



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MARIA DO CÉU FERREIRA DE SOUSA

**A RECUSA DE PARTILHA DE INFRAESTRUTURA
COMO INFRACÇÃO REGULATÓRIA: Análise da alínea
E), do n.º 2, do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio**

*Dissertação de Mestrado na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Moniz

Coimbra, 2016

Aos meus Pais

“Virtue is more to be feared than vice, because its excesses are not subject to the regulation of conscience.”

(Adam Smith)

Nota: A presente dissertação não se encontra redigida ao abrigo do novo acordo ortográfico

RESUMO

Com a presente dissertação optou-se por enquadrar o sector do Sistema da energia eléctrica como sendo um sector no qual domina uma infraestrutura de rede sem possibilidade de concorrência, dada a duplicação de custos de exploração e pelo facto de ser um monopólio natural em duas fases da sua cadeia de valor, ter de ser regulado e ter de providenciar a uma partilha de infraestrutura com os demais agentes no mercado, seus concorrentes. Ora, de facto, a recusa de partilha de infraestrutura é sancionada com a coima de maior gravidade, pois é evidente que tal recusa prejudica seriamente os consumidores. O prejuízo poderá reportar-se a uma forma de abuso de exploração de uma posição dominante.

PALAVRAS CHAVE - Sectores em rede; recusa de partilha de infraestruturas; abuso de posição dominante; direito de mera ordenação social; entidades reguladoras independentes; sanção administrativa

ABSTRACT

With this thesis we chose to frame the system of the electricity sector as a sector in which dominates a network infrastructure with no possibility of competition, given the duplication of operating costs and the fact that it is a natural monopoly in two stages of its value chain have to be regulated and have to arrange a sharing infrastructure with other agents in the market, their competitors. In fact, the infrastructure sharing refusal is sanctioned with a fine of more serious, since it is clear that such refusal seriously harms consumers. The damage may refer to a form of abuse of a dominant position.

KEYWORDS - Network Sectors; refusal to share infrastructure; abuse of dominant position; right to a regulatory ordinance; independent regulatory authorities; administrative sanction

PRINCIPAIS SIGLAS

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

CE – Comunidade Europeia

SEN – Sistema Eléctrico Nacional

SNGN – Sistema Nacional de Gás Natural

ROR – *Rate of Return*

CRP – Constituição da República Portuguesa

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE - Comunidade Económica Europeia

EDP - Energia de Portugal, S.A

Sumário

I - INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – INDÚSTRIAS DE REDE	3
1.1. Antecedentes históricos	3
1.2. O Sistema de energia eléctrico actual	8
1.3. A regulação das tarifas	14
CAPÍTULO II - O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE	16
CAPÍTULO III - A RECUSA DE PARTILHA DE INFRAESTRUTURA COMO INFRACÇÃO REGULATÓRIA	21
4. Infracção regulatória: ilícito administrativo?	21
4.1. Génese histórica	21
4.2. Crimes e contraordenações e seus critérios de distinção. Distinção puramente quantitativa-formal ou qualitativa-material?	23
4.3. Poder Sancionatório das Entidades Reguladoras	27
II - CONCLUSÃO	46
III - BIBLIOGRAFIA	48
IV - JURISPRUDÊNCIA	52
V - LEGISLAÇÃO	53

I - INTRODUÇÃO

O direito económico tem a sua génese no direito da concorrência. O direito da concorrência compreende a competitividade entre as empresas dentro da economia e a regulação. Invoca de sobremaneira aspectos de monopólios e de livre concorrência. Enquadra o modelo de concepção do Estado Liberal, do *Welfare State* e do Estado de Direito Democrático. Das tarefas do Estado como Estado prestador e das tarefas do Estado como Estado Garantia. Da Institucionalização de Autoridades Reguladoras Independentes transversais e sectoriais. Do contrabalanço entre sanções de ilícito criminal e de ilícito administrativo. Entre coima e pena criminal.

Este trabalho consubstancia-se na interligação de três temáticas fundamentais. Em primeiro lugar procura-se fundamentar o que é a concorrência, para que serve e procura-se, essencialmente, dar-lhe um enquadramento histórico. O enquadramento histórico passa por duas frentes a frente Americana e a Europeia cujos contextos territoriais eram distintos mas cuja vivência de época era a mesma.

De seguida procura-se explicitar a evolução do Sistema Eléctrico Português nomeadamente a sua progressiva privatização e liberalização nas fases da cadeia de valor da produção e comercialização, e, consonância, com a monopolização natural das fases de transporte e de distribuição.

Depois irá aferir-se da utilização das taxas que o Sistema Electrico Português tem à sua disponibilidade – taxas estas -, que estão em consonância com os custos que advêm de cada fase da cadeia de valor do sector eléctrico.

A primeira temática está apresentada.

A segunda temática enquadra-se no abuso de posição dominante que é um desvio a uma concorrência sã e efectiva. Procurar-se-à elencar as motivações adstritas ao comportamento das empresas quando se vêm numa situação de influência causada pelo seu poderio económico.

A segunda temática está apresentada.

Em terceiro lugar, e, por fim procura-se dar resposta à modelização do novo direito público sancionatório especificamente criado com uma autonomia em três frentes. Aqui o foco será manifesto tanto nos critérios de distinção entre crime e contraordenação como também as suas características processuais e, no enquadramento da definição da sanção administrativa geral.

O presente trabalho está globalmente apresentado.

CAPÍTULO I – INDÚSTRIAS DE REDE

1.1. Antecedentes históricos

Ultrapassada a concepção assente no Estado Liberal donde a economia é entregue a si própria no livre jogo das forças convergentes do mercado, a Europa vir-se-ia entregue à ideologia do protecçãoismo. As medidas dos Governos Europeus eram no sentido de protecção da riqueza nacional e, conseqüentemente, no aumento das exportações e redução das importações. Eram, também, no sentido da criação de novas indústrias. Estas, concomitantemente, teriam de representar a “força” da nação.

Na verdade, estava-se envolto do ideário dos totalitarismos que representavam a força que deveria ser o corporativismo do Estado. Veja-se o exemplo alemão¹, donde se retira que aquando do Nazismo era aceite e até visto de bom grado a existência de cartéis, já que o próprio *Reich* intencionava concentrar o poderio económico para si, e quanto menor fosse o número de empresas mais fácil seria essa supervisão. Nesta altura fomentava-se até o conluio empresarial e negava-se de sobremaneira a concorrência.

A alteração de pensamento Europeu viria a definir-se após a II Guerra Mundial com a derrota da Alemanha frente aos Aliados. Apesar da Alemanha se encontrar dividida, era da consciência europeia não voltar a repetir o passado, isto é, não se poderia deixar que a Alemanha, além de se reerguer, pudesse, eventualmente, obter um qualquer poder². A questão

¹ Em sentido análogo conferir SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 11, “A conversão desse poder económico em poder político pode ser vista como uma ameaça ainda maior ao próprio sistema democrático. Esta valoração negativa dos efeitos da concentração e de um sistema de planeamento central privado, à margem das instituições democraticamente legitimadas, recebeu especial importância na sequência dos eventos que levaram à ascensão de Hitler ao poder na Alemanha – país onde os cartéis eram tolerados quando não mesmo incentivados pelo Estado – e, posteriormente, ao rearmamento daquele país e ao início da Segunda Guerra Mundial.”

² *Ibidem*, p. 38. “Porquê prever um regime de concorrência num tratado com perfil dirigista e de protecção da estabilidade e crescimento da indústria pesada europeia? A resposta encontra-se, antes de mais, nas leis adoptadas pelas autoridades de ocupação norte-americana e britânica relativamente aos territórios alemães sob sua administração directa. Os norte-americanos (com grande resistência por parte dos britânicos) pretendiam pôr em prática um processo de desconcentração da indústria alemã, com particular ênfase nas indústrias essenciais a um esforço de guerra. Embora o início da guerra fria tenha provocado uma alteração de política neste domínio, os Estados Unidos continuaram a insistir na necessidade de criação de mecanismos de controlo do poder económico decalcados das leis antitrust daquele país”.

aqui era o controlo de duas importantes matérias-primas que fomentavam o desenvolvimento social e económico naquele tempo: o carvão e o aço.

De facto, na altura, a grande preocupação era o controlo unilateral dos aliados sobre o *Ruhr*³ (na verdade, também estavam inseridas preocupações de que o exército vermelho do *Ruhr*, que tinha ocupado grande parte dessa zona, lançasse as bases da expansão do comunismo), sendo que, a solução passou pela assinatura em Paris, em 18 de Abril de 1951, de um tratado que permitiu instituir a *CECA* – Comunidade Económica Europeia do carvão e Aço -, passando no seu essencial a permitir um controlo mútuo do *Ruhr*.

Neste âmbito lançaram-se as bases de um princípio de direito europeu: o princípio da não discriminação. O próprio tratado enformava aspectos sinalizadores da apetência de um direito concorrencial, tais como o controlo prévio das concentrações das empresas siderúrgicas e carboníferas, a obrigação de publicidade dos preços do carvão e do aço e, em consonância ligacional com o aspecto anterior, a transparência dos custos de transporte.

Frisa-se, por fim, o facto de este tratado assinalar de forma categórica e pioneira na Europa: a proibição de acordos entre empresas que falseiam todas as regras da concorrência.

Estavam dados os primeiros passos para a instituição da fenomenologia da concorrência no contexto Europeu.

Em 1958, instituiu-se a *CEE* – Comunidade Económica Europeia –, assinalando-se o ponto mais marcante na vida do direito europeu, isto porque foi assinado o Tratado de Roma.

Com o mesmo ideário da instituição da *CECA*, este coaduna-se com a assunção de um maior compromisso na criação de uma comunidade europeia forte da qual fossem abolidas todas as barreiras alfandegárias e aduaneiras – protagonistas dos Estados Totalitários -, da qual as empresas eram colocadas em constante competição e, como tal, perante um mercado alargado de empresas suas rivais se sentissem obrigadas a evoluir e a inovar, proporcionando, *a final* melhores produtos e serviços.

³ Neste sentido veja-se BALDISSERA FELIPPE, in, A HISTÓRIA DE INTEGRAÇÃO EUROPEIA “Apesar de a França, que sofrera três invasões através de sua fronteira oriental em menos de um século, se opor a quaisquer tentativas no sentido de diminuir o controle das forças aliadas sobre a região do rio RUHR, visto que entendia que a reconstrução da Alemanha como uma potência independente e com um controle pleno sobre sua indústria básica seria um perigo para a paz e para a segurança em toda a Europa, Schuman temia que um comportamento permanentemente discriminatório contra a Alemanha reaviveria o mesmo sentimento de humilhação que provocou a ascensão do nazismo.”

Claro que o objectivo era a criação de um mercado comum europeu que pudesse competir contra o mercado americano fazendo com que a Europa no seu conjunto se sentisse fortalecida, ressurgindo-se contra a destruição causada pelas consequências da segunda guerra mundial.

O importante era a superação económica europeia e, para isso, teria de se cingir na prossecução de uma política de concorrência enformada nas quatro liberdades fundamentais, a saber: “*a liberdade de circulação de mercadorias, a liberdade de circulação de serviços, a liberdade de circulação de pessoas e trabalhadores e, por fim, a liberdade de capitais*”.

Na história do Direito da Concorrência é impossível deixar de citar o movimento legal dos Estados Unidos da América.

Facticamente, qualquer estudo sem assinalar o papel de grande destaque deste Estado fica desprovido de qualquer valor.

Mostra-se essencialmente importante saber que a Europa se via a braços dados com a emergência do protecçãoismo e do patriotismo proveniente de uma concepção de Estado Totalitária. Os Estados Unidos da América, por outro lado, protagonizavam - com o seu leque de privatizações e liberalizações -, o inverso, que *a final* se destacaria pela emergência da concepção do Estado interveniente na economia.

A Lei *Sherman Antitrust*⁴, promulgada no ano de 1890, perfaz dos Estados Unidos da América os pioneiros a garantir concorrência através da lei.

Face ao *supra* exposto deve-se realçar as circunstâncias factuais para as quais a *Sherman Act* foi pensada. A necessidade de promulgar uma lei deveu-se ao perigo que o *trust* representava para a economia.

⁴ Vide SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 32 e ss, e, em especial, quando enforma a ligação entre a rede ferroviária e a criação da primeira lei da concorrência: “*A criação de uma economia de dimensão continental integrada pela rede ferroviária em expansão permitiu o surgimento de uma nova forma de organização empresarial que se caracterizava pela concentração do controlo económico das actividades produtivas num grupo reduzido de pessoas. Falamos da figura dos trusts, que se generalizaram a um conjunto de indústrias onde as economias de escala favoreciam a integração. Por diversos motivos, essa concentração de poder económico era extremamente impopular, em especial junto dos pequenos e médios empresários e dos agricultores; os primeiros por serem obrigados a concorrer com verdadeiros gigantes comerciais que nem sempre se comportavam segundo os usos honestos do comércio; os segundos porque se viam obrigados a pagar elevados preços pelo transporte ferroviário dos seus produtos e eram discriminados em relação aos grandes criadores de gado*”.

Na sua origem esteve a expansão da rede ferroviária⁵ que, para além de fomentar o rápido crescimento e desenvolvimento económico, de igual forma ligava os estados americanos tirando-os da desintegração uns dos outros e, assim, podendo descobrir novas culturas e vivências dentro do mesmo país.

Não obstante, e sem prescindir do que foi dito, também ao nível económico novas formas de produção mais eficiente foram assimiladas.

Ora, o progresso fomentava a inovação e era uma marca importante, pois com uma extensa rede de ferrovias poderia dar-se a criação de mercados de importância nacional. No entanto, com a expansão ferroviária surgiu o desenvolvimento das sociedades por acções que na sua essência facilitavam as fusões entre as empresas. A concentração de empresas⁶ torna-se prejudicial para o sector económico, nomeadamente, para os seus consumidores.

Assim, a concentração de empresas fez com que as restantes empresas no mercado tivessem de o abandonar e, por conseguinte, restaram as que se encontravam em conluio e que de sobremaneira poderiam concertar a sua acção ao nível de preços, de produtos e de capacidade de produção.

Não havia ambiente para a concorrência, pois, invariavelmente, as empresas pouco sólidas não sobreviviam.

E é neste ambiente de grande crispação que a sociedade americana em 1885, revoltada e preocupada com o poderio económico dos *trusts*, exige mudanças. Esta exigência verifica-se

⁵ Para maiores entendimentos ver MOTTA, MASSIMO, COMPETITION POLICY..., p. 2 e ss

⁶ Neste sentido, SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 11, teve as seguintes ideias: “*Uma das correntes de pensamento que encontramos na génese do direito da concorrência, com particular aceitação em períodos históricos de instabilidade económica e de agitação social, vê no aumento de dimensão das empresas e na concentração de riqueza num número reduzido de pessoas uma ameaça ao funcionamento das instituições democráticas. O argumento que subjaz a esta teoria pode ser sintetizado da seguinte forma: com o aumento da concentração de riqueza em grandes empresas, os gestores que controlam a sua actividade exercem o seu poder sobre uma parte significativa dos recursos produtivos de um país, respondendo mais à pressão dos accionistas no sentido de aumentarem os lucros do que às necessidades dos consumidores ou da própria economia nacional. Ainda na mesma linha, aponta-se o aparente divórcio entre propriedade e gestão para indicar que as falhas na “corporate governance” podem, em última análise, levar a que seja a burocracia interna da empresa a ditar os próprios fins da sua actuação e a ser a principal beneficiária da actividade económica em causa. Este argumento encontra o seu contraponto nas teses “industrialistas” que tendem a considerar que o que é bom para as grandes empresas é bom para o país, em especial atendendo aos efeitos ao nível do emprego e do investimento. Naturalmente, para os seguidores desta tese o direito da concorrência pode ser um obstáculo à prossecução do interesse público, subsumido que seja este ao interesse da “empresa”.*”

na garantia da mudança legislativa, pois a lei existente à altura não salvaguardava uma concorrência sã que beneficiasse toda a colectividade.

O Estado viu-se obrigado a intervir. Em 1890, dá-se a votação do *Sherman Act* com objectivos muito específicos, tais como proteger o comércio de todas as restrições ilegais da concorrência e, em particular, os *trusts* que concentram nas suas mãos todo o poder económico e influenciam toda a economia. De notar que esta lei condena *a priori* todas as concentrações de empresas e abusos de posição dominante não admitindo nenhuma causa justificativa.

A par desta mão pesada está o sancionamento dos infractores que, a título único, admitem penas privativas da liberdade, para além das sanções de âmbito patrimonial.

É um regime completamente adverso ao que é praticado no espaço europeu⁷⁸ que - em abono da verdade -, apesar de ter imitado muitas das soluções presentes na ideologia da concorrência americana não transpôs a possibilidade de sancionar um infractor à lei da concorrência através da aplicação de penas de prisão.

⁷ SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 48, “*Em matéria de concorrência, a Comissão Europeia dispõe de amplos poderes (...) correspondendo parcialmente ao seu papel de “guardião dos Tratados” (...) e, ainda, Cfr. QUADROS, Fausto, A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O direito administrativo português na perspectiva comunitária, Coimbra, Almedina, 1999, p. 26, nos elucida como o Direito Comunitário modela o direito interno: “O que, em bom rigor, se pretende significar neste caso é que o Direito Comunitário, num movimento vertical, de cima para baixo, e ancorado no princípio do seu primado sobre o Direito interno, tal como a jurisprudência comunitária o construiu, penetra directamente no Direito Administrativo estadual, introduzindo neste alterações que os órgãos nacionais de criação e de aplicação do Direito ainda não quiseram ou, porventura, até rejeitam.”*”

⁸ QUADROS, Fausto, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo...*, p. 69, “*Uma das principais fontes de distorções do funcionamento dos mercados é a intervenção do Estado. Por vezes este impõe regimes legais fortemente restritivos da iniciativa privada, em regra com fundamento em vagos critérios de interesse público que não poucas vezes escondem mecanismos de protecção de certos sectores ou empresas. Na medida em que o comportamento dos Estados ponha em causa o efeito útil das regras do Tratado, estes podem ser responsabilizados por tal incumprimento*”. Neste seguimento, o autor analisa o Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 2003 no âmbito do processo C-198/01, o qual procurou responder à questão das empresas que adoptam um comportamento alegadamente restritivo da concorrência decorrente de uma imposição legal, assim, a p. 74 mais concretamente no ponto 58 da discussão conclui-se o seguinte: “*(...) perante comportamentos de empresas contrários ao artigo 81.º, n.º 1, CE, que sejam impostos ou favorecidos por uma legislação nacional que legítima ou reforça os seus efeitos, mais especialmente no que respeita à fixação dos preços e à repartição do mercado, uma autoridade nacional da concorrência que tem por missão, designadamente, assegurar o respeito do artigo 81.º CE: tem a obrigação de deixar de aplicar essa legislação nacional; não pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos passados, quando estes lhes tenham sido impostos por essa legislação nacional; pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos posteriores à decisão de deixar de aplicar essa legislação nacional, uma vez que esta decisão se tenha tornado definitiva a seu respeito; pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos passados quando estes tenham sido apenas facilitados ou encorajados por essa legislação nacional, sem deixar de ter em devida conta as especificidades do quadro normativo em que as empresas actuaram*”.

1.2. O Sistema de energia eléctrico actual

O acesso à energia constitui o principal factor de subsistência e desenvolvimento de um país. Note-se que a electricidade tem sido uma protagonista importante de desenvolvimento exponencial de uma sociedade, nomeadamente, no processo de desenvolvimento económico. Este facto torna-se claro quando se compara as taxas de crescimento de consumo de energia eléctrica com o aparelho industrial que o país detém. Assim, o consumo é maior em países industrializados.

A energia é um bem escasso. No entanto o sector energético deve constituir para o Estado uma protecção acrescida, designadamente, por ser um bem público de acesso universal. Apesar de escasso toda a pessoa inserida na sociedade deve ter acesso ao bem electricidade por forma a ter uma vida condigna. Mais se entende que a electricidade tem as características de bem não rival, não exclusivo e indivisível.

Ora, sendo um bem essencial está circunscrito na tutela de obrigações de serviço universal de forma igualitária e não discriminatória.

O Estado deve garantir que todos os cidadãos têm acesso, independentemente da sua situação económico-financeira. E, porque este serviço caracteriza-se pela necessidade de elevado financiamento, o Estado inicialmente encarregou-se desta tarefa. No entanto, com a evolução do tempo, começou a adquirir-se o entendimento de que os privados poderiam desempenhar um papel na prossecução destas actividades. Está-se no âmbito de seguir um modelo de repartição de responsabilidades (e, igualmente, de repartição de despesas) entre o sector público e o sector privado.

Tal entendimento veio no seguimento de três directivas comunitárias que vieram introduzir uma liberalização progressiva do sector energético.

Assim, apareceu a *Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Dezembro de 1996*. Esta directiva em concreto estabelece os primeiros passos a dar para a construção de um espaço de mercado que funcione de forma unitária e harmonizada no âmbito da electricidade, e, isto porque, estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade.

Neste sentido, em primeiro lugar, a preocupação centrou-se no sector da comercialização. Obrigou-se aqui à desregulação⁹ deste sector acabando assim com os monopólios públicos que até aí existiam. Daqui resultou na integração da implementação do modelo de separação vertical de quatro distintas actividades primordialmente no sector do Transporte e em seguida no sector da Distribuição. Ora, na área do transporte começou a entender-se que as empresas que operam neste sector devem ser independentes pelo menos no plano da gestão, não podendo assim, gerir outras actividades como a produção ou a comercialização para além do Transporte. Na área da distribuição entendeu-se dever ser designado um operador com separação contabilística sempre que a empresa encarregada da distribuição tivesse a sua presença noutras áreas da cadeia para além da distribuição. Daí em diante a separação contabilística passou a ser exigência primordial.

Na verdade, o profusamente conhecido *Unbundling* é vital designadamente no âmbito contabilístico uma vez que sendo actividades comuns com custos partilhados existe sempre o risco de alocar custos indevidamente.

Desta feita surgiu a *Directiva 2003 /54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003*. Esta directive veio trazer regras comuns para a geração, transmissão, distribuição e fornecimento. Mais exigência veio clarificar no sentido da separação legal da rede, isto é, a rede tem de ser propriedade de uma empresa cuja única actividade é a operação e propriedade da rede¹⁰! Assim a separação legal coaduna-se com a existência de recursos humanos, procedimentos e edificios separados.

Por último surgiu a terceira directiva comunitária a *Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009*. Esta directiva vem em suma promover a produção e consume de energias renováveis, assim como, instituiu a Agência de

⁹ Vide o caso americano donde se evidenciou aspectos negativos consideráveis na aposta da desregulação, tais como aumento dos preços, ocorrências de caretização, falência de distribuidores e apagões. Neste sentido aponta o Relatório *Blackout 2003*, de Abril de 2004, disponível em <http://energy.gov/sites/prod/files/oeprod/DocumentsandMedia/BlackoutFinal-Web.pdf>

¹⁰ Note-se que em TIAGO DE CASTRO BAPTISTA a p. 11 dá-se enfoque no problema desta empresa poder ser uma subsidiária de uma *holding* que por sua vez pode ser proprietária de empresas de geração ou comercialização. Nas palavras deste autor esta realidade pode trazer problemas entre os quais: “*No entanto, como as empresas são parte da mesma holding, poderão sempre ocorrer incentivos para que a empresa de Rede trate a empresa de Geração ou Comercialização da mesma holding de forma preferencial em relação às outras empresas (não perentences à holding).*”

Cooperação dos Reguladores de Energia. Neste *brocardo* surge a famosa estratégia 20/20/20 que se coaduna com a redução em 20% das emissões de gases com efeito de estufa; o aumento em 20% do consumo de energias renováveis e, *a final*, com o aumento em 20% da eficiência energética. Pretendeu-se, assim, fortalecer o mercado único energético na União Europeia tornando-a mais competitiva, sustentável e consciente das alterações climáticas.

A nível nacional o primeiro passo foi dado com a Lei n.º 2002, de 26 de Dezembro de 1944, onde foi possível desviar a competência que estava encarregue aos municípios para os privados. Esta lei estabelece um conjunto de concessões privadas relativas à produção e transporte de energia.

O derradeiro momento de mudança que, coincidiu com a entrada de Portugal na CEE, deu-se em 1988 com o Decreto-lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro, segundo o qual derroga-se em definitivo o exclusivo público do serviço de produção, transporte e distribuição de electricidade.

Anos volvidos, em 1991, altera-se a natureza jurídica da *EDP* de pessoa colectiva pública com natureza empresarial para sociedade anónima de capitais públicos. A partir daqui criaram-se várias empresas para explorar cada uma das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade, cindindo-se a *EDP*¹¹. De referir que, em 1995, com o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, constitui-se a *REN* como concessionária da gestão da rede, rede esta que é a rede nacional de transporte de energia eléctrica.

Até ao ano de 2005 deram-se importantes mudanças, entre as quais, o alargamento dos poderes de regulação da *ERSE* a todo o sector energético, compreendendo o sector de eléctrico como o sector de gás. E abre-se a possibilidade de os concessionários titulares de licenças virem a adquirir os terrenos afectos a centros electro-produtores com vista a produção de electricidade. Denote-se aqui um importante entendimento doutrinário consubstanciado no quesito da dominialidade da Rede Nacional de Transportes de Energia Eléctrica. A autora ANA RAQUEL

¹¹ Vide Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril

MONIZ¹² entende que a lei é omissa¹³ e, portanto, pelo facto de o legislador não ter tomado posição na matéria, deve-se entender que a *RNT* não é subsumível à categoria de bens dominiais expressos na Constituição. A posição de PEDRO COSTA GONÇALVES¹⁴ é semelhante dado que, do ponto de vista do domínio público, nada afere da dominialidade das redes eléctricas. Tal convicção é-nos indicativa da mudança de paradigma de Estado proprietário/Estado prestador para Estado regulador e, em consequência, da privatização destas actividades de serviço público. Já SUZANA TAVARES DA SILVA¹⁵ chama a nossa atenção para a descrença no domínio público infra-estrutural e coloca-nos a questão no acentuar da concorrência “na rede e pela rede e não entre redes”. Esta autora destaca que a omissão do legislador deve ser corrigida o quanto antes, uma vez que precisa de tomar posição sobre a matéria para que se possa materializar efectivamente a privatização.

Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 184/2003, de 20 de Agosto, entra-se numa nova dinâmica - na dinâmica de concorrência para fora dos mercados regionais centrados no próprio país. É a partir daqui que se mostra viável e possível produzir electricidade para vender dentro do mercado bolsista¹⁶. A funcionalidade *trading* e venda no mercado *spot* torna-se uma realidade da qual Portugal faz parte – ainda que num circunstancialismo ibérico -, podendo importar e exportar energia eléctrica. Com o *MIBEL* dá-se a verdadeira concorrência de energia eléctrica.

A partir de 2003, transpõem-se para o panorama Português três directivas pertencentes ao pacote de liberalização da energia eléctrica europeu. As duas primeiras promulgadas em 26

¹² Vide ANA RAQUEL MONIZ em O domínio público..., a p. 221 a 250. Nas palavras da autora: “Não pode deixar de se sublinhar que à existência de uma infra-estrutura de rede não está associada uma disciplina jurídica unitária, em termos de se poder defender uma relação necessária entre aquela e o regime da dominialidade. Daí que por vezes se distinga entre as «infra-estruturas territoriais» (rodoviárias, ferroviárias, portuárias, aeroportuárias), mais estreitamente vinculadas ao sector público, e as «infra-estruturas empresariais» (energéticas e de telecomunicações) que, mercê do fenómeno liberalizador, conhecem uma tendência não apenas para a sua não dominialização como ainda para a sua reserva a privados (pelo carácter *lucrativo* que são susceptíveis de encerrar), sem prejuízo da imposição a estes de «obrigações de serviço público» e da submissão aos princípios da vinculação ao respectivo fim, da continuidade e da disponibilidade.”

¹³ Neste sentido em JOÃO FILIPE GRAÇA, in, A rede nacional de transporte de electricidade..., a p. 17 e ss

¹⁴ Neste sentido em JOÃO FILIPE GRAÇA a p. 18

¹⁵ Neste sentido em JOÃO FILIPE GRAÇA a p. 18 e ss

¹⁶ Neste sentido e para maiores pormenores ver a tese de mestrado de RAQUEL PAMPLONA, Produção de electricidade em Portugal..., a qual faz extensa abordagem ao regime especial e às tarifas bonificadas e em JOÃO MANUEL JORGE ESTEVÃO, As especificidades dos futuros de electricidade

de Junho de 2003 – as Directivas n.º 2003/54/CE e 2003/55/CE -, traduzem-se na possibilidade de os consumidores escolherem livremente os seus fornecedores e poderem abastecer, sem quaisquer obstáculos, os seus clientes.

Toda esta legislação tem como base principal assegurar a concretização das quatro liberdades que se instituíram com o tratado de Roma, em particular, as que se coadunam com a liberdade de circulação de mercadorias, a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento.

Com a privatização dá-se a função de regulação do mercado pela instituição de autoridades administrativas independentes, tanto transversais como sectoriais. Ora, deve-se proteger os consumidores e garantir um serviço público de electricidade e gás natural. Não se pode esquecer que estamos no meio de empresas que prosseguem essencialmente o lucro e anseiam por rentabilizar os seus investimentos. É aqui que a *ERSE* entra. Ela precisa de delimitar os preços aceitáveis pelos quais os consumidores terão de desembolsar para aceder o serviço.

Pertence também à *ERSE* garantir obrigações de serviço público universal (preços em proporção à capacidade económica do consumidor em causa), segurança no abastecimento (principalmente quando há picos de procura de energia eléctrica, conforme horários do dia e conforme estações do ano, bem como baixa de temperatura em determinado mês do qual seja necessário servir-se de aquecedores), assim como, *a final* garantir um eficiente uso dos recursos energéticos.

Sabe-se que o preço da electricidade depende do preço dos *inputs*. Actualmente, a produção de electricidade está consignada a diversos tipos de geração de electricidade com diversos tipos de custos. É o caso da solução que se encontrou para o facto da impossibilidade de armazenamento da electricidade¹⁷ (para fazer face ao picos de procura). Como não se consegue armazenar o que é produzido deve ser imediatamente consumido. No entanto, há uma excepção que de alguma forma é ineficiente. A combinação de produção de energia eléctrica, a par da eólica e hidrónica, permite armazenar. No entanto, os investimentos ao nível das

¹⁷ Vide em Pedro Gonçalves, in, Regulação, Electricidade e Telecomunicações, a p. 145: “A impossibilidade de armazenamento determina que a oferta (produção e transmissão da energia) tenha de estar em condições de responder em tempo real às flutuações e aos picos da procura: a garantia da “manutenção do equilíbrio permanente entre a oferta e a procura” – o keep system in balance all the time constitui, pois, um desafio que se coloca originariamente na esfera do Estado.”

infraestruturas são elevados. Assim, o Estado Português fez contratos com eólicas garantindo que o que é produzido é consumido, não ficando afastada a rentabilidade das empresas. As eólicas têm sempre um lucro garantido, pois estão afastadas do livre jogo do mercado – pelo menos pelo tempo que o contrato durar -, e assim, recebem o preço de mercado mais um prémio.

Na mesma linha deve-se explicar o porquê deste compromisso estatal. A verdade é que a procura de energia eléctrica tem um peso enorme na eficiência deste mercado. Quando a procura é insuficiente há grandes centrais que param não sendo necessário fazer mais investimentos em infraestruturas, pois também se deve garantir a rentabilização do investimento em capital intensivo que as empresas fazem sempre que entram neste mercado. Pode ser economicamente mais viável comprar a electricidade na bolsa do que continuar a produzir nas centrais. Em bolsa pode-se comprar a quem oferece melhores condições – tendo capacidade de transmissão -, estando os produtores de electricidade no mercado grossista e, no retalhista, os distribuidores e grandes consumidores.

E mais, as empresas não podem repercutir no preço a necessidade de retorno do investimento. Apenas no Brasil vê-se uma situação de incentivo ao aumento de produção pelo facto de haver aumento da procura.

Com o esgotamento dos recursos naturais há cada vez mais uma maior preocupação com o aproveitamento desses recursos, utilizando-se cada vez mais energias alternativas (“energias limpas”) na produção de electricidade e o debate de consciências contra os desperdícios que assolam muitos quadrantes da sociedade.

A politica para os sectores da energia eléctrica e do gás natural consubstancia-se na separação das actividades das empresas verticalmente integradas. Neste ponto destacaremos o Regulamento CEE n. ° 4064, 89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, o qual nos diz que uma empresa verticalmente integrada exerce pelo menos uma das actividades de transporte ou distribuição e pelo menos uma das actividades de produção e comercialização, em simultâneo. O facto é que só se consegue economias de escala se a empresa estiver verticalmente integrada, aproveitando-se assim da maximização da expansão e interligação de centrais. Na prática há uma resistência a aumentar a capacidade de interligação abrindo o mercado à concorrência internacional.

1.3. A regulação das tarifas

Como se referiu no ponto *supra* elencado, o sector de energia eléctrica importa quatro fases da cadeia de valor. Estas quatro fases comportam custos. Estes custos dão origem às tarifas de electricidade que são definidas e publicadas pela *ERSE* de acordo com o seu Regulamento Tarifário. Os consumidores e demais interessados são envolvidos no processo de aprovação das tarifas e do Regulamento Tarifário¹⁸.

Tais tarifas estão expressas no Regulamento segundo as seguintes modalidades:

- Tarifa de Uso Global do Sistema;
- Tarifa de Uso da Rede de Transporte;
- Tarifa de Uso das Redes de Distribuição;
- Tarifa da Energia;
- Tarifa de Comercialização.

Existem duas outras tarifas com particularidades, a saber: a tarifa de acesso às redes e tarifas transitórias de Venda Clientes Finais, sendo que esta última é apenas aplicada aos consumidores no mercado regulado. No mercado livre, os comercializadores negociam os preços da componente de energia com os seus clientes.

Sempre que o distribuidor vai comprar ao mercado grossista os consumidores têm de pagar a distribuição e transmissão da energia eléctrica.

Na verdade, a *EDP* - distribuição, é actividade regulada e, como actividade regulada, tem uma tarifa. Neste âmbito tem de apresentar à autoridade reguladora os seus parâmetros e, conseqüentemente, propôr o preço dessa tarifa. Irá dizer o seguinte: “Tenho de fazer estes investimentos e a procura irá, previsivelmente, evoluir desta forma”, no entanto, apesar desta negociação *a final* a tarifa ser-lhe-á imposta.

Na decisão do regulador não-de estar presentes aspectos ligados à política energética, opções de equidade como a que se concretiza pelo principio da uniformização tarifária nas

¹⁸ Ver em

<http://www.erse.pt/consumidor/electricidade/querosabermals/comosaocalculadasastarifasdeelectricidade/paginas/default.aspx> de forma a esclarecer o cálculo donde provem as tarifas.

regiões autónomas dos Açores e da Madeira. Assim, no preço final da energia eléctrica¹⁹ existem várias componentes como o preço da energia, as opções políticas, a política energética a seguir, o facto de haver zonas insulares, os custos com a entidade da concorrência também concorrem e, por fim, a tarifa tem de compensar o esforço de investimento.

Fica assente que só se poderá apoiar o investimento neste sector sob duas vias: se se aceitar garantir um preço acima do mercado que se forma para as centrais hidroeléctricas, centrais a carvão, ou, se por outro lado, garantirmos que toda a energia é comprada. O risco do investimento deverá ser pago pelo consumidor de energia e é isso mesmo que acontece quando essa componente aparece cristalizada na tarifa de transmissão.

Nos Estados Unidos da América, através da tarifa, permitem aumentar a concorrência a nível regional já que não repercutem os custos de transporte na tarifa. É a denominada tarifa *stamp pricing* que não tem em linha de conta as fronteiras. É uma tarifa padrão com um valor único independentemente da distância.

De um ponto de vista prático, veja-se como no mês de Dezembro do ano de 2013 a *ERSE* fez uma revisão das suas tarifas. Revisão esta que não se coaduna com a tutela dos consumidores.

Em Dezembro de 2013, a *ERSE* fez uma revisão das tarifas propondo que o preço da electricidade a clientes finais aumentasse 2,8%, em 2014, enquanto a subida dos preços prevista pelo Governo no Orçamento de Estado de 2014 é de apenas 1% (Relatório OE2014, 2013): “A inflação deverá atingir 1% em 2014, num contexto de ausência de tensões inflacionistas nos mercados internacionais de commodities. Esta ligeira subida da inflação de cerca de 0,4 p.p. face a 2013 traduzirá alguma maior pressão ascendente sobre os preços da melhoria da procura interna, e algum ganho de rentabilidade dos empresários, após anos consecutivos de contracção nas margens de lucro.”

¹⁹ Para maiores entendimentos ver a p. 52 e ss em TIAGO DE CASTRO BAPTISTA em que nos enforma sobre o principio da aditividade tarifária compreendendo as tarifas aplicáveis nas fases da cadeia de valor que lhe precederam.

A ERSE assinala, no seu comunicado de 13 de Dezembro de 2013²⁰, as seguintes razões para esse aumento:

- os custos de produção de energia eléctrica: *“Os custos associados à componente de energia em 2014 permanecem num nível tarifário elevado em resultado dos preços da energia primária nos mercados internacionais, designadamente do Brent, com implicações no preço do gás natural”*;

- evolução do consumo de energia eléctrica: *“(…) O nível mais reduzido da procura prevista para 2014 em linha com os valores registados em 2005 impedem uma maior diluição destes custos de natureza fixa e conseqüentemente pressionam o nível tarifário em alta com reflexos na variação tarifária”*;

- recuperação nas tarifas de custos adiados no passado: *“de modo a mitigar as variações tarifárias, o pagamento através das tarifas de montantes importantes de custos, em grande parte associados a Custos de Interesse Económico Geral (CIE) tem sido adiado.”*

CAPÍTULO II - O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

O sector eléctrico tem características próprias das quais vê-se impossibilitado a uma adesão completa à livre concorrência²¹. Há duas fases da cadeia de valor que não podem ser colocadas numa competição concorrencial. E há uma justificação racional para isso. O transporte e a distribuição caracterizam-se por serem infraestruturas com elevados custos fixos²²

²⁰ Cfr. Comunicado da ERSE em

http://www.erse.pt/pt/imprensa/comunicados/2013/Comunicados/Comunicado%20Tarifas%20EE%20_2014.pdf devidamente acedido online a 9 de Setembro de 2016

²¹ SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 16, postula um conjunto de condições factuais relacionadas com o modelo de concorrência perfeita, tais como: *“atomicidade da estrutura da oferta e da procura; informação perfeita; homogeneidade dos produtos; existência de liberdade de entrada e de saída do mercado”* e, por fim, *“ausência de economias de escala”*. Ainda neste sentido exemplifica observando o seguinte: *“Segundo o modelo económico da concorrência perfeita, o equilíbrio entre a oferta e a procura faz-se no ponto em que o preço corresponde ao custo marginal de produção. Caso o preço do mercado seja superior ao custo marginal de produção, os produtores têm um incentivo para aumentar a sua produção uma vez que obtêm uma remuneração adicional sobre o custo marginal de produção. Em contrapartida, caso o preço seja inferior ao custo marginal, os produtores são incentivados a diminuir a produção até que se atinja o ponto de equilíbrio em que o preço é igual ao custo marginal de produção. Desta forma nenhum produtor obtém lucros supranormais (sendo que o custo de produção incorpora já uma margem de lucro que remunera a função empresarial)”*.

²² Neste sentido vide a explicação de MOTTA, MASSIMO, *COMPETITION POLICY...*, p. 66e ss

e por aquilo que os economistas relatam de *sunk costs*, isto é, custos irreversíveis. Para além disso, por serem infraestruturas que abarcam grandes dimensões, não é viável a sua duplicação²³. Não se cingindo apenas ao aspecto visual urbanístico também não é viável a sua duplicação, pois uma outra rede acarretaria um significativo impacto ambiental causando prejuízos ao próprio solo e subsolo.

Conclui-se, pois, que a duplicação de infraestruturas de rede não é viável do ponto de vista económico-financeiro, urbanístico e ambiental.

O sector do transporte e de distribuição de electricidade enquadra-se num monopólio²⁴ natural do qual tem a particularidade da entrada de novos concorrentes no mercado serem profundamente prejudiciais aos consumidores, pois os preços do bem – energia eléctrica -, aumentariam, sendo preferível aqui uma só empresa a actuar no mercado. Se é a única empresa a actuar no mercado, pode ter uma grande influência sobre o mesmo, tomando decisões que podem afectar o normal curso da economia e os próprios consumidores – principalmente, os mais vulneráveis -, e é precisamente por esta razão que as entidades reguladoras independentes devem regular em específico estes sectores. A ERSE deve vigiar de perto o transporte e a distribuição de electricidade.

²³ A este respeito ver, em especial, MOTTA, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 66

²⁴ SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 21. Este autor relativiza o que pode ser considerado monopólio do ponto de vista de estrutura de mercado. Isto porque ressalta a perda geral de bem-estar social em que há um efeito redistributivo correspondente a uma transferência de bem-estar do consumidor para o monopolista; o poder de fixar o preço a um nível superior ao custo marginal da última unidade produzida; a circunstância da quantidade produzida ser inferior em comparação à que é produzida no mercado com concorrência perfeita; e a final faz-se a alusão à possibilidade de captura de rendas por parte do monopolista tal como sugeriu Richard Posner: “*Numa hipótese extrema, em que o potencial monopolista pode pagar ao Estado para que este exclua por lei qualquer concorrência, aquele estará disposto a pagar uma quantia equivalente àquela área (...) Mesmo que a área em causa corresponda a uma transferência de bem-estar do consumidor para o produtor (monopolista) de 100, este estará disposto a pagar 99,9..., na medida em que daí extrairá um lucro supranormal*”. Uma outra particularidade advém da inovação como a seguir se transcreverá: “*Um outro custo do monopólio ficou memoravelmente expresso na formulação do Professor Hicks: «o melhor dos lucros de monopólio é uma vida fácil» (itálico e sublinhado nossos). “Significa isto que, ao contrário da empresa em situação de concorrência, que se vê permanentemente sujeita à pressão para inovar e reduzir os seus custos, o monopolista pode descansar tranquilamente com a posição adquirida no mercado. Basta pensarmos no que eram as telecomunicações no período de monopólio legal e comparar este sector com o que se verifica após a abertura do mercado a novos concorrentes, a começar pelos próprios equipamentos telefónicos, os quais tinham de ser adquiridos à companhia telefónica pública que oferecia, quando muito, uma gama limitada de aparelhos*”. Este autor refuta Hicks nas seguintes linhas de pensamento: “*Mesmo o monopolista está sujeito a incentivos para maximizar os seus lucros, incluindo mediante a redução do custo de produção; poderá sder verdade que o estímulo será certamente menor caso não tenha um fundado receio de perder clientes para concorrentes, mas a não adopção de métodos de produção mais eficientes, por exemplo, implica uma escolha irracional por parte da empresa monopolista*”.

Veja-se, a título de exemplo, o sector da partilha de infraestruturas de comunicações electrónicas²⁵ em que para evitar a duplicação de investimentos e reduzir as despesas de exploração também aqui se deu cobertura tanto a acordos de cooperação a médio/longo prazo²⁶ como por meio de *joint ventures*, de modo a assim alcançarem uma maior cobertura geográfica a zonas pouco atractivas do ponto de vista económico. Assim, ao conjugarem esforços também conjugam *know-kow*, oferecem melhores serviços e há uma maior possibilidade de escolha para o consumidor. O impacto ambiental também é diminuído, pois não se vê múltiplas redes com recurso a várias torres e antenas muito próximas entre si, bem como múltiplas intervenções no solo e subsolo na instalação de condutas, mas nem tudo pode ser positivo. De facto, coordenando comportamentos, nomeadamente, nas decisões de investimento ou de exploração, pode facilitar situações de conluio e até facilitar a possibilidade de detectar as empresas que se afastem desse conluio.

No caso do transporte e da distribuição, a *ERSE* deve garantir²⁷ a partilha das infraestruturas²⁸ sancionando todos aqueles comportamentos que se afastem desta obrigação legal que está estatuída tanto na alínea e), do n.º 2, do artigo 11.º da Lei da Concorrência – Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio -, bem como o artigo 102.º do Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Foi no domínio das actividades não concorrenciais compostas por uma teia infraestrutural complexa que se desenvolveu a *Essential Facilities Doctrine*. Esta doutrina teve a sua expressão primeira em 1912, no âmbito de um litígio no sistema jurídico americano que ficou conhecido como *United States vs Terminal Road Station*.

²⁵ Cfr. GONÇALVES, PEDRO, em Regulação, Electricidade e Telecomunicações, p. 212 e ss. Em especial a p. 219, na qual o autor nos informa do seguinte: “(...) Além do direito de acesso, as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações são titulares dos designados direitos de passagem. A esta figura se reconduzem: i) o direito de requerer, nos termos da lei geral, a expropriação e a constituição de servidões administrativas indispensáveis à instalação, protecção e conservação dos respectivos sistemas, equipamentos e demais recursos; b) o direito de utilização do domínio público, em condições de igualdade, para a implementação, a passagem ou o atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos (...)”.

²⁶

²⁷ Vide, em especial, *Ibidem*, p. 142 a 144. “O acesso às redes é formalizado através do designado Contrato de Uso das Redes, celebrado entre o operador de rede e o interessado no acesso. O acesso tem um preço, a que os Regulamentos chamam retribuição pelo uso das instalações e serviços; cabe à *ERSE* fixá-lo, considerando, além do mais, os investimentos que os operadores pretendem efectuar nas suas redes.”

²⁸ Vide neste sentido VISCUSI W. KIP, JR. JOSEPH, VERNON. JOHN, in, ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST, a p. 453 e ss

Esta teoria demonstra como uma certa empresa que tem uma determinada matéria-prima, infraestrutura, bem ou produto, detenção que pela sua natureza única e privilegiada dá como que uma obrigação de contratação com as demais empresas concorrentes no mercado e, pelo mercado, ferindo a autonomia da vontade privada, já que se entende que na confluência dos dois interesses deve prevalecer a manutenção de uma possível concorrência. No fundo, a empresa que detém o exclusivo se se recusar a partilhá-lo com os seus rivais naturalmente que irá excluí-los, pois estes não conseguirão manter-se no mercado e realizar a sua actividade económica.

Contrariamente ao entendimento dos Estados Unidos, a Europa não condena a posição dominante por si só. Tal poderio económico pode ter surgido numa base legal sustentada pelo incremento de investigação e inovação e como factor da concessão de direitos de propriedade industrial pela via de patentes. A Europa apenas sanciona o abuso de exploração de uma posição dominante.

A análise da verificação de uma posição dominante comporta duas fases. Em primeiro lugar, afere-se da existência de posição dominante e, em segundo lugar, afere-se de um abuso de posição dominante.

De facto, existem critérios estruturais que dão a conhecer da probabilidade de existir posição dominante. Estes estão relacionados com as quotas de mercado, o grau de integração vertical, o domínio tecnológico e o facto de existirem elevados custos financeiros.

A Comunicação da Comissão que se subjaz com a definição do mercado relevante diz-nos que devemos olhar para a permutabilidade²⁹ do lado da oferta, isto é, se as restantes empresas no mercado que podem constituir potenciais concorrentes podem adaptar rapidamente a sua produção para outro sector, para outros produtos, sem a adaptação dos seus activos corpóreos e sem a necessidade de realizar investimentos adicionais. São os denominados *uncommitted entrants*. Podem entrar e sair do mercado sem grande alarvidade.

Se o *supra* exposto for afirmativo então a empresa pode percepcionar determinada actividade como atractiva do ponto de vista económico e então alocar todos os seus recursos para a mudança de produção e caso não seja tão atractivo desistir sem grandes prejuízos e perdas

²⁹ Vide, em particular, o Acórdão Hoffmann-La Roche, proferido no âmbito do processo 85/76 pelo Tribunal de Justiça a 13 de Fevereiro de 1979

e voltar à sua anterior actividade. Este pensamento³⁰ está relacionado com um outro pensamento que dá pelo nome de Teoria dos Mercados Contestáveis de *BAUMOL*³¹. Segundo esta teoria, uma empresa com poder de mercado que possa decidir sobre a sua estrutura de preços sem levar em linha de conta os restantes agentes de Mercado, muitas vezes decide de forma a vender o bem à um preço superior ao seu preço marginal e até dos seus preços médios. Maximiza ao máximo o lucro. Mas, se o fizer, sinalizará para o mercado que vale a pena entrar na produção desse produto e os potenciais concorrentes, se tiverem activos corpóreos que possam levar adiante essa mudança sem grandes investimentos, podem começar a vender o produto a preços mais baixos, sem que a empresa que estava inicialmente sozinha no mercado possa reagir atempadamente. Sob esta possibilidade é preferível vender a preços que reflectam os custos marginais e é isso o que muitas empresas fazem, apostando em margens de lucro reduzidas que não ponham em causa a sua posição dominante.

O que acontece muitas vezes é a dificuldade de obterem financiamento junto dos bancos, principalmente quando já existem poderosos grupos económicos no mercado. É uma das tendências dos dias actuais, para além de ter eclodido uma crise económica.

Na análise de uma posição dominante deve-se ter em conta também duas vertentes: 1) a igualdade de condições de concorrência que é aferida numa parte substancial do mercado onde se deve avaliar a estrutura e volume de produção do produto, assim como, o maior/menor consumo desse bem, os hábitos dos consumidores e as possibilidades económicas dos mesmos; 2) aferir da durabilidade das quotas de mercado: se, de facto, obsta a uma actuação autónoma face aos seus concorrentes e consumidores. Esta análise só fica perfeita se se enquadrar os seguintes elementos:

- Monopólio legal/monopólio de facto;

³⁰ Vide, SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 23. Este autor cita Joe Bain e George Stigler para enfatizar a ideologia dos obstáculos à entrada: “*Um dos aspectos centrais nos primeiros estudos de Economia Industrial é um conceito amplo de obstáculos à entrada. Para Joe Bain constituiriam obstáculos à entrada factores como o capital, a tecnologia, a integração vertical, entre outros. Esta perspectiva seria posta em causa por George Stigler para quem uma barreira à entrada é um custo que uma empresa que pretende entrar num mercado tem de suportar e que as empresas já no mercado não tiveram de suportar aquando da sua entrada. O capital, em particular, não constitui uma barreira à entrada se a nova empresa for eficiente e o mercado de capitais funcionar correctamente. Para este autor as barreiras à entrada têm sobretudo origem em medidas estatais, pelo que se deve evitar a interferência do Estado nos mercados*”.

³¹ Vide MOTTA, Massimo, *Competition Policy...*, p. 73 a 81.

- Escassez de determinado recurso;
- Quotas de mercado próximas ou superiores a 80%;
- Existência de barreiras à entrada;
- Obstáculos do ponto de vista legal;
- Dispôr de tecnologias complexas;
- Fidelidade dos adquirentes aos fornecedores habituais.

CAPÍTULO III - A RECUSA DE PARTILHA DE INFRAESTRUTURA COMO INFRACÇÃO REGULATÓRIA

4. Infracção regulatória: ilícito administrativo?

4.1. Génesse histórica³²

A história da divisão do direito público sancionatório tem as suas raízes emergentes com a criação do absolutismo no século XVIII. O Estado Absolutista consubstanciava-se na hipótese de um estado centralizador do qual emergiram poderosas máquinas administrativas que administravam a vida societária de forma tentacular. Surgiu, assim, o Estado de Polícia com um poder de conformação que não advinha de uma autêntica juridicidade. A administração velava pela paz comunitária através da ordenação de amplos aspectos de vida em sociedade, tais como, a preservação da moral e dos bons costumes.

Com o advento do Iluminismo e do Movimento de Revolução Francesa, apareceu o Código Napoleónico, no qual estavam elencadas as contravenções. As contravenções cingiam-se aos aspectos de tutela dos bens da administração pública, aqueles que se reportavam à manutenção da ordem pública.

Cristalizou-se a época da Codificação. O pensamento vigente era o de que a efectivação da garantia e tutela dos direitos, liberdades e garantias, estaria melhor consignada se fosse prescrita num Código como que se houvesse necessidade de assentar os crimes com dignidade

³² Para maior compreensão do que é aqui explanado *vide* MACHADO, MIGUEL – Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações, in, DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU, p. 145 e ss

penal num código de forma a “marcá-los” nas consciências da colectividade. Ora, tal pensamento tem a sua lógica já que ainda nos dias de hoje pensa-se que aos novos valores emergentes na sociedade se deve incluí-los na tutela do código penal e assim ficarão “mais marcados nas consciências colectivas”. Veja-se, por exemplo, o direito de protecção do ambiente.

A partir do século XIX, surgiu o Estado de Direito. A concepção deste Estado conflituava com a Teoria do Estado de polícia, pois não se admitia a competência administrativa para aplicar sanções. Reservava-se aqui o Estatuto do Primado dos Tribunais e pretendia-se o reforço do princípio da legalidade da Administração pública.

Foi nesta altura que surgiu o fenómeno da hipercriminalização sob as vestes da figura das contravenções. Decidiu-se ordenar a vida em sociedade pelo meio de contravenções mas estas estariam afectas e incluídas no direito penal, sendo que tinham um artigo no Código a fazer referência à esta figura.

A hipercriminalização iria ter um impacto prejudicial para com os Tribunais, uma vez que estes viam a sua actividade de funcionamento “asfixiada” para situações que em si mesmas eram consideradas “bagatelares” e de menor importância. Ao movimento de hipercriminalização seguiu-se o movimento de despenalização (como acentua o Prof. FARIA COSTA quando um crime é rebaixado à categoria de contraordenações fala-se de despenalização e não de descriminalização, pois a descriminalização é simplesmente o apagamento da conduta do catálogo das sanções e, neste caso, continua a ser relevante para ser sancionado já não com uma pena ou multa, mas com uma coima).

E porque os Tribunais estavam a ver a sua actividade condicionada teve-se de encontrar uma solução alternativa que procurava no direito penal administrativo o seu sentido. No ordenamento jurídico alemão surge uma figura autónoma do direito penal - o chamado direito das contraordenações ou direito da mera ordenação social. Inicialmente, perguntava-se em que ramo do direito incluir estas normas? No direito civil não podia ser incluído, pois estamos a falar da ordenação da vida comunitária protegendo o interesse público. No direito penal também não, pois era urgente aliviá-lo da grande “carga” de processos que entupiam o Sistema judicial, nem sequer é tão-só direito administrativo, pois remete de forma subsidiária em tudo o que o seu diploma não prevê para o direito penal.

Ora, na verdade, trata-se de um direito administrativo que prosegue fins que dizem respeito com proibições da própria administração pública que, no final, o processo aplicado é o do processo penal.

O princípio da subsidiariedade do direito penal tem como elemento pragmático a necessidade da pena. Deve-se ponderar se no caso em concreto é necessário recorrer ao direito penal ou se existem outros ramos de direito que podem com suficiência ser chamados. Há, pois, como que a preservação de um mínimo ético para que se possa aplicar o direito penal e este resume-se à *ultima ratio* do direito penal.

A contraposição entre Estado de Direito Liberal e a de Estado de Direito Democrático faz-se no primeiro caso pelo dualismo Individuo e Estado, do qual resultou na criação de oligopólios e cartéis e, em última análise, da exploração do trabalhador fabril. Enquanto que no segundo caso existe, evidentemente, um conteúdo tripolar composto por Indivíduo, Sociedade e Estado. Após a II Guerra Mundial, os direitos fundamentais estavam em voga e com eles a sua promulgação constitucional. A positivação destes direitos adquiriu uma relevância axiológica que permitiu a mutabilidade de novos valores emergentes na sociedade, valores estes que não só protegem a pessoa individual – de forma indirecta -, como em primeira linha, protegem interesses sociais.

Os factores políticos e sociais foram desencadeando o aparecimento de novas formas de criminalidade que apesar de não terem sido originariamente promovidas à categoria de bens jurídicos com dignidade penal, pelos seus efeitos, não poderiam de deixar de ser enquadradas no código penal - são as que denominamos como terrorismo, narcotráfico, crime do colarinho branco, entre outras. Na verdade estas novas formas de criminalidade são tão graves que exigem uma apurado aparelho de alocação de meios e recursos, tanto pela sua complexidade de investigação como pelo seu difícil julgamento, passando, em suma, a exigir dos órgãos de justiça criminal atenção e tempo redobrados.

4.2. Crimes e contraordenações e seus critérios de distinção. Distinção puramente quantitativa-formal ou qualitativa-material?

A distinção entre crimes e contraordenações apareceu com o surgimento da nova figura com autonomia dogmática, sancionatória e processual, denominada de direito contraordenacional.

Existem concepções que enquadram a distinção num critério puramente quantitativo, outras advogam pelo critério qualitativo e, por último, ainda existem concepções que se munem de critérios complementares para poderem fazer correctamente a distinção.

O ilícito de contraordenação surgiu na República Federal Alemã após a II Guerra Mundial, com a promulgação de duas leis essenciais - a Lei Penal da Economia, em 1949, e a Lei das Contraordenações, em 1952. O defensor de uma nova categoria de sanção autónoma dos restantes ramos de direitos foi primacialmente EBERHARD SCHMIDT³³. Este autor clamava por três ideias bases de aceitação deste direito contraordenacional. Dizia ele que assim seriam retiradas dos quadros do direito penal um largo espectro de infracções, o sentido de *ultima ratio* de que é o direito penal e, posto isso, não deveriam ser ameaçados com penas criminais, mas com meras advertências sociais cujo elemento punitivo seria tão-só o pecuniário, e, finalmente, esta nova figura permitisse a aplicação das sanções pelos agentes administrativos encarregados da respectiva fiscalização e controlo das respectivas actividades.

No panorama Português surgiu EDUARDO CORREIA, que sob a influência Alemã decidiu importar a figura. Assim, finalmente, por meio do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27/10, instituiu o novo regime geral do direito de mera ordenação social e do respectivo processo.

Com a validação deste direito de ordenação social houve espaço para um sem número de debates e de autores a colocarem-se de um lado da barricada em contraposição a outros que entendiam ser o outro lado.

EDUARDO CORREIA considera a contraordenação um ilícito substancialmente diferente do crime, não sendo adepto das teorias quantitativas que apenas olham para a diferenciação do *quantum* prescrito pelo legislador: “a partir de x já se considerará ilícito criminal e não ilícito contraordenacional”.

Ora, contrariamente à maioria do entendimento germânico que aposta no critério quantitativo, em Portugal o entendimento maioritário dá enfoque no critério qualitativo.

³³ Cfr. a propósito em DIAS, FIGUEIREDO, *in*, DIREITO PENAL ECONÓMICO EUROPEU, p. 46 e ss onde se faz alusão ao pensamento de SCHMIDT

No lado do critério qualitativo temos os seguintes autores:

- E. WOLF³⁴. diz-nos que o autor de um ilícito de contra-ordenação não é socialmente danoso nem perigoso, apenas revela uma falta de zelo para com o bem-estar social e, por isso, deve ser tratado apenas como “um descuido”.

- Prof. FARIA COSTA³⁵ afirma que a passagem de uma conduta penalmente proibida do direito penal secundário para o direito penal primário é fruto da maior ou menor ressonância axiológica que os valores adquirem na ordem jurídica e no contexto sócio-cultural em que se inserem. Este autor toma partido da posição de EDUARDO CORREIA e invoca a sua opção pela diferença sancionatória entre crime que prescreve uma pena e contraordenação que prescreve uma coima.

- FEUERBACH³⁶ circunscreve o crime às lesões do contrato social.

- FIGUEIREDO DIAS³⁷ utiliza um exemplo claro para manifestar a sua posição. O autor pega na situação de alcoolémia ao volante para fazer a diferenciação entre contra-ordenação grave, contra-ordenação muito grave e crime. Afirma que o facto de conduzir com 1,2 g/l revela uma perigosidade social da conduta e uma censurabilidade ética que, só por si, terá de ser qualificada como crime.

- Prof. CAVALEIRO FERREIRA³⁸ afirma que o núcleo de violação na contraordenação é o interesse administrativo como meio de satisfazer os interesses fins de protecção de bens jurídicos dignos de tutela penal.

- Dr. VITOR FAVEIRO³⁹, reconhece ao direito contraordenacional um princípio territorial mais estrito que o dos crimes e diz mesmo que faz sentido que Portugal não vá regular o trânsito rodoviário em Espanha.

³⁴ A este propósito conferir em ANDRADE, MANUEL na obra DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU A p. 85 e ss

³⁵ COSTA, FARIA, *in*, DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU a p. 135 e ss e, em, COSTA, FARIA, NOÇÕES FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL, a p. 38 e ss

³⁶ O autor é citado em ANDRADE, MANUEL na obra DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU a p. 79 e ss

³⁷ A este respeito cfr. a p. 127 e ss em CARVALHO, TAIPA, DIREITO PENAL..., onde é elucidado o caso da “alcoolémia ao volante” como exemplo paradigmático

³⁸ *Vide* em MACHADO, MIGUEL onde é citado no texto inserido na obra DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU a p. 175

³⁹ No mesmo sentido em MACHADO, MIGUEL, DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU, p. 177

TAIPA CARVALHO⁴⁰ não aceita o critério qualitativo de forma ampla. Este autor apenas o aceita em consonância com o que deve ser o princípio da subsidiariedade do direito penal, pois os valores pelos quais o direito contraordenacional se realiza não pertencem à estrutura axiológica fundamental da realização pessoal. Este autor defende muitas particularidades inovadoras que se irão resumir nos seguintes pontos:

- Discorda que se faça uso da denominação adjectiva “mera” no direito da ordenação social. Diz ele que o direito das contra-ordenações não é arbitrário e segundo os caprichos do legislador, pois a sua realidade demonstra que tutela valores sociais que têm o aspecto de mutabilidade e historicidade de um dado momento;

- Recusa o critério que contrapõe condutas axiológico socialmente relevantes das axiológico socialmente neutras. Se virmos as contraordenações fiscais, ambientais, urbanísticas, rodoviárias reparamos que não são meras “*bagatelas*”, longe disso, são condutas profundamente desvaliosas e muitas vezes cominadas em quantias absurdas!

- Refuta a negação às sanções aplicáveis aos ilícitos de ordenação social, os sentidos positivos de prevenção geral, uma vez que estes novos valores cada vez mais estão presentes na consciência dos cidadãos e já são valorados negativamente pela sociedade.

Depois de termos feito um enquadramento, a análise que parece premente e da qual temos uma particular concordância é a que se retira dos textos de MANUEL DA COSTA ANDRADE, em que é citado em nota de rodapé TIEDEMANN⁴¹. Este autor refere o seguinte: “*Esta descriminalização de extensas zonas da vida social fez com que no curto espaço de pouco mais de 15 anos o direito das contra-ordenações se tivesse convertido num reservatório de recolha de infracções de proveniência muito díspar. Ao lado dos casos originários de autênticas infracções administrativas, apareceu por força de conversão de numerosas contravenções em contraordenações – em especial a extensa área da pequena criminalidade. Nem faltam no mais recente direito das contraordenações os delitos de perigo abstracto orientados para a tutela de bens individuais ou supra-individuais...*”

E a páginas tais, argumenta o seguinte:

⁴⁰ No mesmo sentido em CARVALHO, TAIPA, DIREITO PENAL..., a p. 127 e ss

⁴¹ Conferir em ANDRADE, MANUEL, na obra DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU, a p. 97 e ss

“A própria estrutura das normas presta homenagem a esta realidade: não se proíbe, por exemplo, o homicídio apenas se declara punível quem o pratica diferentemente que, de forma criadora e conformadora convertem em ilícitos comportamentos em si eticamente neutros, por exemplo, conduzir automóvel pela esquerda. A matriz da ilicitude reside, pois, exclusivamente na proibição normativa.”

Não me parece viável o critério da neutralidade axiológica, uma vez que apenas se confere maior dignidade ética aos ilícitos criminais por serem os que estão consagrados desde as primeiras constituições e só pela sua característica de longevidade. Também não me parece que os ilícitos contraordenacionais tenham uma relevância ao nível da indiferença. Se assim o fosse não eram sancionados com coimas tão pesadas (que chegam aos milhares) e nem sequer tinham sanções acessórias que afectam de forma tão marcante direitos fundamentais.

4.3. Poder Sancionatório das Entidades Reguladoras

As entidades reguladoras surgiram em Portugal com o advento da privatização dos serviços públicos. A sua génese enquadra-se no âmbito de uma determinada concepção de Estado, nomeadamente, a de Estado Garantia. No Estado Liberal, muito por entendimento de ADAM SMITH, o Estado deveria se abster de intervir na economia, pois o mercado entregue a si próprio acabaria por se tornar eficiente. Segundo este autor, os vários intervenientes na economia acabariam por a regular sem a necessidade do Estado, já que em situações de pico de procura, em que havia maior procura para determinado bem do que a oferta disponível no mercado, a solução seria aumentar o preço desse bem e quem estivesse disposto a pagar esse aumento obteria-o para si. Mais se dispõe que esta elevada procura sinalizava para os produtores a necessidade de aumentar a sua produção para conseguir fazer face a todos os pedidos de aquisição do bem. Assim, maiores porções de terra seriam alocadas para a produção, maior contratação de mão de obra, maior aquisição de matérias primas, entre outros. Não será difícil de imaginar que a capacidade de produção teria de ser aumentada e com isso a entidade empresarial não podia olhar a despesas. Teria de aumentar a sua indústria, tanto em capital como em mão de obra, podendo traduzir-se no aumento de postos de trabalho.

Por outro lado, o sentido inverso também era verdadeiro, caso se verifica-se que havia maior oferta de bens em comparação com a procura desses bens. Aqui, havia um défice de procura e os empresários não conseguiam escoar os seus bens. A solução para este caso seria diminuir a capacidade de produção chegando mesmo a retirar terras que estavam unicamente consignadas para aquele tecido produtivo, “desempregar” trabalhadores e, por fim, reduzir a aquisição de matérias primas, pois tudo o que seja produzido a mais só se traduzirá em prejuízo.

Ora, de facto, visto desta perspectiva, o conceito de ADAM SMITH parece lógico. No entanto, este modelo de Estado Liberal do ponto de vista fáctico da realidade traduzia-se em diversas injustiças. Veja-se, por exemplo, aquando da Revolução Industrial em que os trabalhadores das fábricas eram explorados, os bens essenciais apenas poderiam ser adquiridos por uma parte da população vivendo a outra parte de forma miserável.

Era importante alterar esta dinâmica e então surge o Estado de ROOSEVELT, o *Welfare State*, que é acompanhado da crise de 1929, com o *crash* bolsista. De facto, o mercado entregue a si próprio desencadeava a sobreposição de aspectos de ganância desprovidos de racionalidade económica os quais *a final* estipulavam o domínio tanto dos factores produtivos como dos factores de capital. Era como se o dinheiro estivesse apenas nas mãos de uma parte da população e só esta parte da população poderia aceder aos bens para viver de forma condigna. Depois desta crise, que se traduziu numa recessão, era importante o Estado intrometer-se na economia e, principalmente, regular o sector bancário. Assim, ao lado da concepção do Estado de bem estar social, formou-se a concepção de criação de *agencies*, nos Estados Unidos da América, que controlassem o poderio de grandes empresas, tais como, o sector ferroviário. Já não se entendia que havia uma mão invisível do mercado a regulá-lo e o Modelo de Estado Liberal estava completamente desequilibrado.

Inicialmente teve-se como resposta à concepção de Estado Prestador⁴². O Estado seria agora empresário. Por conseguinte, o Estado abraçava a tarefa de ele próprio produzir os bens e serviços e colocá-los à disposição dos cidadãos. Muniu-se da construção de grandes infra-estruturas e consignou os dinheiros públicos para várias áreas de intervenção, desde a saúde à

⁴² Ver, em particular, TORGAL, Lino & GERALDES, João Oliveira, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, p. 541 a 565, 2012, p. 554 a 565.

educação. Era necessário contrariar o sistema que só dava acesso a determinadas pessoas aos bens. Foi o caso do sector das ferrovias nos Estados Unidos da América, das quais apenas usufruíam uma parte limitada da população e a outra ficava de fora.

Sabe-se que as empresas privadas entram apenas na realização de uma determinada actividade se souberem que irão conseguir rentabilizar todos os seus investimentos e maximizar o seu lucro. É com este intuito lucrativo que dão o primeiro passo. No entanto, é preciso relevar que nem todos os consumidores têm o mesmo poder de compra. E é a pensar nessa diferenciação que o Estado tributa de forma progressiva no âmbito do Imposto sobre o Rendimento pessoal. É para proteger os mais debilitados economicamente que deve haver obrigações de serviço público⁴³ em termos tais de igualdade e não discriminatórios. Para garantir esse acesso, o Estado decidiu desempenhar ele próprio essas tarefas. O problema é que, ao longo do tempo, a manutenção de tais tarefas tornou-se cada vez mais precária. A verdade é que o Orçamento Estatal tornou-se cada vez mais insuficiente e o Estado teve mesmo que recorrer a crédito para poder financiar a sua actividade. Tornou-se cada vez mais endividado. Era pois evidente que teria de encontrar uma nova solução que passasse pela redução da despesa estatal e, conseqüentemente, pela manutenção dos níveis de prestação de serviço universal em condições de acesso igualitárias.

Surgiu, por fim, a Teoria do Estado Garantia. A tarefa de fornecimento nas áreas do serviço público desloca-se para os privados⁴⁴. O Estado por meio de contratos de concessão aceita que os privados assegurem a satisfação das necessidades dos consumidores, mas sem antes garantir que estes se comprometem em obrigações de serviço universal⁴⁵, disponibilizando

⁴³ Neste sentido *vide* ALMEIDA, JOSÉ in SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL..., a p. 35 e ss

⁴⁴ *Vide*, em especial, SILVA, Suzana Tavares, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume V, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, p. 819 a 842, 2012, p. 826, em que nos esclarece o seguinte: “O primeiro impulso da mudança, é, pois, de natureza governativa, e prende-se com a “construção de mercados” em áreas e sectores de actividade onde tradicionalmente o Estado operava de forma monopolista, prestando directamente os serviços através de entidades públicas de natureza empresarial ou concessionando-os a determinadas empresas em regime de exclusivo. Com efeito, a mera abertura destes sectores à iniciativa económica privada não garante, em si, a emergência de um regime de concorrência, sendo necessário instituir regras claras na organização destes sectores para “gerar mercados”, ou seja, para permitir, desde logo, a entrada de novos operadores em actividades onde deve haver concorrência: é por isso que o Estado é chamado a assumir uma função de regulador de direcção, em vez de se poder reservar um simples papel de regulador-árbitro (supervisor) de mercados na fase pós-liberalização.”

⁴⁵ Daqui advêm o carácter de essencialidade destes serviços tal como se pode aferir a p. 14 e ss em Lei dos serviços públicos essenciais e, em especial, em JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, MERCADO E ESTADO..., a p. 122 e ss

de forma não discriminatória toda a gama de bens. Claro que o Estado não iria demitir-se da sua visão de justiça social. O Estado deixa de ser, essencialmente, Estado Prestador para passar a ser Estado Regulador. Não iríamos voltar à concepção de Estado Liberal. Iríamos antes ter empresas privadas a realizar tarefas ligadas ao interesse público e com o controlo de agências, isto é, entidades reguladoras independentes⁴⁶, tanto do poder estatal como do poder das entidades empresariais. Estas entidades reguladoras iriam vigiar, regular e sancionar as próprias empresas que têm a tarefa delegada de providenciar bens e serviços, de acordo com os princípios constitucionais de igualdade e não discriminação.

A regulação, neste momento, é feita por duas vias⁴⁷. Por uma entidade transversal, criada em 2003 - a Autoridade da Concorrência⁴⁸. Note-se que tem competências de regulação para todos os sectores da economia mas preferencialmente numa vertente *ex post*. Isto quer dizer que sanciona as entidades económicas depois de se verificarem prejuízos visíveis no quadrante económico. Há apenas uma excepção de prevenção aquando as empresas têm de notificar a autoridade da concorrência sempre que pretendam fazer um contrato de concentração com outra empresa. Tal possibilidade envoca as consequências previsíveis de aumento da quota de mercado e, em consequência, aumento do poder de mercado, o que perfaz, em suma, a questão de incidência de uma influência sobre todos os agentes do mercado no sentido de após a fusão estabelecerem as decisões unilateralmente.

⁴⁶ Para melhor compreensão da função das entidades administrativas independentes, nomeadamente, em prol do que deve ser o provedor de justiça ver as anotações de MOREIRA, Vital, in *Provedor de Justiça, O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de justiça – divisão de documentação, Lisboa, 2002, p. 93 a 116.

⁴⁷ SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 57, “Será possível encontrar uma linha de demarcação clara entre o âmbito de actuação respectivo das AdC e dos reguladores? A posição assumida pela AdC nesta matéria consta da sua Estratégia de Desenvolvimento 2003-2005: «O princípio fundamental da divisão de trabalho nas relações entre as diferentes agências reguladoras é o de que a Autoridade se responsabiliza pela avaliação da concorrência, estrutura e comportamento dos mercados, enquanto a agência sectorial se responsabiliza pelos aspectos técnicos do sector»”.

⁴⁸ De traços gerais é-nos elucidado sob quais condições deve a Autoridade da Concorrência operar em *Ibidem*, p. 49, “De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2003, a AdC caracteriza-se pela sua independência, a qual se manifesta em três aspectos: a sua qualidade de pessoa colectiva de direito público, dotada de um conjunto vasto de atribuições em matéria de aplicação da concorrência e transversal a todos os sectores da economia (...), a atribuição de autonomia patrimonial e financeira (...) e, por fim, pelo regime de nomeação, duração do mandato e incompatibilidades e impedimentos dos titulares do Conselho da Concorrência. (...). Quanto à autonomia patrimonial e financeira, importa ressaltar que a AdC dispõe de receitas próprias, correspondentes a taxas cobradas por serviços prestados (...) do produto das coimas que aplique, entre outras, cabendo às dotações do Orçamento do Estado um papel supletivo (...)”.

É feita, também, concomitantemente de forma sectorial. Quer isto dizer que cada sector de actividade tem uma entidade reguladora própria que de forma especializada supervisiona e sanciona as empresas que actuam nesse sector. Estas entidades actuam numa vertente *ex ante*, significando isto que actuam numa manifestação de prevenção.

Num Estado de Direito Democrático onde se proclama a separação de poderes entre o poder legislativo e o poder executivo e onde se invoca o primado do jurisdicional, como se explica que uma entidade independente⁴⁹ compreendida na administração indirecta⁵⁰ do Estado e com uma autonomia acrescida tenha poderes de direito público sancionatório e concorrentes com a função jurisdicional?

É o que acontece em particular com a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (*ERSE*), a qual dispõe de amplos poderes para instaurar processos e aplicar sanções às empresas que estão no conjunto do mercado liberalizado do gás e da electricidade. O Regime Sancionatório do Sector Eléctrico aprovado no âmbito da Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, o qual é complemento da transposição das Directivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009 – directivas estas que estabelecem regras comuns para o Mercado interno da electricidade e do gás natural -, sujeita todas as entidades intervenientes no Sistema Eléctrico Nacional (*SEN*) e no Sistema de Gás Natural (*SNGN*) ao escrutínio sancionatório da *ERSE*.

⁴⁹ Ver SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 54 e ss, “*Sublinhe-se que, no desempenho das suas atribuições e em especial no exercício de poderes sancionatórios, a AdC recorre quotidianamente à colaboração de outras entidades públicas. Assim, são frequentes os pedidos de informação, ao abrigo dos poderes de inquérito da AdC, dirigidos a entidades públicas. O próprio recurso à busca em instalações de empresas, com base em mandado da autoridade judiciária competente, é normalmente realizado com a cooperação das autoridades policiais. Esta relação genérica é configurada na LdC em termos unidireccionais: as restantes entidades públicas são chamadas a trabalhar em conjunto com a AdC na prossecução das atribuições desta. Mas a decisão, como as competências em causa, é da AdC e por ela assumidas em total independência (...)*”.

⁵⁰ Vide, em especial, as observações finais de MORAIS, Carlos Blanco, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 212 a 213, sobre o futuro das entidades reguladoras em que nos diz o seguinte: “*A regulação económica através de uma administração autónoma ou separada constitui uma realidade incontornável no modelo económico de mercado ainda globalizado do tempo presente que terá vindo para ficar, à medida em que o Estado recua em relação a uma intervenção directa e que estruturas supranacionais como a União Europeia utilizam crescentemente e impõem a sua utilização nos Estados-Membros.*” Mais informa o Autor que: “*Estamos diante de um novo tipo de intervenção indirecta dos poderes públicos na economia, o qual logra influenciar, quer o poder político (que, qualquer que ele seja, será sempre tentado a colocar as suas peças nos órgãos de direcção dos reguladores ou a pressioná-la); quer as grandes empresas (que tratam o tema regulatório no quadro das suas opções estratégicas e que se sentem tentados a capturar o regulador)*”.

Embora não sejam jurisdicionais, as entidades reguladoras são independentes e autónomas.

A lei quadro das entidades reguladoras - Lei n. ° 67/2013, de 28 de Agosto, no seu artigo 3.º prescreve o seguinte:

“1- As entidades reguladoras são pessoas colectivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social.

2- Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes:

- a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;*
- b) Dispor de autonomia de gestão;*
- c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;*
- d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio;*
- e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções;*
- f) Garantir a protecção dos direitos e interesses dos consumidores.”*

Esta independência não é ilimitada. Diga-se que as atribuições dos reguladores advêm dos órgãos de soberania e as entidades reguladoras não estão totalmente independentes da legislação constitucional e do poder judicial. As suas atribuições enformam-se pelo princípio da legalidade e não pelo princípio da oportunidade. Todas as decisões que passem pelo crivo destas entidades regulatórias – mesmo que essas decisões tenham alguma discricionariedade -, têm de ser fundamentadas à luz de objectividade e tecnicidade.

As entidades reguladoras apenas surgiram como braço direito do Estado na prossecução do interesse público e na maximização do bem-estar social. A sua criação foi originalmente pensada tendo em conta três ordens de ideias: na correcção das falhas de

mercado⁵¹ desencadeadas pela exclusão de consumidores vulneráveis à aquisição de determinados bens e serviços para uma vida condigna; à internalização das externalidades negativas, como por exemplo, a situação de uma empresa situada próxima a um rio e no âmbito da sua actividade produtiva causa grande impacto de poluição a esse mesmo rio, se não tivesse um encargo ao nível de taxas ou de sanções acabaria *a final* por ter, ela própria, um maior benefício do que aquele que a sociedade retiraria com essa actividade, e, por fim, com a correcção das assimetrias de informação. Veja-se, aqui, a situação do interesse que há de haver uma entidade reguladora que regule e fiscalize os mercados dos medicamentos por uma questão de saúde pública ou até mesmo uma ordem profissional como a Ordem dos Médicos que supervisione e fiscalize todos os profissionais deste sector. Naturalmente que em profissões liberais, tais como médicos, dentistas, advogados, seja viável existir uma ordem da classe com o mesmo tipo de conhecimento que consiga verificar se aquele profissional actuou como era devido ou não já que ao homem médio – na generalidade –, por impossibilidade de acesso à mesma “linguagem profissional” não é possível assacar da viabilidade das suas competências.

A entidade reguladora actuará sempre como *supra* exposto, isto é, será que a autoridade reguladora no âmbito da sua acção actua apenas na defesa do interesse público ou tem uma actuação que paralelamente a essa defesa tem âmbitos menos nobres? De facto, nos anos 70, surgiu uma discussão que acentuava a dinâmica de como o regulador se deve comportar (a normatividade) em contraposição ao como efectivamente ele se comporta (positividade) no âmbito das suas funções.

Deste enlace surgiram duas teorias⁵²: a Teoria do Interesse Público (*The Public Interest Theory*) de ARTHUR CECIL PIGOU, em contraposição ao entendimento da Teoria formada pelos pensadores da Universidade de Chicago, a Teoria da Captura de GEORGE J. STIGLER, RICHARD A. POSNER e SAM PELTZMAN.

⁵¹ Vide, MORAIS, Carlos Blanco, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV...*, p. 190: “A “correcção das falhas de mercado” (explicada pela “teoria do interesse público”), mormente as falhas oriundas da privatização dos chamados monopólios naturais (abastecimento electricidade, gás e água), e das empresas incumbentes ou dominantes (telecomunicações), e necessidade de assegurar que as mesmas garantam as obrigações de serviço público que antes eram cometidas ao sector empresarial do Estado”.

⁵² A este respeito HOLBURN, G., & BERGH R., a p. 1 - 16

Ambas as teorias tendem a explicar o sentido da criação de uma entidade reguladora. Elas procuram responder à pergunta: “Quando o Estado cria uma entidade reguladora quem efectivamente beneficia com isso?”

A Teoria do Interesse Público defende que o Estado tem de corrigir as falhas de mercado estabelecendo o acesso a um serviço de forma indiscriminada e em termos igualitários. De outra forma, caso deixe o mercado demasiado livre muitas pessoas não têm acesso a um serviço universal (por exemplo, a hipótese de discriminação de preços de um bem: os que mais têm poder económico pagam mais e quem menos tem adquire o bem com uma assinalável redução de preço, isto é, desconto).

O Estado delega essa função para as entidades reguladoras cujo objectivo principal é o interesse público. No entanto, o conceito de interesse público é muito vago e essa falta de delimitação pode levar a que os reguladores tenham nisso uma “justificação” para se afastarem do mesmo.

Na economia há três entidades a actuar: as empresas, os consumidores e o Estado. Estas três entidades prosseguem objectivos próprios. É objectivo das empresas não só providenciar bens ou serviços que satisfaçam as necessidades dos consumidores, bem como a maximização do seu lucro (uma empresa privada nunca actuaria no mercado se não conseguisse recuperar os seus investimentos e se tivesse prejuízos). O objectivo dos consumidores é utilizar os bens ou serviços que as empresas disponibilizam e ter meios económicos para isso (é importante as empresas nunca venderem muito acima do seu custo marginal). O objectivo do Estado é a justiça social, prosseguindo o interesse público.

A Teoria da Captura afirma que os reguladores não estão preocupados com o bem-estar dos consumidores e como têm os seus próprios interesses a atingir (promessa de emprego nas empresas) defendem os interesses das empresas que regulam (acabam com o risco de negócio das empresas, entre outros).

Porque os regulados têm interesse em capturar os reguladores? Quando uma entidade reguladora é criada, é no benefício da sociedade ou das empresas reguladas?

As empresas quando entram num determinado negócio incorrem em custos de investimento e depois em custos operacionais. Só terão interesse na produção de determinado

bem se conseguirem rentabilizar a sua actividade e é para obter decisões favoráveis por parte do regulador que preferem despende mais uma porção de custos para “pagar” quem decide.

Estes custos reflectem-se numa decisão da estratégia da empresa que ao avaliar o seu custo de oportunidade prefere que esse dinheiro seja utilizado para pagar campanhas eleitorais (na captura de um político) a ser utilizado em investigação e inovação na melhoria de técnicas e produtos. Esta despesa vai ser prejudicial para o consumidor, pois, para além de não comprar produtos com melhor qualidade resultante de inovação e mais baratos, vai comprar produtos mais caros pelo simples facto de conluio entre empresa e político.

É usual as empresas quando querem capturar a autoridade política oferecerem dinheiro (pois, o que os políticos mais precisam para se manterem no poder é recursos para a sua campanha eleitoral, financiamento para uma vasta rede de publicidade e divulgação do candidato e, por conseguinte, votos). Quando querem capturar o regulador nunca oferecem dinheiro, mas sim a promessa de cargos na indústria regulada caso actuem conforme o combinado.

Há, pois, uma oferta e procura na regulação. A oferta restringe-se ao que os políticos ou os reguladores podem fazer pelos regulados (no primeiro caso a oferta de legislação). Na procura vê-se a competição entre empresas e consumidores que vendo que uma legislação ou decisão pode ser convergente com os seus interesses querem “comprar o programa de regulação” de modo a obter esses benefícios.

Os políticos só estão interessados em aceitar os recursos financeiros dos grandes grupos económicos até ao ponto em que o aumento de votos supera a perda de votos de alguns consumidores. Já as empresas aceitam financiar a reeleição ou a campanha de um determinado candidato até ao ponto em que o custo marginal é igual ao benefício marginal que tiram desse comportamento. Esses benefícios podem ser: controlar a entrada de potenciais concorrentes que poderiam ameaçar o seu estatuto de monopólio, aceitar provisões no âmbito de investimentos que aumentariam os preços a pagar pelos consumidores, eliminar produtos substitutos, entre outros.

Normalmente, são os grupos económicos a beneficiar da protecção do regulador por meio da sua captura. Como OLSON⁵³ afirma: os grandes grupos económicos, como detêm menos membros e têm interesses mais homogéneos, conseguem organizar-se facilmente em torno de um objectivo. Têm também recursos financeiros para elaborar estudos convergentes com os seus interesses. São grupos coesos cuja assimetria de informação é menor do que o grupo dos consumidores que além de ser um grupo bastante difuso, tem interesses bastante heterogéneos, daí não conseguirem demonstrar fielmente ao regulador o que querem. Pelo facto de os seus membros serem em número bastante elevado, comportamentos de *free riding* são muito comuns.

Por essa mesma razão diz-se que é mais fácil capturar uma entidade reguladora de um só sector (por exemplo, o da saúde, o da electricidade) do que uma que contenha vários sectores.

Para além de financiar campanhas eleitorais (*rent-seeking*⁵⁴) as empresas tomam como estratégia a possibilidade de influenciarem as próprias decisões dos reguladores, muitas vezes sem eles se aperceberem que não estão a seguir a sua função de interesse público.

Um dos métodos de regulação é o método da taxa de rentabilidade máxima permitida (*rate of return regulation* – ROR). Este método para ser aplicado é necessário que a empresa regulada disponibilize um conjunto de informações sobre os seus custos operacionais e os seus custos de capital.

Há, evidentemente, uma assimetria de informação já que a empresa regulada é a única que sabe verdadeiramente quais são os seus custos de produção e a entidade reguladora irá decidir com base nas informações disponibilizadas pela empresa que podem conter “custos

⁵³ A este respeito ver JOSÉ NEVES CRUZ, em *A influência da burocracia...*, a p. 56: “Olson (1965) defende que as condições que levam à organização dos grupos e sua manutenção podem entrar em conflito com os objectivos de uma democracia assente nas preferências da maioria. A sua teoria aponta para um poder desproporcionalmente elevado das “minorias” (grupos de interesse pequenos)”

⁵⁴ Neste âmbito ver JOSÉ NEVES CRUZ, a p. 67 em que nos elucida do seguinte: “Segundo Mitchell e Munger (1991) a captura de “rendas” é normalmente definida como a actividade política de indivíduos e grupos que afectam recursos escassos para conseguirem direitos de monopólio garantidos pelos governos. Tollison (1997) indica que essas actividades se traduzem em custos sociais porque não são reprodutivas e os recursos usados para a busca de riqueza têm um custo de oportunidade positivo na economia em actividades que deixam de ser realizadas e que aumentariam o rendimento.”

artificiais”. O regulador não pode decidir de uma forma efectiva, pois a empresa pode escolher que informações compartilhar com o regulador (selecção adversa).

É por meio dessa interacção entre regulador e regulado, da necessidade do regulador pedir informações ao regulado, que surge a teoria “*the life-cycle model of regulatory development*”, proposta por BERNSTEIN⁵⁵, em 1955.

A proposta da criação de uma entidade reguladora surge quando uma situação problemática é percebida pela opinião pública (através dos meios de comunicação social, por exemplo), e exige-se uma solução do domínio público. Veja-se, neste âmbito, o n.º 4, do artigo 6.º, da Lei quadro das entidades reguladoras: “*A criação de entidades reguladoras é sempre precedida de estudo prévio sobre a necessidade e interesse público na sua criação (...)*”.

O Estado vê a relevância da criação de uma entidade reguladora com os seus plenos poderes⁵⁶ assegurados pela legislação, e esta pode actuar decidindo sobre alguns comportamentos estratégicos das empresas. Já na fase final, BERNSTEIN prevê que a entidade reguladora esteja já completamente capturada pelas empresas que supostamente deveria regular.

A posição de BERNSTEIN pode ser entendida como realista no caso de os membros da entidade reguladora estabelecerem relações de proximidade⁵⁷ com os regulados no âmbito do desenvolvimento da sua actividade, já que como dispõe o artigo 19.º da lei acima assinalada:

⁵⁵ A este respeito ver em Howlett, Michael & Newman, Joshua (2013) After “the regulatory moment” in comparative regulatory studies: modeling the early stages of regulatory life cycles “In Bernstein’s model, the creation of an independent regulatory body occurs between gestation and youth, and regulatory capture marks the passage from maturity to old age.”

⁵⁶ Ver, em especial, SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência...*, p. 106 e 107, “(...) *autoriza a Comissão a proceder a todas as diligências de instrução necessárias junto das empresas e associações de empresas, precisando que, 2 para o efeito, compete aos agentes incumbidos pela Comissão: a) inspeccionar os livros e outros documentos profissionais; b) tirar cópias ou extractos dos livros e documentos profissionais; c) pedir in loco explicações orais; d) ter acesso às instalações, terrenos e meios de transporte das empresas.*” (...) “A este respeito, o direito de acesso a todas as instalações da empresa surge como revestido de especial importância na medida em que permite à Comissão recolher as provas das infracções às regras de concorrência nos locais em que normalmente se encontram, ou seja, nas instalações comerciais das empresas.” De referir o alargamento do poder inspectivo a outros locais a p. 115, “A maior sofisticação dos participantes em práticas restritivas, em especial em cartéis, leva a que os documentos incriminadores sejam guardados fora das instalações das empresas, em particular no domicílio pessoal de dirigentes e outros altos quadros das empresas. Daí que o artigo 21.º do Regulamento preveja a extensão, sob certas condições, das inspecções a outros locais: “outras instalações, terrenos ou meios de transporte, incluindo o domicílio dos dirigentes, dos administradores ou de outros colaboradores das empresas ou associações de empresas em causa.”

⁵⁷ Vide, para o efeito, *Ibidem*, p. 91, “Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infracção.”

“Os membros do conselho de administração exercem as suas funções em regime de exclusividade não podendo, designadamente: a) ser titulares de órgãos de soberania... b) manter, directa ou indirectamente, qualquer vínculo ou relação contractual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas, ou outras entidades destinatárias da actividade da entidade reguladora ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas.”

Esta relação de proximidade pode ser inconsciente, dado que muitas vezes a empresa regulada tem nos seus recursos humanos maior especialização técnica e a entidade reguladora ao longo do tempo pode usar essa especialização. Para além de na aceitação de determinados preços ter sempre de consultar a empresa regulada. Há, assim, uma necessidade de manter boas relações com as empresas que regulam.

A) Da Sanção Administrativa Geral

Sanção Administrativa tem como corolário principal a possibilidade de a própria administração⁵⁸ poder reprovar directa e materialmente os ataques à ordem político-administrativa de forma prioritária mas não exclusiva.

De facto, actualmente o poder administrativo sancionador geral encontra-se disperso por várias autoridades administrativas. E, isto porque, como já houve a possibilidade de elucidar *supra*, o Estado ganhou uma índole marcadamente interventiva em todos os quadrantes da vida social pese embora não tenha um único modelo rígido interventivo.

Assim, não será despiciendo chamar à colação a diferenciação existente entre o que deve ser o fraccionamento das autoridades administrativas por administração directa, indirecta ou autónoma do Estado.

⁵⁸ Vide DIOGO FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo a p. 36, *“Segundo corolário do poder administrativo é o foro administrativo, ou seja, a entrega de competência contenciosa para julgar os litígios administrativos não aos tribunais judiciais, mas aos tribunais administrativos. A existência de um foro administrativo é uma das características fundamentais que decorrem da concepção da administração pública como poder. O foro administrativo nasceu historicamente como um privilégio da administração. Como vimos, quis «assegurar-se ao poder Executivo um espaço de manobra em face dos outros poderes e, particularmente, do poder judicial. Para que o juiz não vá, no controlo da Administração, colocar-se na veste do administrador e realizar uma segunda administração – com atentado ao principio da separação dos poderes – há-de ter-se o cuidado de se lhe deixar apenas a verificação da legalidade dos actos administrativos. »”*

A administração directa corresponde à actividade exercida por serviços integrados na pessoa colectiva Estado e caracteriza-se pelo poder de direcção importando este o poder de dar ordens e emitir instruções.

A administração indirecta enquadra-se no exercicio de actividades cujo ensejo é a prossecução dos fins do Estado tal como a administração directa no entanto esta é desenvolvida por pessoas colectivas distintas do Estado. Aqui o Estado apenas orienta fixando objectivos, estabelece linhas gerais e direcções.

Por fim, a administração autónoma rege-se por uma lógica de autodeterminação e autoresponsabilidade. Concretizando a ideia subjacente: na administração autónoma os administrados definem a sua própria orientação administrativa sem submissão a orientações superiores e sem a Administração controlar o mérito das suas decisões.

Ora, as autoridades administrativas de que o presente estudo se ocupa estão fora da administração directa, indirecta bem como autónoma do Estado. Compreendem, pelo contrário, a administração independente⁵⁹.

Neste conspecto a afirmação de que as autoridades da regulação⁶⁰ tanto, a Autoridade da Concorrência, como as autoridades reguladoras sectoriais, fazem parte da Administração independente do Estado traz os seus corolários.

Dito de outra forma, a tradução literal independente envolve exclusão de poder de direcção, de instrução e submissão a orientações superiores uma vez que senão fosse assim não

⁵⁹ Ver neste sentido MARCELO MADUREIRA PRATES a p. 194 onde nos exemplifica a controvérsia sobre a natureza das entidades administrativas independentes em conformidade com a definição da natureza da entidade aplicadora da sanção

⁶⁰ Neste sentido ver MARIO FERREIRA MONTE em A regulação no context do direito sancionatório..., in Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras a p. 264 e ss *“Mas, mais importante ainda, a meu ver, é que a AdC e as entidades reguladoras podem rivalizar no poder sancionatório, mas também podem rivalizar no poder regulador, de um lado, e sancionatório, de outro, que cabem, respectivamente, às entidades reguladoras e à AdC. ... Perante isto, a pergunta inevitável que se coloca é a seguinte: apostando-se na regulação como uma via moderna, democrática, constitucional e garante da igualdade de oportunidades e da concorrência numa visão de conjunto (top down), não deveria o recurso ao direito de mera ordenação social ser limitado ao mínimo indispensável ou até mesmo excluído, entregando-se esse poder a entidades que não tivessem – como é o caso das reguladoras e até da autoridade da concorrência – de vestir ao mesmo tempo a pele de cordeiro e de lobo, ou seja, de auxiliary, ajudar e o mesmo tempo controlar e punir? (...) A arbitragem é sempre uma solução para a resolução de litígios, sobretudo de consumo – e aqui tem relevância, sobretudo, o sector energético -, devendo, a nosso ver, ser potenciada, evitando-se assim a saturação dos meios formais de controlo.”*

poderiam realizar as funções para que foram pensadas e criadas. E, isto porque, as autoridades de regulação têm de ter independência e autonomia do poder político e dos administrados que regulam.

O Parlamento apenas poderá fiscalizar as decisões das autoridades reguladoras comunicando-lhes a presença das mesmas em sede de inquérito parlamentar e pedindo a elaboração de relatórios fundamentados de modo a clarificar questões que podem ficar amiúde duvidosas na opinião pública. Assim, é essencial o exercício da transparência e publicidade de todas as decisões que tenham como cunho decidente entidades reguladoras.

Chegados aqui iremos debruçar-nos sobre o ponto pertinente em questão.

No passado não tão distante a Administração já teve nas suas mãos o poder repressivo, designadamente, a possibilidade de reprimir com a aflicção de um “mal” todos os diferendos de que tinha conhecimento. No entanto, diferentemente do expectável a Administração actuava de forma arbitrária e, muitas vezes, implementando decisões que eram contrárias à Constituição e à Lei. Assim, procurou-se uma jurisdicionalização ampla de forma a evitar os abusos do passado.

Ora, o que aconteceu depois foi um sobrecarregamento dos tribunais. Assim, voltou o poder sancionador para a Administração. Este foi o caminho trilhado. E tal é fácil de explicar já que as meras “bagatelas” não precisariam do envolvimento jurisdicional. Tudo o que tenha menor densidade axiológica deveria ficar entregue à Administração.

Daqui resulta, o surgimento do poder sancionatório administrativo geral. Ele abarca a dispersão por diversas autoridades administrativas que detêm as suas próprias competências sancionatórias. Ainda assim, deverá ter-se em atenção que dentro deste poder sancionatório geral existem duas realidades diferenciadas. Elas são a fragmentação entre sanção administrativa geral e sanção administrativa especial.

A sanção administrativa geral tal como a sanção penal abarca todos os indivíduos de uma sociedade. Isto é, qualquer pessoa pode ser repreendida neste contexto.

Importa frisar que a sanção administrativa geral é criada dentro de um acto normativo e não pode deter teor impreciso⁶¹ que leve os administrados em erro e sem saber se determinada conduta é ou não ilícita. Deve haver clareza na sua redacção.

Também importa frisar que não existe responsabilidade objectiva no contexto de sanção administrativa geral. Tem sim de existir uma espontaneidade do infractor. Ou seja, o infractor tem de perceber as normas pelas quais é-lhe dada a obrigação a cumprir um determinado dever e, este, ao descumpri-lo não poderá ter motivo atendível de não cumprimento. O infractor tem de descumprir actuando de forma livre e voluntária. Daqui compreende-se a comparação com a sanção civil. Não estamos neste caso no âmbito de um sancionamento penal⁶², pois, em penal relevam-se elementos subjectivos como a intenção do agente ao praticar determinada conduta. A sanção administrativa geral é marcadamente formal pois não vai ao ponto de escrutinar se o agente ao actuar de determinada forma descumprindo preceitos administrativos, se, de facto, criou lesão para o bem jurídico. O simples *per se* é sancionado. A simples nocividade é sancionada.

A sanção administração especial compreende um tipo de relação entre a administração e o administrado. Ora, existe aqui uma ligação “hierarquizada”. Esta, pode envolver situações ligadas ao âmbito contratual (decorrentes das obrigações contratuais emergentes do contrato entre particular e a administração que derivam em prescrições normativas únicas só para esse leque de particulares e a sanção mais do que punir o administrado tenta repor a continuidade de serviços públicos); compreende, no mesmo sentido, o aspecto disciplinar e, por fim, o aspecto sectorial.

Não se pode abarcar neste pensamento as entidades reguladoras independentes. Estas não sancionam de acordo com a sanção administrativa especial muito embora exista um acórdão⁶³ que comprometa esse entendimento. Na verdade, não se pode colocar dentro da sanção administrativa especial todas as situações administrativas e isto é fácil de compreender

⁶¹ Neste enquadramento vide SANTOS JUSTO, Introdução ao Estudo do direito a p. 139 e ss

⁶² Ver MARCELO MADUREIRA PRATES a p. 30 e ss

⁶³ Ver para este efeito MARCELO MADUREIRA PRATES em Sanção Administrativa Geral,... p. 186: “Além disso, o entendimento externado no Ac. N.º 282/86, além de abraçar noção muito reduzida de poder de polícia, dá margem a noção muito ampla de relação administrativa especial, a qual, ao fim e ao cabo, acabaria por abranger toda e qualquer relação da administração com os administrados em que houvesse mínimo de exercício de controle (...)”.

pois se assim o fosse o que era criado por acto normativo com a predefinição das regras de sanções aplicáveis ficaria esvaziado. Cada autoridade administrativa criaria as suas regras!

Quanto ao aspecto sancionatório deve-se realçar que não devem haver sanções fixas pois tal geraria o impedimento da observância de princípios como os da proporcionalidade, justiça, igualdade e impessoalidade das sanções! Mas também não se deve abrir o precedente de não as prever pois isso criaria uma insegurança jurídica podendo não serem acautelados os direitos e garantias dos administrados! Assim, a melhor solução será a observância da previsão de um leque de sanções que podem ser aplicadas pela Administração à sua escolha conforme o caso concreto. Mais se informa que actualmente a sanção administrativa número um são as contraordenações. Ora, a existência das mesmas é criticável por um sentido pois são predominantemente patrimoniais e caso a situação em concreto tenha na prática melhor repercussão noutras sanções estas nunca podem ser feitas com ausência do aspecto sancionatório patrimonial. As sanções acessórias têm de ser aplicadas simultaneamente com as sanções patrimoniais!

A meu ver torna-se legítimo a aplicação de sanções repressivas pelas entidades administrativas se, a sua competência estiver conformada por acto administrativo que torne válida e legítima a restrição de direitos e garantias dos administrados. Tais decisões não podem ser automáticas prevendo-se que sejam fundamentadas por procedimento administrativo prévio. Assim sendo, nada impede que seja a administração a empreender esta actividade executiva e nem mesmo os administrados ficam esvaziados de direitos atento aos abusos precedidos no passado, pois, está prevista a impugnação de actos administrativos para os tribunais comuns.

Acompanhando MAFRCELO MADUREIRA PRATES só se torna importante para a aplicação da sanção administrativa em concreto que todas as sanções possíveis a aplicar estejam pre-definidas por acto normativo dando-se apenas o poder da administração em escolher a sanção dentro daquelas que se configure mais capaz de satisfazer as exigências do interesse público para que foi criada.

B) Sanção contra-ordenacional

O direito contraordenacional tem duas categorias de sanções: a coima e as sanções acessórias. A coima é a sanção principal e tem unicamente carácter patrimonial. As sanções acessórias podem revestir perda de objectos, encerramento de estabelecimento, interdição do exercício de profissões, privação do direito a subsídio, entre outras.

O artigo 33.º do Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro, remete para a administração a competência para a aplicação de coimas: “*O processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas e das sanções acessórias competem às autoridades administrativas, ressalvadas as especialidades previstas no presente diploma.*”

Esta competência inicialmente travou longas batalhas, pois preconizava-se o princípio da separação dos poderes e a atribuição aos tribunais do monopólio da função jurisdicional. Este problema foi combatido com a previsão de impugnação das decisões que sejam competência administrativa para os tribunais comuns – não para os tribunais administrativos como EDUARDO CORREIA preferencialmente preconizava⁶⁴, pois, como ele bem entendia, despenalizar para depois impugnar judicialmente irá levar de igual forma a uma sobrecarga dos tribunais até no âmbito de contraordenações com pouca gravidade. De igual forma, Eduardo Correia entendia o direito de mera ordenação social como o direito de intervenção do princípio da oportunidade⁶⁵. Engano deste autor, pois desde sempre o princípio da legalidade teve a sua aplicação plena. Só existe a intervenção da oportunidade nos casos de admoestação -, e o prazo de impugnação foi sendo alargado ao longo dos anos em consequência do aumento da complexidade das matérias em causa.

Uma das batalhas que se conta no âmbito da fecundidade legislativa foi aquando o lançamento do decreto-lei ter sido acusado de inconstitucionalidade orgânica⁶⁶. Ora, o regime geral das contra-ordenações é uma das matérias da reserva relativa da Assembleia da República, prevista na alínea d), do n.º 1, do artigo 165.º da CRP. Tal reserva não é absoluta e, como é evidente, com decreto-lei de autorização pode o Governo legislar. Só não o poderá nos casos

⁶⁴ Vide para o efeito CORREIA, EDUARDO, in, DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU, p. 15 e ss “*Depois, e isso parece decisivo, admitir um recurso para os tribunais comuns, seria, afinal, criminalizar decisões que, justamente, se quer que não tenham o sentido das sentenças que aplicam penas criminais...*”

⁶⁵

⁶⁶ Ver em MACHADO, MIGUEL, na obra DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU a p. 152 e ss

em que queira transformar um ilícito criminal numa contraordenação, sendo este aspecto reserva absoluta da Assembleia da República.

Os agentes das contraordenações tanto podem ser pessoas singulares como pessoas colectivas. A imputação de contra-ordenações às pessoas colectivas esteve sempre envolta de ampla teorização e discussão pelo facto de a elas não ser possível assacar culpa⁶⁷, pelo menos no âmbito penal. Com o surgimento do direito das contraordenações foi possível responsabilizá-las já que também neste âmbito se afasta a culpa. No entanto, o artigo 11.º do Código penal já responsabiliza as pessoas colectivas, o que tem sentido, uma vez que se vemos no sistema a imposição de deveres às pessoas colectivas é porque lhes é reconhecida capacidade para os cumprir ou os violar. Este cumprimento ou violação é instrumentalizado materialmente pelas pessoas físicas que integram os órgãos das pessoas colectivas. Estas pessoas físicas são fungíveis e como podem vir a não fazer parte da pessoa colectiva devem as exigências de prevenção responsabilizar também a pessoa colectiva, nem que seja pela carga de exposição social da empresa, o que acarreterá prejuízos, como por exemplo, queda abrupta de receitas com a diminuição das vendas, entre outros. Na verdade, muitas vezes a pessoa colectiva prefere o pagamento da coima à exposição do não cumprimento do seu dever em meios de comunicação social.

Há dois conceitos que tentam solucionar o regime da comparticipação: 1) o conceito extensivo da autoria, o qual nos remete para a teoria da causalidade adequada. Se os ilícitos de mera ordenação social são cometidos dentro e através de estruturas societárias, é claro que haverá uma pluralidade de intervenientes; 2) Para ROXIN⁶⁸ o que soluciona este regime não é a teoria do domínio do facto, ao invés, deve ser a titularidade de um dever.

Segundo FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO⁶⁹, o regime do erro intelectual sobre a proibição no direito de mera ordenação social não faz sentido. De facto, concordando com o autor, as normas do direito contra-ordenacional muitas vezes estão dirigidas para destinatários específicos e dentro desse grupo não é admissível o desconhecimento das

⁶⁷ PINTO, FREDERICO, *in*, DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU, p. 231 e ss

⁶⁸ Cfr. PINTO, FREDERICO, *em*, Direito Penal Económico e Europeu, p. 235 e ss

⁶⁹ Cfr. PINTO, FREDERICO, *in*, Direito Penal Económico e Europeu, p. 259 e ss

normas. Um condutor não pode desconhecer as normas e sanções do código da Estrada e nem um taxista pode desconhecer as normas que regulam a sua própria actividade.

Apesar de o artigo 32.º do decreto-lei n.º 433/82 prescrever o princípio da subsidiariedade, tanto do regime substantivo do direito penal como do regime adjectivo do processo penal, o facto é que as diferenças não se limitam só ao velho binómio pena/coima, de forma resumida iremos assinalá-las:

- A diferente tramitação entre processo penal e processo contra-ordenacional em sede de produção e apreciação de prova. Como no processo de contra-ordenação as testemunhas não são ajuramentadas poderá haver contradição de depoimentos em relação ao que elas dizem em Tribunal, até porque no direito contraordenacional o processo é essencialmente escrito e no criminal há o respeito pelo princípio da oralidade e da imediação;
- Na interposição de recurso não é obrigatória a constituição de advogado, no entanto as formalidades exigidas podem levar a que para impugnação de míseras quantias de coima se tenha de estabelecer mandato com um advogado;
- As diferenças que existem entre ilícito criminal e ilícito administrativo, para além de se estabelecerem no binómio pena/coima, deve-se realçar que até a pena de multa, que no direito penal assume carácter patrimonial, é diferente, pois a determinação da multa enquadra-se na determinação de dias de multa, assim como a pena privativa de liberdade, tendo, inclusive, a faceta de o seu incumprimento vir a poder transformar-se em pena de prisão, enquanto que a coima pode ser executada e, segundo o artigo 89-A do decreto lei n.º 433/82, poder convalidar-se em trabalho a favor da comunidade.
- A coima não tem como preocupação base a ressocialização do agente nem sequer tem âmbitos de expiação de um mal.

Tal como o processo penal, o processo por contraordenação começa com a abertura de inquérito e termina ou com o arquivamento ou com o prosseguimento e assim com a nota de ilicitude que em si tem o mesmo sentido de uma acusação.

As autoridades reguladoras independentes têm poderes amplos de supervisão e de fiscalização e sancionamento. Ora, podem proceder às várias diligências para tentar obter meios

de prova das entidades empresariais que regulam. Para isso podem fazer buscas, apreensões, consulta de documentos, inquirição de testemunhas, entre outras. Mas será que é possível, assim como no processo penal, beneficiarem do estatuto da constituição de arguido? Aparentemente sim. Podem não só ser constituídas arguidas aquando é enviada a nota de ilicitude, assim como quando as buscas são feitas dentro do inquérito sem sequer saberem se estão a ser investigadas ou se tais buscas são feitas pela autoridade reguladora apenas dentro dos seus poderes de supervisão. A verdade é que nestas diligências a entidade reguladora tem de explicar expressamente o objectivo das mesmas.

Já o princípio da não auto-incriminação parece não se aplicar de forma plena neste contexto, pois se as autoridades reguladoras podem furtar-se a responder a perguntas que as coloquem numa posição de confissão da proibição já não podem furtar-se à entrega de elementos factuais (por exemplo, documentos de contabilidade que as autoridades reguladoras peçam) mesmo que entreguem “de mão beijada” a prova do seu ilícito.

Para finalizar o estudo, resta invocar que as contraordenações estão divididas entre contraordenações leves, contraordenações graves e contraordenações muito graves.

Para o ilícito que nos interessa particularmente, deve-se acentuar que a recusa de partilha de uma infraestrutura no sector eléctrico é sancionada como sendo uma contraordenação muito grave⁷⁰.

II - CONCLUSÃO

A distinção qualitativa do ilícito de direito contraordenacional cada vez mais tem perdido a sua razão de ser. Na verdade não se pode atentar essa distinção quer no bem jurídico protegido quer na maior ressonância axiológica social para os bens protegidos pelos direito penal e a neutralidade/indiferença no âmbito do direito contraordenacional.

⁷⁰ Vide o disposto na alínea h) do artigo 28.º da Lei N.º 9/2013, de 28 de Janeiro

A saúde pública e o direito do urbanismo, a par do direito do ambiente, não têm de ter uma valoração neutra. De facto, não a têm. São cada vez mais expressão das preocupações que os cidadãos e o próprio legislador obtêm com a mudança dos tempos e nomeadamente com uma sociedade que se quer civilizacional e progressista.

O próprio progresso cria os mais variados perigos de vivência em comunitária. Muitos deles nem sequer passam pelo crivo do direito penal secundário sendo logo cristalizados no código penal. Por serem oriundos de uma nova criminalização – os chamados fenómenos de neocriminalização -, não significa que deixassem de ter relevância penal.

Refuta-se que o direito do ambiente é um bem jurídico sem materialização, no entanto, o ambiente condiciona o próprio ser humano no dia a dia. É importante vivermos numa sociedade onde os níveis de poluição são baixos, onde as empresas não poluem os rios a seu bel-prazer com a sua actividade económica, onde, se respeita o ecossistema. Não é uma tutela alheia a valoração. O legislador não foi arbitrário. Tal como é o entendimento de Taipa de Carvalho, evidentemente, que o adjective “mera” não faz sentido. Não é uma mera ordenação com regras que podem ser revogáveis continuamente. O não acatamento de algumas das contraordenações pode causar graves prejuízos para o próprio bem-estar social. Se afecta a sociedade também afecta o individuo.

Logicamente que ao afectar o individuo tem a mesma natureza de tutela de bens jurídicos com dignidade penal.

Com o agravar e a grande diversidade de contraordenações a significância de distinção não é levada a sério.

E devia. Uma vez que existe um seríssimo inconveniente em dar poderes a entidades reguladoras sectoriais que as permitam investigar um ilícito contraordenacional no âmbito de um inquérito ao mesmo tempo que as permite depois julgar esse ilícito contraordenacional. Ora, diferentemente do processo penal onde há a separação entre o investigar e o julgar, aqui, pode muito bem acontecer ser a mesma entidade a fazer as mesmas funções! Esperemos apenas que dentro da estrutura organizatória da entidade administrativa não se processe as duas fases pelas mesmas pessoas...

III - BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, José Rui Nunes, *Transparência e proporcionalidade no financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Vida Económica, 2014.
- AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo, Volume II*, Almedina, 2.º Edição, 2011, p. 12 a 152
- BALDISSERA, Felipe, A História da Integração Europeia – Do Pós Guerra a Maastricht Tratados e Instituições, texto disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/felippe_baldissera.pdf
- BAPTISTA, Tiago, A «Liberalização do Mercado Energético em Portugal» - Verdadeira Concorrência?, Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Junho de 2014
- CAMPOS, João Mota & CAMPOS, João Luiz Mota, *Manual de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 5.º Edição, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7.º Edição, 2003
- CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.º Edição, 2008.
- COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.º Edição, 2009.

- CRUZ, José Neves, *A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública – revisão de estudos do século XX e uma aplicação empírica aos municípios Portugueses e Galegos*, Centro de investigação jurídico económico, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, *Jornadas de Direito Criminal*, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Centro de Estudos Judiciários, Fase I.
- ESTEVÃO, João Manuel, *As Especificidades dos Futuros de Electricidade – Aplicação ao Mercado Ibérico*, Tese de Dissertação do Mestrado em Finanças da Universidade Técnica de Lisboa, Junho de 2011
- _____ Final Report on the August 14, 2003 Blackout in the United States and Canada, Cases and Recommendations, Abril de 2004
- _____ *Temas Básicos da Doutrina Penal – Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2001.
- GONÇALVES, João, *Da Independência das Autoridades Reguladoras Independentes*, Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, Junho de 2014
- GONÇALVES, Pedro, “Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação”, in *Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), pp. 7 a 177, 2008
- _____ *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, Almedina, 2007.

- GRAÇA, João Filipe, “A Rede Nacional de Transporte de Electricidade: O diálogo na doutrina Portuguesa”, in *Direito Público e Regulação, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CEDIPRE)*, Março de 2016.
- HENRIQUES, Miguel Gorjão, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, Coimbra, Almedina, 7.º Edição, 2014.
- _____ *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra, Almedina, 2013.
- HOLBURN, G. & BERGH, R., Making Friends, “Hostile Environments: Political Strategy in Regulated Industries”, in *Academy of Management Review*, vol. 33, Issue 2, 2008.
- HOWLETT, Michael & NEWMAN, Joshua, After “the regulatory moment”, in comparative regulatory studies: modeling the early stages of regulatory life cycles”, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, volume 15, issue 2, 2013.
- INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU (ed.), *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Coimbra, Coimbra Editora, Volume I, 1998.
- JUSTO, A. Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 3.º Edição, 2006
- MIRANDA, Jorge & GOMES, Carla Amado (Coord.), *Temas de Direito da Energia – Cadernos O Direito*, Lisboa, Almedina, n.º 3, 2008.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, Almedina, 2006.

- MORAIS, Carlos Blanco, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, p. 183 a 217, 2012.
- MOREIRA, Vital, in *Provedor de Justiça, O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de justiça – divisão de documentação, Lisboa, p. 93 a 116, 2002.
- MOTTA, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- PAIS, Sofia Oliveira, *Direito da União Europeia – Legislação e Jurisprudência Fundamentais*, Quid juris - Sociedade Editora, 2.º Edição, 2014.
- PALMA, Maria Fernanda & DIAS, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (Coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001.
- PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, 2003
- QUADROS, Fausto, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, Almedina, 1999.
- SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008.

- _____ “A Tipificação da Recusa de Acesso a Infra-Estruturas Essenciais como Abuso de Posição Dominante na Lei da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, Março 2010, pp. 269 a 295.
- SILVA, Suzana Tavares, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume V, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, p. 819 a 842, 2012.
- TORGAL, Lino & GERALDES, João Oliveira, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, p. 541 a 565, 2012.
- VISCUSI, W. Kip & JR, Joseph E. Harrington & VERNON, John M., *Economics of Regulation and Antitrust*, Massachusetts Institute of Technology, Fourth Edition, 2005.

IV - JURISPRUDÊNCIA

- *United States vs Terminal Road Station*, no âmbito do processo 224 U.S. 383, com data de 1912, proferido por U.S. Supreme Court e, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/case.html>.
- *Oscar Bronner vs Mediaprint*, Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-7/97, com data de 26 de Novembro de 1998, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=101312&doclang=en>.
- *Hoffmann-La Roche* contra Comissão das Comunidades Europeia, proferido no âmbito do processo n.º 85/76, com data de 13 de Fevereiro de 1979, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>.

- *Commercial Solvents Corporation vs Commission of the European Communities*, proferido no âmbito do processo 6/73 e 7/73 (processos apensos), com data de 6 de Março de 1974, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0006&from=en>.

V - LEGISLAÇÃO

- Lei n. ° 2002, de 26 de Dezembro de 1944, estabelece concessões privadas no domínio da distribuição e do transporte.
- Decreto-Lei n. ° 433/82, de 27/10, institui o novo regime geral do direito de mera ordenação social e do respectivo processo.
- Decreto-Lei n. ° 449/88, 10 de Dezembro, abertura do sector eléctrico à iniciativa privada.
- Decreto-Lei n. ° 433/82, de 27 de Outubro que institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo e cuja última actualização consta da Lei n. ° 109/2001, de 24 de Dezembro.
- Regulamento CEE n. ° 4064, 89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, define empresa verticalmente integrada.
- Decreto-Lei n. ° 182/95, de 27 de Julho, constituiu-se a REN como concessionária de gestão da rede.
- Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03), publicado no Jornal Oficial n. ° C 372 de 09/12/1997.

- Decreto-lei n. ° 184/2003, de 20 de Agosto, Implantação do Mercado Ibérico de Electricidade.
- Lei n. ° 19/2012, de 8 de Maio, Lei da Concorrência.
- Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 26 de Outubro de 2012.
- Lei n. ° 9/2013, de 28 de Janeiro, cuja tramitação envolve o Regime Sancionatório do Sector Energético.
- Lei n. ° 67/2013, de 28 de Agosto que promulga a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.