da publicidade ou da legalidade, ainda que aberta. Consequentemente, estas continuam a conter alguma componente nacional, mas, mesmo nesse caso, estamos a falar de princípios que estão já amplamente consagrados, legal e/ou jurisprudencialmente, no direito comunitário, apresentando-se, identicamente, como garantias de nível europeu. A este ponto agrega-se o facto de o próprio procedimento contra-ordenacional reflectir a política europeia, por força do movimento da europeização, pense-se no caso da transacção admitida na ERSE.

Por tudo isto, as infracções que são punidas não são de cariz interno, o que faz com que a função de direcção cometida à regulação passe a constituir uma direcção condicionada na génese das políticas aplicadas. Tal é visível no caso da ERSE, onde as infracções fixadas no seu regime sancionatório advêm da violação dos interesses de política energética nacional fixados pelo Governo, mas resultam ou da aplicação directa do direito comunitário ou da sua transposição, pelo que, em última instância, constituem política energética comunitária transposta, que, por sua vez, é também influenciada pelos dictames internacionais. Ora, se temos a política seguida pelas entidades reguladoras a ser definida pelo poder político, então,

em último termo, é esse o verdadeiro aplicador da sanção - no caso da energia é a União Europeia. Concludentemente, aquilo que deveria ser o cumprimento do interesse público interno ou nacional é suplantado por uma defesa de cânones e directrizes comunitárias que só assim têm possibilidade de ser cumpridos, em face da insuficiência de meios sancionatórios directos da União.

Em termos conclusivos, resulta daqui uma ideia dos Estados-membros como mais uma peça do veículo europeu, entrelaçada no fenómeno da cooperação alargada como via de compatibilização de sistemas, ainda que o papel de facilitador nacional dessa colaboração seja desempenhado pelas entidades reguladoras. Por conseguinte, parece-nos que o que existe é uma *regulação bicéfala ou cooperativa*, que se concretiza não só na centralização europeia da política e da definição da linha de acção, mas também na descentralização parcial da acção ou execução, manifestada quase numa execução automática e acrítica. Está então em causa uma conjugação de forças centrípetas e centrífugas. É neste último ponto que se colocam as contra-ordenações administrativas que, enquanto sanções fora do domínio das sanções administrativas em sentido estrito, se transformam numa nova figura que transcende a lógica nacional e se transforma, no nosso entender, num dos maiores exemplos do *federalismo de execução* referenciado por FEHLING/ARNOLD (2008: 111/112).



## Referências Bibliográficas

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, 2007, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson, Civitas, Madrid;

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía/ BUENO ARMIJO, António M./ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel/ REBOLLO PUIG, Manuel, 2010, *Derecho Administrativo Sancionador*, 1.ª edição, Lex Nova, Valladolid;

ALONSO SÁNCHEZ, Isabel, 2013, “La simplificación Administrativa como política económica y su especial consideración en Castilla y León”, in *Nuevas formas de control de las Administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usurários*, Enrique Rivero Ysern, M<sup>a</sup> Dolores Calvo Sánchez (coord.), Ratio Legis, Salamanca, pp. 49-84;

ANDRES, Luis/GUASCH, José Luis/AZUMENDI, Sebastián Lopez, 2009, “Regulatory governance and sector performance: methodology and evaluation for electricity distribution in Latin America”, in *Regulation, Deregulation, Reregulation. Institutional Perspectives*, Claude Ménard e Michel Ghertman (ed.), Edward Elgar, UK, MA, pp. 111-143;

ANTUNES, Maria João, 1991, “Concurso de Contra-ordenações. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 1991: Anotação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, fascículo 3, pp. 463-474;

ARANGUREN, Juan Cruz Alli, 2011, “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”, in *Derecho administrativo y regulación. “Liber Amicorum” Gaspar Ariño Ortiz*, Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas (coord.), 1.ª edição, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, pp. 831-854;

ARNAUD, André-Jean, 2008, “A globalização – um desafio ao papel regulador do Estado?”, in *Novos Territórios do Direito: Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*, Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentif (coord.), 1.<sup>a</sup> edição, Principia, S. João do Estoril, pp. 85-98;

AVELÃS NUNES, António J., 2007, *Economia Política: Introdução à História da Ciência Económica e do Pensamento Económico*, Serviços de Acção Social da UC, Serviço de Textos, Coimbra;

BALDWIN, Robert/CAVE, Martin/LODGE, Martin, 2012, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2.<sup>a</sup> edição, Oxford University Press, Oxford;

BASSI, Nicola, 2001, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milão;

BELEZA DOS SANTOS, 1945, “Ilícito Penal Administrativo e Ilícito Criminal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, I-IV, pp. 39-59;

BENITO LÓPEZ, Raquel, 2006, “La potestad sancionadora de la administración penitenciaria y la doctrina del tribunal constitucional. Límites y garantías”, in *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (ed.), Editorial Colex, Madrid, pp. 91-122;

BLANCO DE MORAIS, Carlos, 2012, “O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Marcelo Rebelo de Sousa, et al. (org.), volume IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 183-218;

BOCANEGRA SIERRA, Raúl/GARCÍA LUENGO, Javier, 2008, “Los actos administrativos transnacionales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 177, pp. 9-29;

BOYER, Robert, 2002, “Introduction”, in *Régulation Theory: The state of the art*, Robert Boyer e Yves Saillard (ed.), Carolyn Shread (Trans.), Routledge, Londres, pp. 1-10;

BRANDÃO, Nuno, 2007, “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, *Separata de Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 1, pp. 73-93;

- 2014, *Tópicos de apoio à intervenção no Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência subordinada ao tema: O processo de impugnação das sanções administrativas*, CEDIPRE (org.);

CARDOSO DA COSTA, Joaquim, 1992, “O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, n.º 366, pp. 41-69;

CASSESE, Sabino, 2001, “L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, n.º 3, pp. 601-630;

CAETANO, Marcello, 2010, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, 10.<sup>a</sup> reimpressão da 10.<sup>a</sup> edição revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra;

CALVÃO DA SILVA, 2008, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina;

CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía López/ARIÑO ORTIZ, Gaspar, 2003, *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, 2.ª edição ampliada, Fundación de Estudios de Regulación, Comanes editorial, Granada;

CASTRO GUERRA, António, 2001, *Conferência: regulação económica, concorrência e Serviços de Interesse Geral: Lisboa, 15 de Outubro de 2001: Intervenções*, Associação Portuguesa do Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral, Lisboa, pp. 131-140;

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, 1982, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, Editorial Verbo, Lisboa;

- 1992, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, volume I, Editorial Verbo, Lisboa;

CEREZO MIR, José, 1975, “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, fascículo 2, pp. 159-175;

CHITI, Mario P., 1999, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano;

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe, 2008, *O Direito Administrativo sem Estado: Crise ou fim de um paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra;

COMISSÃO EUROPEIA, 2013, *Compreender as políticas da União Europeia: Energia*, Bruxelas, disponível em:

<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000056001-000057000/000056667.pdf>

CONFRARIA, João, 2011, *Regulação e Concorrência, desafios do século XXI*, 2.<sup>a</sup> edição, Universidade Católica Editora, Lisboa;

CORREIA, Eduardo, 1973, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume XLIX, pp.5-29;

COSTA ANDRADE, Manuel da, 1998, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, pp.75-107;

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, 1997, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, ano 7, n.º1, pp. 7-100;

- 2013, “Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, *Ciência Criminal*, ano 23, n.º 1, pp. 63-121;

CUSSAGUET, Pierre-Marie, 2004, “L’ouverture du marché gazier européen”, *Problèmes Économiques*, n.º 2858, pp.5-12;

CUSTOS, Dominique, 2005, “La notion américaine de régulation”, in *Droit de la regulation, service public et intégration régionale*, Gérard Marcou e Franck Modernè (dir.), Tome 1, Comparaisons et commentaires, L’Harmattan, Paris, pp. 145-165;

DARNACULLETA I GARDELLA, M.<sup>a</sup> Mercè, 2005, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A, Madrid;

DEMURO, Gianmario, 1995, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Serie 1 (Giuridica), volume 46, G. Giappichelli Editore;

DESAMA, Claude, 2004, “1990-2003: la libéralisation du marche de l’électricité en Europe”, *Problèmes Économiques*, n.º 2858, pp. 2-5;

DIAS JOSÉ, Rosendo, 1991, “Sanções Administrativas”, *Revista de Direito Público*, ano 5, n.º 9, pp. 37-64;

DOLCINI, Emilio/PALIERO, Carlo Enrico, 1980, “L’illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 23, pp. 1134-1148;

DUARTE DE ALMEIDA, António, 2008, “O ilícito de mera ordenação social na confluência de jurisdições: tolerável ou desejável?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, X Seminário de Justiça Administrativa, Cejur, Braga, n.º 71, pp. 15-22;

DUARTE, Maria Luísa, 2008, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra;

FARIA COSTA, José, 1983, “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, *Revista de Direito e Economia*, ano 9, n.ºs 1 e 2, pp. 3-51;

- 2001, “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)”, *Questões laborais*, ano 8, n.º 17, pp. 1-11;

- 2012, *Noções fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra;

FAUSTO DE QUADROS, 2008, *Direito da União Europeia: Direito constitucional e administrativo da União Europeia*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, Coimbra;

FEHLING, Micahel/ARNOLD, Sascha, 2008, “Interrelaciones administrativas en el ordenamiento jurídico alemán. Novedades introducidas por la reforma del federalismo”, in *La Unión Administrativa Europea*, Francisco Velasco Caballero e Jens-Peter Schneider (coord.), Marcial Pons, Madrid, pp. 109-132;

FERNANDES, António Joaquim, 2002, *Regime geral das contra-ordenações. Notas práticas*, 2.<sup>a</sup> edição, Ediforum, Lisboa;

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, 2003, *Direito Internacional Público*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra;

FERREIRA MONTE, Mário, 2009, “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 239-270;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1983, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *O novo código penal português e legislação complementar: fase 1, Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, Lisboa, pp. 315-336;

- 1996, “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal Português”, in *Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal*, CEJ, volume I, Lisboa, pp. 15-40;

- 2011a, *Direito Penal: Parte Geral*, I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra;

- 2011b, *Direito Penal Português: Parte Geral*, volume II, 3.<sup>a</sup> reimpressão da 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra;

FIGUEIREDO, Marcelo, 2005, *As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua actividade normativa*, Coleção Temas de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo;

FREITAS DO AMARAL, Diogo, 2008, “O poder sancionatório da Administração Pública”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida (coord.), volume I, Almedina, Coimbra, pp. 215-234;

FRIER, Paul-Laurent, 2005, “La régulation comme fonction: propôs introductifs”, in *Droit de la regulation, service public et integration régionale*, Gérard Marcou e Franck Modernè (dir.), Tome 1, Comparaisons et commentaires, L’Harmattan, Paris, pp. 67-69;

GALLARDO CASTILLO, María Jesús, 2008, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Práctica y Jurisprudencia Administrativa, 1.<sup>a</sup> edição, Iustel, Madrid;

GALVÃO TELES, Patrícia, 2008, “Globalização e novas fronteiras do direito internacional”, in *Novos Territórios do Direito. Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*, Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentif (coord.), 1.<sup>a</sup> edição, Principia, S. João do Estoril, pp. 99-106;



GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 1976, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *Revista española de derecho administrativo*, ano, n.º 10, pp. 399-430;

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, 1999, *Curso de derecho Administrativo*, volume II, 6.ª edição, Editorial Civitas, Madrid;

GHERTMAN, Michel, 2009, “The puzzle of regulation, deregulation and reregulation”, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Claude Ménard e Michel Ghertman (ed.), Edward Elgar, UK, MA, pp. 351-369;

GIANI, Loredana, 2002, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, G. Giappichelli Editore, Torino;

GLACHANT, Jean-Michel/PEREZ, Yannick, 2009, “The achievement of electricity competitive reforms: a governance structure problem?”, in *Regulation, Deregulation, Reregulation. Institutional Perspectives*, Claude Ménard e Michel Ghertman (ed.), Edward Elgar, UK, MA, pp. 196-210;

GOMES CANOTILHO, J. J., 2001, “O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica*, 61, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 705-722;

GOMES CANOTILHO, J. J./VITAL MOREIRA, 2010, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, volume II, reimpressão da 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra;

GOMES DIAS, Mário, 1984, “Breves reflexões sobre o processo de contra-ordenação”, *Revista do Ministério Público*, ano 5, volume 20, pp. 91-110;

GOMES, Vítor, 2008, “As sanções administrativas na fronteira das jurisdições. Aspectos jurisprudenciais”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, X seminário de Justiça Administrativa, n.º 71, pp. 6-14;

GONÇALVES, Maria Eduarda/ GUIBENTIF, Pierre, 2008, “Novos territórios, modos de regulação e desafios para uma agenda de investigação sobre o direito”, in *Novos Territórios do Direito. Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*, Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentif (coord.), 1.ª edição, Principia, S. João do Estoril, pp. 7-22;

GONÇALVES, Pedro Costa, 1999, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra;

- 2003, “Regulação Administrativa da Internet”, *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, n.º 1, pp. 177-199;

- 2006, “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Jorge Miranda (coord.), volume II, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 527-573;

- 2008, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coleção Direito Público e Regulação, n.º 7, Coimbra Editora, Coimbra;

- 2010, “Regulação administrativa e contrato”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 987-1024;

- 2013a: “Controlo público prévio de actividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa”, in *Nuevas formas de control de las Administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usurários*, Enrique Rivero Ysern, M<sup>a</sup> Dolores Calvo Sánchez (coord.), Ratio Legis, Salamanca, pp. 85-126;

- 2013b: *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra;

GUILHERME CATARINO, Luís, 2010, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Almedina, Coimbra;

HUERGO LORA, Alejandro, 2007, *Las sanciones administrativas*, 1.<sup>a</sup> edição, Iustel, Madrid;

JARREL, Gregg A., 2007, “The demand for the state regulation of the electric utility industry”, in *The Political Economy of Regulation*, Thomas P. Lyon (ed.), Edward Elgar, Northampton, pp. 218-244;

JIMÉNEZ TELLO, Pilar, 2013, “Nuevas formulas de control administrativo y proteccion de los consumidores y usurários: Los valores de la auditoría y evaluación en los servicios y administraciones públicas”, in *Nuevas formas de control de las Administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usurários*, Enrique Rivero Ysern, M<sup>a</sup> Dolores Calvo Sánchez (coord.), Ratio Legis, Salamanca, pp. 15-47;

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel, 2001, *Conferência: regulação económica, concorrência e Serviços de Interesse Geral: Lisboa, 15 de Outubro de 2001: Intervenções*, Associação

Portuguesa do Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral, Lisboa, pp. 155-158;

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel/ALMEIDA, João Paulo Simões de/FORTE, André Matos, 2005, *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, CEDIPRE, Direito Público e Regulação, 6, Coimbra Editora, Coimbra;

LEONES DANTAS, António, 1994, “Considerações sobre o processo das contra-ordenações: as fases do recurso e da execução”, *Revista do Ministério Público*, n.º 57, pp. 71-83;

- 1995, “Considerações sobre o processo das contra-ordenações: a fase administrativa”, *Revista do Ministério Público*, n.º 61, pp. 103-119;

LINDE PANIAGUA, Enrique, 2006, “El régimen disciplinario de la función pública y la penetración en el mismo de los principios que rigen el derecho penal”, in *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (ed.), Editorial Colex, Madrid, pp. 301-323;

LOPES DO REGO, 2001, “Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações”, *Questões Laborais*, ano 8, n.º17, pp. 12-25;

LOPES, Dulce, 2003, “O nome das coisas: Serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário”, *Temas de Integração*, n.ºs 15 e 16, pp. 147-229;

LOPES, Licínio, 2014a, “Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, pp. 7-25;

- 2014b, “Os procedimentos de aplicação de sanções administrativas”, *Tópicos de apoio à intervenção no Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência* CEDIPRE (org.), 13 de Dezembro de 2014;

- 2014c, “Sanções Administrativas: enquadramento geral e categorias”, *Tópicos de apoio à intervenção no Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência*, CEDIPRE (org.), 6 de Dezembro de 2014;

LOZANO CUTANDA, Blanca, 1990, “Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: despenalización y garantía”, *Revista de Administración Pública*, n.º 121, pp. 393-414;

LUMBRALES, Nuno B. M., 2006, *Sobre o conceito material de contra-ordenação*, Universidade Católica Editora, Lisboa;

MAÇÃS, Fernanda, 2006, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Seminário de Justiça Administrativa, ano 8, n.º 58, pp. 21-49;

MACHADO, Jónatas, 2010, *Direito da União Europeia*, 1.<sup>a</sup> edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra;

MADUREIRA PRATES, Marcelo, 2005, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Almedina, Coimbra;

MCCUBBINS, Matthew D./NOLL, Roger G./WEINGAST, Barry R., 2007, “Structure and Process, Politics and Policy: Administrative arrangements and the political control of

agencies”, in *The Political Economy of Regulation*, Thomas P. Lyon (ed.), Edward Elgar, Northampton, pp. 435-486;

MENDES, António de Oliveira/CABRAL, José dos Santos, 2009, *Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e coimas*, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina;

MENEZES LEITÃO, Luís, 2010, “A responsabilidade civil das entidades reguladoras”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 113-122;

MÉRITET, Sophie, 2004, “L’émurgence du pouvoir de marché: l’exemple de l’électricité aux États-Unis”, *Problèmes Économiques*, n.º 2852, pp. 20-27;

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, 2010, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra;

MÖLLERS, Christoph, 2013, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford;

MONIZ, Ana Raquel, 2004, “A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português (Algumas questões) ”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, volume LXXX, Coimbra;

- 2014, “Regime Sancionatório do SIR”, material disponibilizado no módulo do Curso de Ensino à Distância *SIR: Sistema de Indústria Responsável*, Instituto Jurídico e Universidade de Coimbra (org.);

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, *Agências Reguladoras*, Manole, São Paulo;

MOUTINHO, José Lobo, 2008, *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa;

NESTER, Alexandre Wagner, 2006, *Regulação e Concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes*, Dialética, São Paulo;

NOGUEIRA DE ALMEIDA, João, 2012, *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia: conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Manuel Lopes Porto, Coimbra;

NOLL, Roger G., 2001, “Economic perspectives on the politics of regulation”, in *Regulation, Economics and the Law*, Anthony I. Ogus (ed.), An Elgar Reference Collection, Northampton, pp. 35-63;

NUNES, Ana Bela, 2002, *Controlo e regulação na economia portuguesa: 1945-1973*, Separata de Boletim de Ciências Económicas, volume 45-A, Coimbra, pp. 21-64;

OCDE, 2003, *From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries*, OCDE, Paris;

OTERO, Paulo, 2003, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra;

PALAZZO, Francesco, 1986, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)”, *L’indice Penale*, Saggi e Rassegne, 20, pp. 35-56;

PALMA, Maria Fernanda/OTERO, Paulo, 1996, “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVII, ano n.º 2, pp. 557-595;

PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, 1972, “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de administración pública*, n.º 67, pp. 41-94;

PASSOS, Sérgio, 2006, *Contra-ordenações. Anotações ao regime geral*, 2.<sup>a</sup> edição, revista e actualizada, Almedina;

PAZ FERREIRA, Eduardo/SILVA MORAIS, Luís, 2009, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio (coord.), Almedina, Coimbra, pp. 7-38;

PEDROSA MACHADO, Miguel, 1998a, “Contravenção e contra-ordenação – notas sobre a génese, a função e a crítica de dois conceitos jurídicos”, in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal: 150.º aniversário*, Banco de Portugal, Lisboa, pp. 27-49;

- 1998b, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Problemas Gerais, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, pp.145-207;



- 2005, “Questões Legislativas Penais. IV – O que é feito do Regime Geral das «contra-ordenações?»”, *Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º40, pp. 47-65;

PELTZMAN, Sam, 2007, “Toward a more general theory of regulation”, in *The Political Economy of Regulation*, Thomas P. Lyon (ed.), Edward Elgar, Northampton, pp. 136-165;

PINTO ALBUQUERQUE, Paulo, 2014, “A Reforma do Direito das Contra-ordenações”, in *Contraordenações Laborais*, 2.<sup>a</sup> edição, Coleção Formal Inicial, Centro de Estudos Judiciários, disponível em:

[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Contraordenacoes\\_Laborais\\_2edicao.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Contraordenacoes_Laborais_2edicao.pdf?id=9&username=guest)

PITTA BARROS, Pedro, 2006, “Relação entre Autoridade da Concorrência e Autoridades Sectoriais”, in *Concorrência: estudos*, António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques (coord.), Almedina, Coimbra;

POSNER, Eric/VERMEULE, Adrian, 2002, *Interring the Nondelegation Doctrine*, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, Journal Articles, pp. 1721-1762, disponível em:  
[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2731&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2731&context=journal_articles)

PRATA ROQUE, Miguel, 2009, “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 367-442;

- 2013, “O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, *Revista de Regulação e Concorrência*, Coimbra, ano 4, n.º 14, pp. 105-173;

- 2014a, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo. Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, AAFDL, Lisboa;

- 2014b, “Os Procedimentos especiais de aplicação de sanções administrativas”, *Tópicos de apoio à intervenção no Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência CEDIPRE* (org.);

PRIEST, George L., 2007, “The origins of utility regulation and the «theories of regulation» debate”, in *The Political Economy of Regulation*, Thomas P. Lyon (ed.), Edward Elgar, Northampton, pp. 245-279;

PUIGPELAT, Oriol Mir, 2008, “La codificación del procedimiento administrativo en la Unión Administrativa Europea”, in *La Unión Administrativa Europea*, Francisco Velasco Caballero e Jens-Peter Schneider (coord.), Marcial Pons, Madrid, pp. 51-85;

PURVIS, Trevor, 2002, “Regulation, Governance, and the State: Reflections on the Transformation of Regulatory Practices in Late-Modern Liberal Democracies”, in *Law, Regulation, and Governance*, Michael Mac Neil, Neil Sargent, and Peter Swan (ed.), Oxford University Press, Oxford, pp. 28-50;

RUFFERT, Matthias, 2008, “De la europeización del derecho administrativo a la Unión Administrativa Europea”, in *La Unión Administrativa Europea*, Francisco Velasco Caballero e Jens-Peter Schneider (coord.), Marcial Pons, Madrid, pp. 87-107;

SALDANHA SANCHES, José Luís, 2000, “A regulação: história breve de um conceito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, pp. 5-22;

SAMPAIO, Raquel, 2013, “Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública”, in *Estudos em Contratação Pública*, CEDIPRE, volume IV, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 487-536;

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, 2002a, *Principios de derecho administrativo*, volume I, 4.ª edição, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid;

- 2002b, *Principios de derecho administrativo*, volume II, 3.ª edição, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid;

SANTOS, Manuel Simas/SOUSA, Jorge Lopes de, 2011, *Contra-ordenações. Anotações ao regime geral*, 6.ª edição, Áreas Editora, Coleção Direito, Lisboa;

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, 2003, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Mariano Bacigalupo, *et.al.* (trad.), Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid;

- 2008, “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional”, in *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (ed.), Editorial Derecho Global, Sevilla, pp. 71-112;

SCHNEIDER, Jens-Peter, 2008, “Estructuras de la Unión Administrativa Europea – Observaciones Introductorias”, in *La Unión Administrativa Europea*, Francisco Velasco Caballero e Jens-Peter Schneider (coord.), Marcial Pons, Madrid, pp. 25-49;

SILVA DIAS, Augusto, 2009, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra;

SOARES, Cláudia Dias/TAVARES DA SILVA, Suzana, 2014, *Direito das Energias Renováveis*, Almedina, Coimbra;

SOARES DA VEIGA, Raul, 2009, “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 139-173;

SOARES, Rogério Ehrhardt, 1969, *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1.<sup>a</sup> edição, Tecnicas, Coimbra;

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de, 2003, *Direito dos Contratos e Regulação do Mercado*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*, 73, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 225-241;

SUNSTEIN, Cass R., 1999, *Nondelegation canons*, University of Chicago Law School, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, pp. 1-29, disponível em:

[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=law_and_economics)

SWAN, Peter, 2002, “Governing at a Distance: An Introduction to Law, Regulation, and Governance”, in *Law, Regulation, and Governance*, Michael Mac Neil, Neil Sargent, and Peter Swan (ed.), Oxford University Press, Oxford, pp. 1-26;

TAVARES DA SILVA, Suzana, 2008a, “A nova dogmática do direito administrativo: o caso da Administração por compromissos”, in *Estudos de Contratação Pública*, Pedro Gonçalves (org.), volume I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 893-942;

- 2008b, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra;

- 2010a, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial, pp. 519-544;

- 2010b, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra;

- 2010c, *Um novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra;

- 2011, *Direito da Energia*, 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra;

- 2012, “Acto administrativo de faca e garfo”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro (org.), volume 4, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 617-641;

TORCO ALONSO, Juan, 2006, “Consideraciones de legalidad respecto del derecho administrativo sancionador en la esfera penitenciaria”, in *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (ed.), Editorial Colex, Madrid, pp.177-190;

VASCONCELOS, Jorge, *Conferência: regulação económica, concorrência e Serviços de Interesse Geral: Lisboa, 15 de Outubro de 2001: Intervenções*, Associação Portuguesa do

Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral, Lisboa, pp. 75-80;

- 2004, “La coopération des régulateurs européens de l’énergie”, *Problèmes Économiques*, n.º 2852, pp. 28-30;

VAZ PATTO, Pedro, 2009, “Segredo de negócio e o segredo de justiça no Direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 225-235;

VICENTE, Marta de Sousa Nunes, 2012, *A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra;

VIEIRA DE ANDRADE, 1993, “Interesse Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume V, Almedina, Coimbra, pp. 275-282;

- 2010, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra;

- 2011, *A Justiça Administrativa*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra;

VILELA, Alexandra, 2013, *O direito de mera ordenação social. Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra;

VITAL MOREIRA, 1997, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra;

- 2003a, “As autoridades reguladoras e o Parlamento”, in *A mão visível. Mercado e Regulação*, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, Almedina, Coimbra, pp. 195-198;

- 2003b, “As entidades de regulação sectorial”, in *A mão visível. Mercado e Regulação*, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, Almedina, Coimbra, pp. 179-182;

VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, 2003, *Autoridades Reguladoras Independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra;

WEBB, Kernaghan, 2001, “Government, Private Regulation, and the Role of the Market”, in *Regulation, Economics and the Law*, Anthony I. Ogus (ed.), An Elgar Reference Collection, Northampton, pp. 240-256;

ZILLER, Jacques, 2008, “Europeização do direito – do alargamento dos domínios do direito da União Europeia à transformação dos direitos dos Estados-membros”, in *Novos Territórios do Direito. Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*, Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentif (coord.), 1.ª edição, Principia, S. João do Estoril, pp. 23-35;

## **Jurisprudência**

### Jurisprudência Nacional

- Tribunal Constitucional
- Acórdão n.º 56/84, de 12 de Junho
- Acórdão n.º 489/89, de 13 de Julho
- Acórdão n.º 155/91, de 24 de Abril
- Acórdão n.º 160/91, de 24 de Abril
- Acórdão n.º 294/91, de 1 de Julho
- Acórdão n.º 336/91, de 3 de Julho
- Acórdão n.º 158/92, de 23 de Abril
- Acórdão n.º 150/94, de 8 de Fevereiro
- Acórdão n.º 308/94, de 24 de Março
- Acórdão n.º 479/94, de 7 de Julho
- Acórdão n.º 161/95, de 23 de Março
- Acórdão n.º 452/95, de 6 de Julho
- Acórdão n.º 469/97, de 2 de Julho
- Acórdão n.º 237/99, de 28 de Abril
- Acórdão n.º 269/2003, de 27 de Maio
- Acórdão n.º 41/2004, de 14 de Janeiro
- Acórdão n.º 161/2004, de 17 de Março
- Acórdão n.º 659/2006, de 28 de Novembro
- Acórdão n.º 344/2007, de 6 de Junho
- Acórdão n.º 472/2007, de 25 de Setembro



- Acórdão n.º 336/2008, de 19 de Junho
- Acórdão n.º 487/2009, de 28 de Setembro
- Acórdão n.º 19/2011, de 12 de Janeiro
- Acórdão n.º 278/2011, de 7 de Junho
- Acórdão n.º 635/2011, de 20 de Dezembro
- Acórdão n.º 85/2012, de 15 de Fevereiro
- Acórdão n.º 110/2012, de 6 de Março
- Acórdão n.º 229/2012, de 2 de Maio
- Acórdão n.º 466/2012, de 1 de Outubro
- Acórdão n.º 595/2012, de 6 de Dezembro
- Acórdão n.º 313/2013, de 29 de Maio
- Acórdão n.º 374/2013, de 28 de Junho
- Acórdão n.º 97/2014, de 6 de Fevereiro
- Acórdão n.º 201/2014, de 3 de Março
- Acórdão n.º 483/2014, de 25 de Junho

- Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 28 de Novembro de 2002, processo 02P467

- Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão de 26 de Março de 2014, processo 08614
- Acórdão de 18 de Junho de 2014, processo 01549/13

- Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 21 de Dezembro de 1994, processo 9420423
- Acórdão de 8 de Janeiro de 2003, processo 0210733

- Tribunal da Relação de Coimbra
- Acórdão de 10 de Março de 2010, processo 918/09.5TBCR.C1

- Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga
- Sentença de 7 de Janeiro de 2015, processo 2925/14.7BEBRG

### Jurisprudência Europeia

- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- Caso Engel, de 8 de Junho de 1976
- Caso Oztürk, de 21 de Fevereiro de 1984
  
- Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
- Acórdão n.º 120/78, de 20 de Fevereiro de 1979
  
- Tribunal de Justiça da União Europeia
- Acórdão C-207/07, de 17 de Julho de 2008
- Acórdão C-543/08, de 11 de Novembro de 2010
- Acórdão C-359/11, de 23 de Outubro de 2014
- Acórdão C-400/11, de 23 de Outubro de 2014
- Acórdão C-262/12, de 19 de Dezembro de 2013
  
- Tribunal de Primeira Instância
- Acórdão T-87/05, de 21 de Setembro de 2005

- Tribunal Geral
- Acórdão T-57/11, de 3 de Dezembro de 2014
- Acórdão T-251/11, de 11 de Dezembro de 2014