

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

*O INFARMED COMO ENTIDADE REGULADORA DO MEDICAMENTO À LUZ DA LEI-
QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS*

LUÍS MIGUEL FIALHO SEVERINO

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Financeiras

2017

**Mestrado Profissionalizante em Direito
(Ciências Jurídico-Financeiras)**

***O INFARMED COMO ENTIDADE REGULADORA DO MEDICAMENTO À LUZ DA LEI-
QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS***

LUÍS MIGUEL FIALHO SEVERINO

***Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Financeiras
realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa***

Orientador: Professor Doutor NUNO CUNHA RODRIGUES

2017

Ao meu pai, meu ídolo e melhor amigo, por toda a sua dedicação, empenho,
carinho e amizade, dedico-lhe a presente dissertação.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues pelos conhecimentos ministrados durante a fase lectiva, bem como toda a sua disponibilidade, paciência e atenção prestada durante a elaboração desta dissertação

Gostaria de agradecer ao Professor Doutor Luís Silva Morais, pelos úteis e sábios conhecimentos ministrados durante a fase de leccionação da Disciplina de Regulação, no Mestrado de Ciências Jurídico-Financeiras.

Gostaria de fazer um agradecimento especial à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e ao seu Corpo Docente, por todo o ensino ministrado desde a licenciatura até ao presente momento, bem como agradecer as qualidades humanas que sempre revelaram e transmitiram durante estes anos. Agradeço, por terem contribuído para a minha evolução enquanto jurista e Ser Humano.

Agradecer igualmente, aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pela sua constante dedicação e entrega aos alunos.

Agradeço a todos os colegas do Mestrado Profissionalizante de Ciências Jurídico-Financeiras, pelo conhecimento partilhado e amizade, bem como toda a ajuda prestada durante a fase lectiva do mestrado.

Venho agradecer à minha mãe, por todo o incentivo e amor transmitido.

Aos meus avós, por todo o afecto, paciência e por toda a sabedoria transmitida, a todos eles dedico estas linhas.

À Rute, a minha “própria” pessoa, estas linhas que escrevo não seriam possíveis sem o seu amor, dedicação e inspiração. Obrigado por me iluminares em todos os momentos e me ensinares a ser todos os dias mais humano e melhor pessoa.

A Deus, por ser o caminho, a verdade e a luz de toda a minha vida.

Resumo:

A presente dissertação tem como objetivo identificar o papel do INFARMED I.P no contexto regulatório nacional, em específico à luz da nova Lei-quadro das Entidades Independentes e relativamente à questão de estarmos ou não perante uma entidade com regulação económica.

De um ponto de vista conceptual, nesta dissertação, começaremos por explicar o fenómeno da Regulação e os problemas envolventes, partindo assim do tema mais amplo, por forma a que, degrau a degrau, cheguemos à questão central desta investigação, que se prende com a leitura do INFARMED enquanto entidade reguladora.

Nós começaremos por dar uma introdução ao tema a tratar durante a tese, nomeadamente ao tema regulatório.

Assim, tentaremos explicar o que é o fenómeno regulatório, sempre com especial incidência para as matérias mais importantes para o objetivo do estudo do estudo, servindo como ponto de partida e introdução, em termos de conceitos, aos temas a abordar ao longo da tese.

Em termos de estrutura, começaremos por fazer um enquadramento geral e histórico do que é a Regulação, nomeadamente a Regulação Económica. Após este primeiro enquadramento, procuraremos avançar para um primeiro conceito de Regulação, delimitando-o de outras figuras limítrofes. Em seguida, esclarece-se o leitor da justificações para regular e dos objetivos que se pretende atingir através da Regulação de um mercado, surgindo aí questões como a da Regulação Social.

Após este capítulo inicial, iniciar-se-á uma fase de análise do que se trata ser uma Entidade Reguladora Independente, visto serem as entidades cobertas pela Lei-quadro 67/2013, de 28 de Agosto. Neste capítulo, tentaremos enquadrar as entidades e explicitar as suas diversas características,

Na Parte III desta dissertação examinaremos o regime da Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes, por forma a conseguirmos fazer uma boa avaliação da posição do INFARMED à luz das disposições da Lei-quadro.

Ao analisar-se a Lei Orgânica do Infarmed e as suas atribuições e competências, iremos perceber que este Instituto exerce uma função de regulação não económica. E ainda, que à luz da Lei-quadro 67/2013, de 28 de Agosto, este não estaria coberto pela mesma, por uma multiplicidade de factores.

Palavras-Chave: *Regulação; Entidades Reguladoras Independentes; Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes; INFARMED.*

Summary:

From a conceptual point of view, in this dissertation, we will begin by explaining the phenomenon of Regulation and the surrounding problems, step by step, until we come to the central question of this investigation.

We will begin by giving an introduction to the topic to be addressed during the thesis, namely to the regulatory theme

Thus, we will try to explain what the regulatory phenomenon is, always with special focus on the most important subjects for the purpose of the study study, serving as a starting point and introduction, in terms of concepts, to the topics to be addressed throughout the thesis.

In terms of structure, we will begin by making a general framework of what Regulation is, namely Economic Regulation. After a short framing, we tried to summarize Regulation throughout history and the economic theories that influenced it. After this first framework, we will try to advance to a first concept of Regulation, delimiting it of other bordering figures. Then, we pretend to clarify the reader of the justifications to regulate and of the objectives that it is intended to achieve through the Regulation of a market, appearing there such issues as Social Regulation.

After this initial chapter, a phase will begin to analyze what it is like to be an Independent Regulatory Entity, since this is the subjective scope of Framework Law 67/2013, of August 28. In this chapter, we will try to give a historical background on how this type of entities, from independent agencies, to the present day. In this chapter, we try to explain the various characteristics, powers and forms of control limitation, in order to allow a better understanding at a later stage.

In Part IV of this dissertation we will examine the regime of the Framework Law of Independent Regulators, so that we can make a good evaluation of the position of INFARMED in light of the provisions of the Framework Law.

When analyzing the Organic Law of Infarmed and its attributions and competences, we will try to understand if this Institute exercises a function of economic regulation. Moreover, what is its position in the light of Framework Law 67/2013 of 28 August.

In the last chapter, we will also determine whether or not Infarmed should be qualified as a regulator for the purposes of the 67/2013 Law.

Keywords: Regulation; Independent Regulatory Entities; Framework Law of Independent Regulators; INFARMED

Lista de abreviaturas

ADC – Autoridade da Concorrência

AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes

ANAC – Autoridade Nacional da Aviação Civil

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

AR – Assembleia da República

ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

BP - Banco de Portugal

CE - Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CRP- Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

I.P – Instituto Público

IMTT – Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres

INAC – Instituto Nacional de Aviação Civil

INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde

ISP – Instituto de Seguros de Portugal

LQERI – Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes

LQIP - Lei-quadro dos Institutos Públicos

nº - Número

págs. - Páginas

pp. - Página

PRACE - Programa de Restruturação da Administração Central do Estado

PREMAC - Plano de Redução e Melhoria da Administração Central

Sec. - Século

ss. - Seguintes

TFUE- Tratado do Funcionamento da União Europeia

TJCE- Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

UE- União Europeia

Vol. - Volume

Índice

I-	Introdução.....	17
II-	A Regulação	19
2.1-	Enquadramento Geral e Histórico	19
2.1.2-	O Liberalismo Económico.....	21
2.1.3	A queda do Liberalismo económico	21
2.1.4	O Estado Intervencionista.....	22
2.1.5	O Declínio das ideias Keynesianas.....	23
2.1.6	O Surgimento do movimento neo-liberal e um “novo” modelo de regulação	24
2.2-	O Conceito técnico jurídico de Regulação e a sua delimitação.....	28
2.3-	Regulação – Objetivo e Necessidade	34
III-	A Regulação e as Autoridades. Reguladoras Independentes ou com Autonomia Reforçada.....	37
3.1-	Enquadramento	37
3.2	Delimitação das Autoridades Reguladoras Independentes	41
3.3	Características de uma Entidade Reguladora Independente, em especial das autoridades reguladoras independentes	46
3.4	- Os poderes de uma entidade reguladora.....	50
3.5	Accountability das Entidades Reguladoras Independentes	53
IV-	A lei-quadro das entidades reguladoras independentes.....	55
4.1	- Antecedentes históricos e legislativos-	55
4.2	Uma verdadeira Lei Quadro?	62
4.3	Âmbito subjectivo de aplicação da lei-quadro das entidades reguladoras independentes	64
4.4	Breve análise ao regime da Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes.....	69

4.5	Os Poderes das Entidades Reguladoras Independentes à luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes	74
4.6	A Independência das entidades reguladoras independentes à luz da Lei-quadro 67/2013, 28 de agosto.....	76
4.6.1-	Independência orgânica.....	77
4.6.2	Independência Financeira	80
4.6.3	Independência Funcional.....	81
V-	O Infarmed I.P à luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes	85
5.1-	O INFARMED I.P e as suas origens enquanto Entidade Reguladora.....	85
5.2	O INFARMED I.P.....	88
5.3	O INFARMED I.P – Regulação Económica ou Regulação Técnica?	92
5.4	O INFARMED à Luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes	96
VI-	Conclusões.....	103
VII-	Bibliografia	105

I- Introdução

A regulação tem sido um tema cada vez mais em voga no quotidiano nacional e internacional, sendo normalmente associada a motivos relacionados com questões de regulação financeira e o seu papel na economia. Quem não se recorda das mais recentes polémicas relacionadas com o Banco de Portugal e algumas instituições financeiras portuguesas, e do seu papel e decisões ao longo de todo esse processo. Em termos internacionais, temos o exemplo da crise financeira, que culminou em 2008, e que gerou bastante debate e críticas ao sistema de regulação à data.

Em termos académicos, a atenção para o tema em discussão surgiu durante a frequência da disciplina de Regulação, no Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras, sob a leccionação dos Professores Doutores Nuno Cunha Rodrigues e Luís Silva Morais. Aqui, a curiosidade sobre este tema foi aguçada e estimulada pelos conhecimentos e sabedoria dos excelentíssimos Professores Doutores.

Ao falarmos de regulação, da sua evolução histórica e do progresso da mesma, não podíamos deixar de fazer referência as formas que esta tem vindo a tomar. Como tal, pareceu-nos de maior relevo falar das entidades reguladoras independentes, como uma forma de regulação realizada de forma independente em relação ao poder político e às entidades reguladas. Para designar esta forma de regulação independente é por vezes utilizado o termo *Nova Regulação*.

De igual modo, o papel da regulação, particularmente da económica, tem sido alvo de uma enorme discussão quanto ao seu papel e organização dentro da administração pública, pelo que este estudo surge também numa altura pertinente.

Esta dissertação focará igualmente a sua análise na Lei-quadro das entidades reguladoras independentes ¹, por forma a compreender as razões que estiveram subjacentes à sua criação, bem como o seu regime e outras questões.

Importa analisar a Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes (LQERI), por forma a proceder a uma correta delimitação dos vários âmbitos da mesma, de modo a podermos excluir ou incluir uma entidade dentro do seu regime.

¹ Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto de 2013 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1983&tabela=leis&so_miolo= última consulta em 07-01-2017

Utilizaremos o INFARMED, olhando para as suas atribuições e competências, de forma a percebermos quais as características necessárias para um entidade se enquadrar na LQERI.

Um grande ponto de interesse na escolha desta entidade reside em verificar o papel de regulação que efectivamente o INFARMED exerce. Se este é ou não, uma entidade que tem um papel de regulação económica, visto que essa nos parece ser uma matéria algo controversa.

II- A Regulação

2.1- *Enquadramento Geral e Histórico*

No começo desta exposição, iremos fazer uma primeira abordagem ao tema regulatório, procedendo em primeiro lugar a um enquadramento geral e histórico deste, e seguidamente observando um pouco a sua evolução, desde o séc. XIX até aos nossos dias, relacionado e analisando as correntes de pensamento económico que lhe serviram de influência.

O conceito de regulação, num sentido amplo e em termos clássicos, trata-se do acto de legislar ou regulamentar realidades sociais.² Contudo, o sentido em que nos procuraremos concentrar ao longo desta dissertação será o de regulação económica. Uma possível explicação para este último sentido é a avançada pelo Ilustre Prof. Saldanha Sanches, sugerindo que a “*Regulação, neste sentido especial, é apenas a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas actividades comerciais. Em certas áreas da Economia, no sentido de intervenção estatal nessas mesmas áreas. Disciplina legal de certos sectores versus a pura e simples ordenação de mercado*”³. O autor em questão, ainda formulou um conceito pela negativa de regulação económica⁴.

A Regulação económica tem “*sido entendida como qualquer actuação do Estado que interfira com as forças de mercado e que, de algum modo, corrija as denominadas “falhas de mercado”*”.⁵ Este sentido aqui referido segue a linha da doutrina anglo-saxónica. Esta corrente tem igualmente sido seguida por vários autores nacionais.

² SALDANHA SANCHES, José Luís in *A Regulação: Breve História de Um Conceito*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Lisboa, 2000, pp. 5

³ SALDANHA SANCHES, José Luís *A regulação: breve história de um conceito*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 60, 2000, pp. 5

⁴ SALDANHA SANCHES, José Luís, *A regulação: breve história de um conceito*, Revista da Ordem dos

Advogados, ano 60, Lisboa, 2000, pp. 7: “regulação é a negação da mão invisível: a mão invisível, corporizando a auto-regulação do mercado, deveria operar uma involuntária reconciliação de vontades

Individuais com interesses pessoais. Uma reconciliação cujo automatismo reflectiria o mecanismo estóico: um *Deus ex machina* que será frequentemente designado por heterogénese dos fins”.

⁵ PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra, Almedina, 2009. pp. 13.

Outra possível definição é a avançada por Vital Moreira, classificando a regulação económica como o “*estabelecimento e implementação de regras para a atividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos*”⁶.

Explicar, que existem várias normas estaduais que têm impacto na economia, como é o caso de normas com incidência económica no âmbito do Direito Privado, sendo que esta “*Regulação corresponde à intervenção do Estado na vida económica, na área do Direito Público, que se caracteriza pelos poderes de tomar decisões vinculativas de supervisionar e fiscalizar o seu cumprimento, assim como o de sancionar o seu incumprimento através de sanções administrativas ou penais*”.⁷

A Regulação, tem vindo a ser entendida como uma atuação que visa corrigir as falhas de mercado. Esta orientação vem sendo seguida na Europa desde o fim da segunda guerra mundial. Observamos neste período uma intervenção do Estado na economia de forma ativa e direta. A intervenção do Estado manifesta-se na produção de bens e serviços, tal como na propriedade que o mesmo detinha em empresas e outros activos empresariais. Este tipo de regulação, deu origem a várias nacionalizações, monopólios públicos e á existência de vários sectores empresariais públicos. Poucas não eram as vezes, que existiam sectores em que o Estado interferia na economia, (telecomunicações, electricidade, transportes, entre outros...), dando ao mercado intervencionado as características de um monopólio natural.⁸

Nos Estados Unidos da América, em igual período no tempo, privilegiou-se um modo de actuação diferente, em que se assistia à actuação de entidades públicas que exerciam funções de regulação, como forma do Estado se certificar da observância de determinados comportamentos por parte dos privados⁹.

⁶ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e administração pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997 pág. 34 e ss.

⁷ CONFRARIA, João, “*Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro*” in Estudo de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, 2015, págs. 355 e ss.

⁸ PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, “*A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra, Almedina, 2009. Págs. 14 e ss.

⁹ Sobre o modelo norte-americano ver –KAHN, Alfred, *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*, The MIT Press, 1998

2.1.2- O Liberalismo Económico

O pensamento referido ao longo do ponto anterior é contrário ao preconizado durante os séculos XVIII e XIX, por autores como Adam Smith¹⁰. Este autor apregoava um liberalismo económico, sustentando uma ideia de auto-regulação do mercado, sem necessidade de intervenção do Estado. Esta doutrina liberal, seguida por Adam Smith, encontrava a sua base em autores como Montesquieu, que ao apregoarem um superior valor do indivíduo e da sociedade sobre o Estado, teria estes reflexos no plano económico. Autores, como o próprio Adam Smith, preconizavam um Estado mínimo, em que o mercado regular-se-ia por si próprio. Durante o período de tempo em que estas ideias predominaram, assistimos ao domínio da lógica “*laissez-faire, laissez-passer le monde va de soit*”. O mercado estava entregue a si próprio e à sua própria regulação. Sendo que, seria a “mão invisível”¹¹ que colmataria as suas falhas de mercado. Isto é, de uma forma simplista, as próprias forças de mercado acabariam por regular o sector económico.

Assim, na linha de pensamento referida no parágrafo anterior, o Estado deveria dissociar-se da intervenção na economia, pois o mais correcto era deixar o mercado entregue aos seus agentes. Ora, não seria o Estado adequado a ter funções dentro da vida económica da nação. Ressalvam-se aqui porém, a actuação do Estado como garante de direitos fundamentais dos cidadãos e de fornecimento de bens de primeira necessidade.¹²

2.1.3 A queda do Liberalismo económico

O surgimento da revolução industrial levou à proliferação da máquina em desfavor do homem. Em consequência, houve um aumento do desemprego, bem como o próprio aumento das falhas de mercado existentes.

Um Estado liberal, como até aqui retratado, via-se desprovido de meios de combate efectivos a estas falhas. Assim, foram criados novos meios de equilíbrio económico, como a concessão (Serviços públicos que passavam a ser agora alvo de gestão privada). Contudo, o crescente desemprego, bem como a insatisfação

¹⁰ ADAM SMITH, *A Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I e II, 4ª Ed., 2001.

¹¹ ADAM SMITH, *A Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I e II, 4ª Ed., 2001.

¹² CABRAL MONCADA, Luís S., *Direito Económico*, 5ª Ed., Coimbra Editora, 2007 pág. 52.

operária, o pouco ou nenhum apoio social pelo Estado, a não correção das falhas latentes de mercado (por exemplo: cartelização) e a baixa confiança no mercado, levariam à queda deste modelo Liberal.

2.1.4 O Estado Intervencionista

Após a grande depressão, em 1929, a corrente económica que apoia o intervencionismo na economia ganha um novo ânimo. Ânimo que seria corroborado pelos factores anteriormente referidos, e ainda pela situação pós-segunda guerra mundial (por exemplo: o controlo de poucos recursos em muitos países).

Aos autores liberais, no século XX, opõem-se autores como Keynes. Este autor, prevê a existência de um Estado intervencionista com claros objectivos económicos e sociais, que arroga para si a responsabilidade na direcção da Economia da nação, seja pelas responsabilidades de produção e serviços de bens ou, como referido pelo Prof. Carlos Blanco Morais, pela "*massa de leis e regulamentos que os poderes públicos, directamente ou através das suas agências, editavam para reger e condicionar a actividade das empresas*"¹³.

O sucesso das políticas *new deal*¹⁴, que consistem na aposta pelo controlo dos preços, políticas de aumento de emprego, obras públicas e aumento da capacidade produtiva, faz com que paulatinamente este sucesso se vá difundido pelo mundo inteiro.

A origem destas políticas, em termos ideológicos, coube à já referida corrente Keynesiana, que defendia, ao contrário da corrente liberal, que o mercado não tende a equilibrar-se *per si*, sendo necessário intervenções por parte do Estado, dado que cabe ao Estado a promoção desse equilíbrio.

¹³ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *O Estatuto híbrido das entidades reguladoras da Economia*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 189

¹⁴ Termo comumente associado ao programa de recuperação económica desenvolvidos em 1933, nos Estados Unidos, por Franklin Roosevelt, Presidente em funções. O *New Deal*, visava através dos seus planos recuperar o sistema social e a capacidade produtiva do país (industrial e agrícola).

2.1.5 O Declínio das ideias Keynesianas

Durante a década de 70, e já depois da difusão das ideias de Keynes à escala europeia, começam o declínio das mesmas. Esta crise ideológica surge devido a vários motivos, como as crises cíclicas que são associadas a este modelo, mas também pelo forte peso e influência que máquina estadual carregava.¹⁵ Igualmente, não contribui para este pensamento a 1ª grande crise petrolífera, que coloca um ponto final a 40 anos de crescimento económico. Apesar de todos os esforços envidados pelos Estados, em 1979, com a revolução no Irão, vem mesmo a ocorrer o segundo choque petrolífero, que é mais uma dura flecha no coração do Estado intervencionista, dado que os ciclos de recessão económica tornaram-se mais acentuados e recorrentes.

Devido a toda esta variedade de fenómenos económicos, impunha-se uma mudança de paradigma. Esta conjuntura faz surgir as primeiras dúvidas associadas ao tipo de posição que o Estado tinha na economia, nascendo novas ideias no seio da doutrina, que procurariam uma maior eficiência económica, alicerçada numa diminuição na despesa pública.¹⁶

Uma das principais razões para a decadência da ideia do Estado intervencionista e gestor, é o facto de ser nesta altura, que começa a criar-se a ideia de falhas de governo. Uma ideia que surge e é posteriormente desenvolvida, pela denominada escola “public choice”.¹⁷

Outro dos principais problemas do Estado intervencionista deve-se ao facto dos economistas basearem as suas previsões com base em informações e considerarem sempre um perfeito funcionamento do mercado. Na verdade, é não só perfeitamente errada esta concepção do funcionamento do mercado, mas ainda se agrava quando se trata do governo, devido àquilo que é conhecido como assimetria de informação. Tal falha deve-se à informação imperfeita que este

¹⁵ MARTINEZ, Pedro Soares, *Economia Política*, Coimbra, Almedina, 10ª ed., pág. 338 e ss.

¹⁶ MAJONE, Giandomenico- From the positive to the Regulatory State. Causes and Consequences of Changes in the Modes of Governance, in *Journal of public policy*, 1997, págs. 17 e 139 e ss.

¹⁷ Uma possível definição de “Public Choice” é: “Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government”, que pode ser encontrada em: TULLOCK, Gordon & SELDON, Arthur & BRADY, Gordon. L - *Government Failure: A primer in public choice*, Washington DC, Cato Institute, 2002., pp. 3

detém, bem como em relação à questão dos incentivos por parte dos agentes pertencentes aos seus quadros.

Sobre estes incentivos, iremos aludir aqui ao paradigmático exemplo da questão dos incentivos no comportamento do agente económico. Quando um agente age no mercado privado, este quer maximizar os seus ganhos, tendo um incentivo extra na procura dos mesmo, pois reflectirão, no final, os seus proveitos. Do mesmo modo, os erros de um agente no mercado irão afectá-lo a ele em primeira instância, pelo menos normalmente. Daí, que investimento na obtenção de informação, por parte do agente privado, seja invariavelmente maior que o de um operador público, mitigando a possibilidade de existência de informação imperfeita.¹⁸

Existiam, à data, problemas sobre o controlo das empresas públicas pelo Estado, devido, por exemplo, a estas estarem sujeitas a interesses políticos.

2.1.6 O Surgimento do movimento neo-liberal e um “novo” modelo de regulação

É a partir da década de 80 do século passado, que se assiste ao surgimento de um movimento neoliberal. Neste movimento, o Estado tem uma participação menos activa na economia. Para tal, cria-se a possibilidade de entrada de privados em sectores económicos que antes eram exclusivamente ou predominantes públicos, através de processos de liberalização destes sectores, bem como pela privatização de empresas públicas.

Esta liberalização no sector económico não foi no entanto ao encontro das antigas ideias liberais de livre funcionamento do mercado (que por si conduziria ao perfeito equilíbrio do mercado), presenteando-nos sim com uma nova regulação, uma regulação das áreas económicas que antes estariam reservadas à actuação pública e agora liberalizadas, permitindo a actuação num mercado concorrencial por operadores privados, que são regulados por entidades reguladoras. Afinal, como denota Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira,

¹⁸ Para melhor compreensão: TULLOCK, Gordon & SELDON, Arthur & BRADY, Gordon. L - *Government Failure: A primer in public choice*, Washington DC, Cato Institute, 2002., pp. 7

“Na nova economia de mercado, tão importante como uma cultura de concorrência é uma cultura de regulação”¹⁹

O surgimento destas ideias é acelerado em muitos países pela integração comunitária. Nomeadamente, o facto de se preconizar a eliminação de barreiras entre os mercados dos países europeus, tendo em vista a criação do mercado único europeu. Referir, que o artigo 295.º ²⁰, que consagra um princípio da neutralidade relativamente ao regime de propriedade dos Estado Membros, tem sido mitigado nos efeitos, através de uma interpretação sistemática (em conformidade com as normas comunitárias sobre a abertura dos mercados), tendo diminuído o seu abrangimento por princípios jurídicos que surgem nas últimas revisões do Tratado. O artigo em questão é alvo de interpretação pelo TCJE, que coloca o seu papel principal e fundamental nas normas dirigidas à realização do mercado único, exigindo-se assim a abertura dos mercados nacionais aos países europeus.²¹

A abertura e transformação dos mercados têm por base dois movimentos²²: um movimento de privatização (principalmente empresas públicas) e um movimento de liberalização. Este último trata-se da abertura dos mercados à concorrência, através da eliminação de direitos exclusivos ou especiais que o Estado possuía em determinados sectores da economia (tendo por suporte normativo o artigo 86.º do Tratado da CE).²³ Fazer uma ressalva, em relação ao processo de liberalização de um determinado sector económico, dado que este poderá não determinar por si o fim da atividade empresarial pública de um sector. Com efeito, pode o Estado continuar a intervir, tendo no entanto de se submeter aos princípios e valores de mercado, nomeadamente às regras de concorrência. Tal como um jogador não define as regras do jogo (regra geral), também o Estado não

¹⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação*, Almedina, pp. 15

²⁰ Sobre as possíveis interpretações do artigo 295.º - SILVA MORAÍIS, Luís, *O artigo 90.º do Tratado CEE – As empresas públicas e o Direito da concorrência na União Europeia*, in Em torno da Revisão do Tratado da União Europeia, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 57 e ss.

²¹ Sobre este tema, ver – PAZ FERREIRA, Eduardo, *A constituição Económica e a União Monetária: Da construção do Socialismo ao Credo Monetarista*, in Em Torno da Revisão do Tratado da União Europeia, págs. 179 e ss.

²² Para a distinção entre privatização e liberalização: CALVÃO DA SILVA, João Nuno, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico Geral*, Almedina, pp. 44

²³ Sobre os movimentos em questão, - VICKERS, John & YARROW, George, *Privatization: An Economic Analysis*, Cambridge, The MIT Press, 1989

poderá definir as regras de mercado enquanto participante no mercado concorrencial.²⁴

Acompanhamos nesta matéria a posição dos Professores Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais, que caracterizam o processo de liberalização como estando “*associado a um movimento de nova regulação económica, ou, em certos casos, de reforma qualitativa ou aprofundamento dos modelos e estruturas de regulação*”.²⁵ Não se confundindo assim com uma “*desregulação*”²⁶ ou “*desregulamentação do mercado*”. Trata-se sim, como referem os autores acima mencionados, de “*uma reforma qualitativa*”, sendo que esta se identifica mais com o conceito de “*reregulation*”, preconizado pela doutrina anglo-saxónica.²⁷

Em Portugal, esta *Nova Regulação*, teve reflexo no surgimento das já referidas liberalizações. Estas liberalizações, despontam como forma de permitir o acesso a certos mercados por entidades privadas, mercados esses que até aí estavam vedados à iniciativa privada. São exemplos desses mercados, aqueles onde o Estado tinha o monopólio do mercado ou uma posição privilegiada no mesmo, o que diminuía ou afastava a existência de concorrência. Como exemplos concretos, podemos referir os mercados da Saúde, Comunicação Social, Energia, entre variadíssimos outros.

A liberalização do mercado viria a permitir um acesso justo a estes mercados pela iniciativa privada, aumentando a concorrência e garantindo alguns direitos dos consumidores que estavam carecidos, devido à falta de competitividade dos mercados.

Neste processo de liberalização, surgiram situações em que existiam falhas de mercado resultantes da existência de monopólios naturais por parte do

²⁴MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 9 e ss.

²⁵PAZ FERREIRA, Eduardo e SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra, Almedina, 2009. pp. 20

²⁶Sobre “*deregulation*” (desregulação) na doutrina anglo-saxónica ver. M.DERTHICK, P. QUIRK, “*The Politics of Deregulation*”, The Brookings Institution, Washington DC, 1985

²⁷Sobre o conceito de “*reregulation*” – D.O REILLY, A.S. SWEET, “*The Liberalization and Reregulation of Air Transport*”, in *Journal of European Public Policy*, Volume 5, Number 3, 1 September 1998, págs. 447 e ss.

sector público. Devido a estarmos perante “*serviços de interesse económico geral*”²⁸, estas falhas seriam resolvidas através das obrigações definidas pelo regulador, que seriam geralmente apelidadas de “*obrigações de serviço público*”.

Com esta nova óptica de Regulação, pretendia-se obter uma maior eficiência do mercado e, em alguns casos, uma maior equidade no acesso pelos cidadãos ao serviço.²⁹

Como refere Eduardo Paz Ferreira³⁰, estamos perante um “*novo equilíbrio*”, que surge pela regulação dos mercados, onde agora atuam operadores privados, regulados por autoridades autónomas com um maior sentido de neutralidade, sendo que antes estavam presentes entidades públicas, seja disponibilizando serviços ou produzindo bens. Este *new public management* resume-se, em parte, por adoptar mecanismos de gestão privada na gestão pública. O Estado, anteriormente produtor, é agora um Estado financiador/regulador.

O Estado regulador é um Estado a meio caminho entre o intervencionismo e o liberalismo económico. Estamos perante um Estado que não precisa de ser quase “omnipresente” na vida da sociedade e no funcionamento do mercado concorrencial, mas que também não precisa de ser um completo ausente na vida económica, optando antes por garantir os valores de mercado e o bom funcionamento deste, sempre numa óptica de prossecução do interesse público. Atuando através de entidades reguladoras, tendo estas uma maior ou menor autonomia/independência, consoante a sua natureza. Com efeito, o Estado ao não ser mais um Estado produtor/prestador de serviços, passa a poder concentrar a sua atividade na regulação da atividade económica. Assim, temos vindo a observar uma “*desgovernamentalização da regulação*”, tal como refere Vital Moreira.³¹

Quanto a nós, não estamos perante um simples fenómeno de ausência de regulação da vida económica, associado ao ideal liberal clássico anteriormente referido, estamos antes perante um fenómeno de “*re-regulação*” dos mercados.

²⁸ GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação 8, Coimbra, Coimbra Editora, Junho de 2013, pp. 82

²⁹ CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, 2ª Ed. Revista e Actualizada, págs. 23 a 26.

³⁰ PAZ FERREIRA, Eduardo, *Em torno da regulação económica em tempos de mudança*, in Revista de Concorrência e Regulação, ano I, número 1, Almedina, 2010, pp. 37

³¹ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 10

2.2- O Conceito técnico jurídico de Regulação e a sua delimitação

Após este primeiro enquadramento acerca do problema regulatório, importa prestar esclarecimentos em relação ao conceito técnico-jurídico a adoptar sobre a Regulação Económica. Como bem refere Vital Moreira³², este é um conceito de difícil definição e existe por isso alguma divergência doutrinária acerca do mesmo.

Em primeiro lugar, comecemos por referir, que estamos em desacordo com a linha doutrinária anglo-saxónica que vê na Regulação Económica uma qualquer intervenção do Estado da economia, não avaliando os seus fins nem o modo e forma de actuação.

Adiantamos, que uma qualquer intervenção do Estado na economia não se pode entender como Regulação. Só poderemos partir para um conceito de Regulação a partir de uma intervenção que seja indirecta. O que por si só, não se trata de uma definição de Regulação, mas serve como um ponto de partida para a formulação de um conceito mais restrito. Se não tivermos presente a forma de actuação e o modo, teremos sempre um conceito demasiado amplo e vago, na nossa opinião. A regulação económica tem de ser vista como uma intervenção indirecta do Estado na economia, sendo só a partir deste sentido mais restrito que poderemos iniciar a procura de um conceito que não se apresente como demasiado amplo, e por isso de pouca utilidade prática e analítica.

Em busca de uma noção mais restrita, várias definições afiguram-se como possíveis, sendo estas adiantadas por autores como Vital Moreira³³ ou Cabral Moncada, dizendo-nos o último autor, que *“regulação é o controlo estatal sobre a actividade económica privada (e pública) levada a cabo por entidades dotadas de acentuado grau de independência face ao Governo e visando corrigir as deficiências do mercado.”*³⁴ ³⁵. Contudo, com o devido respeito pelo Ilustre Professor, no nosso entender, esta definição continua a ser demasiado vaga e ampla, sendo preferível procurar uma noção mais concreta e restrita para o conceito em questão.

³² MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 34 e ss.

³³ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 36 e ss.

³⁴ CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, 5.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 52.

³⁵ Definição criticada por: Vitor Calvete in *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in. *Julgar*, nº 9, 2009, pp. 85

Assim, cremos que uma melhor definição seria a proposta pelos Professores Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais, classificam estes autores a Regulação Jurídica da Economia como “ *o desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta porque se exclui a participação pública na atividade empresarial- incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos*”.³⁶ Como bem observam os ilustres professores agora referidos, a regulação da economia surge como uma intervenção indireta *ex ante*, dado que se fixam à partida condições relativas ao modo de exercício de determinada actividade económica, surgindo no decorrer da mesma uma supervisão, que terá em vista o verificar do cumprimento das obrigações impostas.³⁷

Importa aqui diferenciar duas realidades distintas, ainda que de forma sucinta, de modo a delimitar o conceito em causa. Quando falamos em Regulação Económica, pelo menos no sentido referido ao longo desta dissertação, referimo-nos à Regulação Económica com uma Regulação com um foco na sua atuação *ex ante*. Em oposição, a regulação concorrencial é efetuada sobretudo *ex post*, em relação à actuação no mercado pelos agentes. Na Regulação Concorrencial, a entidade Reguladora tem como foco uma atuação com cariz *ex post*, a atuação surge posteriormente à observância de determinados comportamentos contrários aos valores do mercado e à concorrência existente no mesmo, por parte operadores que atuam num sector concorrencial.

O Regulador típico associado a uma regulação com atuação *ex post* é a Autoridade da Concorrência (AdC). Todavia, como já referido, na atuação *ex ante* as condições a observar estão previamente fixadas, e não surgem após um determinado comportamento por parte dos agentes económicos, mas sim antes,

³⁶ PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009. pp. 20

³⁷ PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra, Almedina, 2009. pp. 20

existindo sim uma posterior supervisão para verificar ou não a prática das condições impostas.³⁸

Podemos dizer, que a Autoridade da concorrência se trata de um regulador transversal e os outros reguladores, como por exemplo a ANACOM, reguladores sectoriais. Esta distinção faz-se devido à Autoridade da Concorrência ter uma actuação global ou transversal em relação a todo o mercado concorrencial, podendo aplicar sanções às violações das regras da concorrência sem ser em determinado sector. Por seu lado, uma entidade reguladora sectorial está delimitada à regulação do seu sector, tendo uma actuação específica naquele.

Apesar do já referido, existem outras condicionantes, para além da já referida, que distinguem e igualmente delimitam regulação económica e defesa da concorrência, como por exemplo³⁹:

- O processo de regulação é um processo contínuo/permanente, ao passo que a protecção da concorrência actua, geralmente, de forma instantânea/pontual.

- Os reguladores têm uma actuação positiva e a defesa da concorrência uma actividade negativa. Na medida em que os reguladores criam normas para virem a ser respeitadas, procurando orientar o comportamento dos seus destinatários. Por sua vez, a AdC acuta de forma a verificar se as normas da concorrência foram ou não infringidas.

- Enquanto a regulação tem como alguns instrumentos a fixação dos preços do mercado ou controlo das quantidades produzidas ou de entrada no mercado, a defesa da concorrência tem como objetivos que não se permita essa fixação ou controlo num determinado mercado, de acordo com os princípios da concorrência.

Tendo em conta os aspectos já referidos, cremos que a atividade da AdC como autoridade concorrencial é primariamente de fiscalização do funcionamento do mercado e do respeito pelas regras de concorrência, distinguindo-se das funções de Regulação Sectorial, que funcionam numa lógica inversa, tal como foi aqui explicitado.

³⁸ Sobre este tema: Vitor Calvete, in *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in. Julgar, n.º 9, 2009

³⁹ Vitor Calvete, in *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in Julgar, n.º 9, 2009, págs. 90 e 91

Apesar do que aqui foi supra referido, uma entidade reguladora independente poderá ter uma atuação também *ex-post*, mas o seu âmbito de intervenção distingue-se em relação à da Autoridade da Concorrência, tal como ao tipo de acção que esta exerce sobre o comportamento dos agentes no mercado, A Entidade Sectorial foca-se sobretudo no comportamento *ex-ante*. Contudo, tendo em conta numa lógica de delimitação de figuras, pareceu-nos correcto proceder a uma delimitação nos termos supra referidos.

Por forma a elucidar o explicitado no parágrafo anterior, tomamos aqui o exemplo da ERS, para uma melhor explicação. A ERS é a Entidade Reguladora da Saúde, sendo uma entidade reguladora independente esta exerce igualmente uma atividade *ex-post*, na medida em que impõe as sanções aos seus regulados que resultam directamente da aplicação das suas regras. Assim, como bem refere o Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues, estas figuras “*são complementares pelo que ficarão enfraquecidas se não forem reciprocamente adequadas*”.⁴⁰

Ainda em relação ao conceito de Regulação Económica, importa referir que este confunde-se, não poucas vezes, com as figuras de supervisão e regulamentação. Sendo que, regulamentação é, como bem adianta Vital Moreira e Fernanda Maças, o “*estabelecimento de regras de conduta para os regulados*”⁴¹. Por outra via, Supervisão entende-se como “*actividade administrativa de vigilância permanente de actos, pessoas e documentos, tendo em vista prevenir, detectar e perseguir ilícitos e remediar ou evitar perturbações*”.⁴²

Uma última referência ao facto de a intervenção regulatória poder ter origens a nível não nacional, como é o caso da União Europeia (UE) ou outras organizações internacionais.⁴³

Concretizando, após a delimitação do conceito de regulação económica, e ainda tendo em conta o conceito dos Professores Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva

⁴⁰ CUNHA RODRIGUES, Nuno, *Regulação da Saúde*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009 pp. 631

⁴¹ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora,

⁴² CÂMARA, Paulo, *Direito dos Valores Mobiliários*, 2ª Ed., Almedina, 2011, págs. 261-262

⁴³ CONFRARIA, JOÃO, *Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro*, in *Estudo de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, 2015, pp. 357

Morais⁴⁴, podemos dizer que são necessários quatro tipos de atributos por forma a estarmos perante uma regulação exercida por parte de uma entidade reguladora independente. Os atributos a ter em conta são⁴⁵:

-Natureza do seu objecto- O objecto que deverá ser regulado deverá ser uma actividade económica produtiva.

-Modo de intervenção- Através de processos jurídicos de intervenção indirecta na economia produtiva.

-Autonomia ou Natureza da entidade – Entidades com uma autonomia/reforçada independência em relação ao poder político.

-Especial teleologia – A garantia do funcionamento equilibrado do mercado em função de certos objectivos públicos.

Referência ainda à perspectiva de Vítor Calvete, dizendo-nos o autor que *“mesmo que a actividade regulação fosse num primeiro momento apenas funcionalmente determinada (o que justificaria uma eventual diferença entre “regulação” e “reguladores”), a sua existência conceptual só é útil se estiver ligada a um particular sujeito: um ente autónomo”, referindo ainda o autor que “definição de um “regulador” terá de passar, para ser conceptualmente útil, tanto pela sua natureza (de um ente autónomo desinserido da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo e da auto-administração dos interesses envolvidos), como pela sua actividade específica (em geral, em três planos: produção e controlo da aplicação de normas, adjudicação de dissídios na sua aplicação e sanção do seu incumprimento).”*⁴⁶

Podemos então concluir, na perspectiva do autor, que o critério da natureza da entidade será determinante para a qualificação de uma entidade como reguladora, não existindo por isso entidades de regulação que não seguissem a

⁴⁴ PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral* in Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo? Coimbra, Almedina, 2009. pp. 20

⁴⁵ Uma divisão do conceito em três atributos, tendo em conta as definições apresentadas por outros autores, pode ser encontrada em: CALVETE, Vitor in *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in Julgar, nº 9, 2009,

⁴⁶ Uma divisão do conceito em três atributos, tendo em conta as definições apresentadas por outros autores, pode ser encontrada em: CALVETE, Vitor in *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in Julgar, nº 9, 2009 pp. 94

natureza de entidades administrativas independentes e se integrassem na administração independente, afastando entidades inseridas na administração indirecta, pois tal não se afiguraria “*conceptualmente útil*”.

Na nossa perspectiva, cremos que já existiam entidades reguladoras antes de existirem entidades reguladoras independentes, conforme aqui explicitado. O grau de diferenciação poderá residir sobretudo na autonomia das mesmas, que pode ser mais ou menos reforçada, tendo em conta os poderes de controlo a que estas entidades estejam submetidas e os poderes que disponham.

Uma entidade reguladora sob a forma de instituto público será, quanto a nós, uma entidade reguladora, desde que verifiquem determinados requisitos. Todavia, não será uma entidade reguladora com autonomia reforçada, dado que esta terá um grau de autonomia menor que uma entidade reguladora independente ou com autonomia reforçada (termos usados de forma indistinta ao longo da dissertação, para caracterizar as chamadas entidades reguladoras independentes), devido a estar submetida, por exemplo, aos poderes de tutela e superintendência.

A distinção aqui prende-se sim então, na nossa perspectiva, entre entidades reguladoras independentes e entidades reguladoras não independentes ou sem autonomia reforçada. Assim, cremos que o critério da autonomia como supra enunciado, servirá como um elemento distintivo entre entidades reguladoras com autonomia reforçada e sem autonomia reforçada, podendo os restantes três critérios ser utilizados para definirmos se estamos ou não perante uma regulação económica.

2.3- Regulação – Objetivo e Necessidade

A Regulação pode ser justificada tendo em conta os objetivos que pretende assumir. De uma forma lógica, podemos dizer que a regulação tem, por exemplo, como objetivo a igualdade de acesso e condições na actuação entre os agentes presentes em determinado mercado. É um exemplo perfeito, a situação de uma regulação que pretenda que certos sectores económicos, que até aí não estariam abertos à existência de uma concorrência de mercado, passem a estar. O objetivo é garantir a igualdade de acesso, através da quebra de barreiras de acesso, que permitam a entrada, em condições iguais, a operadores privados. Assim, pretende o Estado garantir o normal e correto funcionamento dos mercados, que antes estavam vedados ou com difícil acesso à actuação privada.

Deverá existir regulação económica de forma a criar uma promoção da eficiência num mercado ineficiente. O fim passaria por ser a correcção das falhas de mercado, com o objetivo de aumentar a eficiência desse mesmo mercado. Sendo o critério de intervenção ou não num mercado a existência ou não de falhas de mercado.⁴⁷ Aliado a este critério, tem de se ponderar a melhorar sempre a melhor hipótese para o aumento da eficiência de um determinado mercado, que poderá não passar por uma intervenção reguladora. Mais, o Estado mercado deverá atuar consoante a informação que dispõe, tal como deverá ter bem estudado todos os outros custos possivelmente envolvidos na regulação de um mercado. Isto é, o Estado deverá ponderar o custo/benefício da sua intervenção num sector não regulado, tendo em conta todas as variantes envolvidas.

Existe ainda outra justificação possível, que passa pela garantia dos direitos aos cidadãos, equilibrando os interesses públicos com os próprios valores de mercado. Dentro destes interesses públicos, podemos enquadrar a protecção do consumidor, como um sujeito no mercado, que nem sempre tem acesso à informação de forma perfeita, e também por isso, a regulação muitas vezes visa a sua protecção como um sujeito desprotegido na relação com os regulados, visando ainda a garantia de interesses públicos do cidadão, que têm de ser primeiramente protegidos (public utilities).

⁴⁷ CONFRARIA, João, *Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro*, in *Estudo de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, 2015, págs. 355 a 357

Alguns autores, autonomizam a regulação que tenha por base estes objetivos, procedendo a uma divisão entre regulação social e regulação económica.

Quanto à questão da regulação social. Esta caracterizar-se-ia pela intervenção do Estado no mercado de uma forma autónoma à estrutura que este demonstre, pretendendo diminuir a desigualdade na informação ou a presença de externalidades^{48.49} Assim, este modo de regulação estaria intimamente ligado à protecção do consumidor, que seria visto como a parte mais fraca no funcionamento do mercado.

A distinção entre Regulação Social e Regulação Económica, tem por base a ideia que, enquanto a Regulação Económica regula o acesso ao mercado (por exemplo, processos de liberalização do mercado), o seu funcionamento, assimetria de informação, preços, e outras questões ligada à realização do próprio mercado, a Regulação Social não se bastaria com objetivos de realização do próprio mercado por si mesmo, mas com a realização e protecção de valores que transcenderiam a atividade económica (Saúde ou Ambiente).

Quanto a nós, esta distinção não nos parece ser útil. Em primeiro lugar, existem mercados em que por vezes as características apontadas a estes dos tipos de regulação coexistem, como é o caso da regulação na área financeira. Afinal, apesar do foco ser a promoção da eficiência, não se impede ou exclui o prosseguimento de outros objetivos que sejam prosseguidos através da regulação, desde que os mesmos não se tornem incompatíveis entre si. Assim, a prossecução de um interesse público poderá estar subjacente a qualquer tipo de regulação, seja económica ou técnica, como adiante trataremos.

⁴⁸ CONFRARIA, João, *Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro*, in Estudo de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, 2015, pp. 356

⁴⁹ Posição contrária, em que os autores discordam quanto à contraposição entre uma regulação económica e uma regulação social, pode ser encontrada em - PAZ FERREIRA, Eduardo e SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo? Coimbra, Almedina, 2009. págs. 24 e ss.

III- A Regulação e as Autoridades. Reguladoras Independentes ou com Autonomia Reforçada

3.1- Enquadramento

Os antecedentes das entidades reguladoras independentes remontam ao advento do já referido new deal. É nessa época que surgem *as independent agencies*, por forma a controlar a concorrência feroz que havia nos variadíssimos mercados norte-americanos. Estas entidades surgem para controlar os efeitos provocados pela existência de um mercado em concorrência, visando estabilizar a economia e proteger os mais carenciados. As *independent agencies* tinham características especiais e favoráveis na sua interação com o mercado, comparando com a intervenção por parte do Estado, sendo estas: as suas garantias de independência e imparcialidade (orgânicas e funcionais); o estatuto e valor profissional dos seus membros; os mandatos não estão sob a dependência de determinado ciclo político.

O aparecimento das *independent agencies* tem sido associado a uma desconfiança do congresso sobre o presidente F.D. Roosevelt, devido à sua atitude intervencionista no mercado, servindo estas entidades como um controlo do poder político, através do acompanhamento por parte das *agencies* dos diplomas promulgados.⁵⁰

As entidades administrativas independentes surgem na regulação, tal como em outras áreas da vida em sociedade, pelo facto da forte intervenção do Estado não só causar um peso burocrático e orçamental muito maior, devido a proliferação de entidades que se “alimentavam” do aparelho estadual. Surgem também, pela necessidade de garantias de independência, neutralidade e imparcialidade, que são necessárias ao correto funcionamento de algumas áreas, em que as suas decisões e atuação não deve estar alicerçada em critérios políticos, mas sim justificada com base em critérios técnicos. Ao tempo, eram apontadas críticas ao e Estado intervencionista, exigindo-se uma supervisão por via indirecta dos operadores no mercado.

⁵⁰ AZEVEDO, Maria Eduarda, *Temas de direito da economia*, Coimbra, Almedina, 2013

Na Europa as entidades reguladoras independentes, surgem com o desmantelamento dos monopólios públicos promovido pela União Europeia e a necessidade de controlar os mercados agora liberalizados através de entidades independentes, que criem um processo transparente, com autonomia, mas ao mesmo tempo que garanta responsabilidade dos seus membros, de modo a manter uma dialéctica entre independência na regulação e prossecução do interesse público.

O primeiro país a transpor este tipo de regulação para entidades administrativas independentes na Europa foi a Inglaterra, pela mão da já falecida e antiga Primeira-Ministra Margaret Thatcher. Tal aconteceu, pela Inglaterra ser um país com afinidades claras ao modelo-americano, quer por antecedentes históricos, quer pela aplicação da common law ou pelas próprias tradições administrativa do país⁵¹. A já referida Primeira-Ministra favorecia uma administração imparcial, através do afastamento do governo das funções reguladoras.

Por volta do final dos anos 80 e 90, esta tendência de Estado regulador, ao invés de prestador, alargou-se a diversos países Europeus. Ta aconteceu devido a motivos de integração europeia, mas igualmente por outros motivos, como o aumento desconfiança que envolve a administração directa e indirecta do Estado por motivos políticos, captura dos agentes regulados é outro motivo, e ainda o facto da administração ser altamente burocrática e existir uma pouca especialização dos seus quadros.

A tendência supra referida é um ponto importante no arranque da integração económica europeia, que provoca a abertura dos mercados e a criação de entidades reguladoras independentes.

Esta mudança introduzida pela União Europeia(na altura Comunidade Económica Europeia), nos anos 80, alteraria profundamente o panorama económico de Portugal.

Anteriormente, com a constituição de 1976, a primeira após o 25 de Abril de 1974, estávamos perante um compromisso entre o socialismo e os princípios

⁵¹ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora,2003 págs. 20 e ss.

democráticos. Contudo, esta apresentava um texto que não é rígido na sua totalidade, mas é fortemente programático.⁵²

Após 1976, verificámos uma série de nacionalizações, que viu a Constituição aproximar-se de uma linha marcadamente socialista. Estas nacionalizações causaram muitos prejuízos nos maiores grupos económicos nacionais.

A partir de 1982, começamos a observar um processo de abertura dos mercados. A revisão constitucional operada, vem permitir uma lei da concorrência (1983). No mesmo ano em que entra em vigor a lei da concorrência, assistimos a mais algumas mudanças fundamentais no processo de abertura dos mercados à concorrência, como as alterações à Lei de delimitação de sectores (Lei 46/77, de 5 de fevereiro ⁵³), que provocam uma série de iniciativas privadas em áreas que eram do domínio público.

Com a revisão constitucional de 1989, observamos uma mudança no paradigma económico, não obstante já terem existido algumas alterações,⁵⁴ que fizeram com que a trajectória marcadamente socialista se fosse alterando. Esta revisão acontece após a integração de Portugal na CE, e introduz uma série de alterações, criando uma nova constituição económica.

A alteração do texto constitucional leva a que deixemos de estar condicionados às nacionalizações antes feitas, permitindo a privatização da totalidade dos capitais das empresas⁵⁵. Com a nova redacção dos artigos 61.º e 89.º, verificamos igualmente o fim das expropriações sem lugar a indemnização aos proprietários. Havia agora uma maior liberdade na iniciativa privada e protecção.

Estávamos perante um avanço em termos de neutralidade programática da Constituição, que alteraria o paradigma da economia nacional, por via de um programa constitucional susceptível de privatizações. Assim, começa a abertura dos mercados.

⁵² Eduardo Paz Ferreira, *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001. pp. 110

⁵³ Lei 46/77, de 5 de fevereiro disponível em:

⁵⁴ PAZ FERREIRA, Eduardo; *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001. págs. 128 e 129

⁵⁵ Para muito contribuiu a alteração constitucional ao artigo 85.º da CRP, em que passa a ser permitida a reprivatização dos bens nacionalizados pós 25 de Abril. A redacção do artigo passou a ser a seguinte: “a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 só poderá efectuar-se nos termos da lei-quadro aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções”.

Com a revisão de 1997 é alterado o artigo 87 n.º3 da CRP, não existindo nesta nova redacção sectores proibidos à iniciativa privada, mas antes existindo só essa possibilidade, podendo o legislador conformar quais os sectores.

Em relação às entidades reguladoras independentes, esta revisão introduz igualmente o artigo 267.º n.º3 da CRP, que marca a possibilidade do legislador criar Autoridades Administrativas Independentes, desde que justifique a sua criação.

Esta revisão marca o finalizar de um processo de abertura dos mercados, diminuindo a rigidez constitucional anterior.

Quanto ao aparecimento de entidades independentes, temos a criação da comissão nacional de eleições, que tinha como competências verificar e assegurar a igualdade no processo eleitoral. Trata-se de um órgão pioneiro, pois cremos ser este o primeiro a dar sinais claros de independência, consagrando normas importantes para tal, como por exemplo a inamovibilidade dos cargos.

Como já referido, só com a revisão de 1997 se previu a criação de entidades reguladoras independentes a nível constitucional, nomeadamente através do artigo 267.º3, porém já existiam Autoridades Reguladoras Independentes desde 1991, com a CMVM (hoje Comissão do Mercado de Valores Mobiliários).

A série de privatizações e liberalizações de mercado, criaram uma necessidade de regulação para corrigir as suas falhas de mercado, e seja por necessidade ou por obrigação, tendo em conta as directivas Europeias, Portugal teve de criar Entidades Reguladoras para alguns mercados. Nem sempre os seus estatutos corresponderam aos de entidades reguladoras independentes, mas com o avançar do tempo estas foram ganhando a necessária autonomia, caminhando sempre no reforço da mesma.

3.2 *Delimitação das Autoridades Reguladoras Independentes*

Antes de mais, uma entidade Reguladora Independente é uma entidade reguladora que prefere prosseguir a sua forma de acção sob a forma de entidade administrativa independente, situando-se por isso na administração independente. Ao contrário, por exemplo, podíamos estar perante uma entidade reguladora, mas que assumia a forma de instituto público, e que por isso se situa na administração indirecta. Uma entidade administrativa independente, seguindo a caracterização efectuada pelo Professor Vital Moreira, faz parte da “*Administração infra estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na Administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual sem, todavia, corresponderem à autodeterminação de quaisquer interesses organizados*”⁵⁶.

Enquanto parte da administração independente, as entidades administrativas independentes encontram a previsão constitucional para a sua criação no artigo 267.º n.º 3 da CRP, não se encontrando submetidas a tutela administrativa e a superintendência do governo, não estando por isso sujeitas ao controlo e direcção, por parte do executivo.

A norma do 267.º n.º 3 da CRP, consagra um verdadeiro cheque em branco, dado que a norma, como referem Vital Moreira e Fernanda Maças “*nada adianta sobre os critérios que hão-de presidir à sua instituição funções que podem desempenhar, limitações e grau de independência.*”⁵⁷ Seguindo a mesma linha de orientação, aludem ainda Jorge Miranda e Rui Medeiros, para o facto de na designada norma não terem sido estabelecidos “*critérios ou limites à criação e à actuação de tais entes. Remeteu assim para o legislador ordinário a tarefa delicada, que parcialmente lhe competia, de definir a este propósito o ponto de equilíbrio entre o princípio da imparcialidade e o princípio democrático*”⁵⁸.

⁵⁶ MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Ed., Coimbra, 1997 pp. 127

⁵⁷ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Direito Público e Regulação*, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 pp. 249.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra ed., Coimbra, 2007 págs. 586-587

Seguindo a linha de pensamento anteriormente referida, as autoridades administrativas independentes também nem sempre assumem a forma de entidades reguladoras independentes, sendo esta uma das formas possíveis. Assim, uma entidade reguladora não será sempre uma entidade reguladora independente e uma entidade administrativa independente não será sempre uma entidade reguladora.⁵⁹

Existem dois tipos de entidades administrativas independentes, as que estão ligadas à protecção de direitos fundamentais (ex: Comissão Nacional de Protecção de Dados) e aquelas com funções de regulação económica do mercado. No estudo em questão, será nestas últimas que nos centraremos (ex: Autoridade de Supervisão de Seguros e fundos de Pensões). O primeiro tipo de entidades, centra a sua atividade na sua autonomia e imparcialidade em relação ao poder político, por forma a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. As entidades de regulação económica têm em vista a regulação de um determinado mercado, por forma a corrigir falhas de mercado ou garantir a criação de um mercado concorrencial, e que tal não seja obtido com um grau de eficiência elevado pela intervenção do Estado de forma directa.⁶⁰

A independência das entidades administrativas independentes perante o poder político leva a um maior distanciamento ou corte na relação democrático.

Dever-se-á proceder na delimitação deste estudo à divisão entre administração independente e administração autónoma, sendo que ambas são bastante distintas. Nas palavras de Vital Moreira⁶¹, uma entidade administrativa autónoma é *“uma categoria de entes colectivos públicos, que visão ser expressão directa de comunidades territoriais ou de outras comunidades ou formações sociais dotadas de interesses próprios e distintos dos interesses prosseguidos pelo Estado”*. Ora, este conceito é bastante distinto daquele associado a uma Entidade Administrativa Independente, que tem em conta sobretudo os interesses dos

⁵⁹ CALVETE, Vitor, *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in. Julgar, n^o 9, 2009, págs. 80 e 81

⁶⁰ CALVETE, Vitor, *Smoke & Mirrors*, in Revista de Concorrência e Regulação, ano 2, n^o 7/8 disponível em: https://works.bepress.com/victor_calvete/8/

⁶¹ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 pp. 31

cidadãos em geral e não daqueles sujeitos à sua jurisdição, seguindo a linha do mesmo autor.

Uma outra delimitação que se deverá impor é a relativa ao objecto sobre o qual se debruçam as entidades reguladoras independentes, sendo lhes são normalmente associadas duas áreas de intervenção: uma área de intervenção relativa aos Direitos Fundamentais e de protecção dos consumidores; outra área de defesa do mercado concorrencial. Normalmente, identifica-se a Regulação Social em relação à primeira área e a Regulação Económica em relação à segunda área, como já foi referido anteriormente.

A regulação poderá ser dividida em três níveis diferenciados de entidades públicas:⁶²:

- 1- A um nível governamental (administração directa);
- 2- Em organismos com alguma independência funcional e financeira, porém sob superintendência por parte do poder central ou até a formas de tutela mais intensa. Neste nível, enquadram-se os Institutos Públicos (administração indirecta);
- 3- E um terceiro nível, que compreende as chamadas entidades reguladoras independentes (administração independente), que são autonomizadas da estrutura administrativa estadual, que têm como pináculo o governo. Porém, prosseguem interesses públicos, não se auto-administrando e distinguindo-se por isso de auto-regulação.

Referência ainda, para o fenómeno da auto-regulação, que poderíamos aqui também. É exemplo deste tipo de auto-administração, aquele que podemos observar com as ordens profissionais, onde os próprios membros destas áreas a regulam e administram os interesses envolvidos, falando-se por isso em auto-regulação. Contudo, devido a natureza dos seus interesses pensamos que não se enquadram nesta divisão.⁶³

Nesta fase da exposição, focar-nos-emos no 3.º nível proposto. Importa primeiro, em termos simplistas e preliminares, que adiante terão um maior foco,

⁶² Seguimos aqui a divisão tripartida proposta por MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997 pp. 47

mencionar que estas pessoas colectivos de direito público não estão sob o poder de superintendência governamental, daí não existirem orientações sobre o seu modo de actuação específica. Esta exclusão está ligada ao facto de estas entidades serem “independentes” em relação ao poder governamental. Aludir, que estas também são independentes face às entidades reguladas.

Na doutrina nacional, tem vindo a ser proposto uma noção diferente em relação a este tipo de organismos, não os caracterizando como organismos reguladores independentes, mas sim como organismos reguladores autónomos ou entidades reguladoras autónomas ou com autonomia reforçada⁶⁴. Os autores em questão, preferem a terminologia supracitada, devido a considerarem ser preferível referir graus variáveis de autonomia, conforme exigido pela própria área de regulação económica em que essa entidade actua. Qualificam ainda os mesmos autores, o termo de independência como incorrecto, visto que se tem observado um aumento na criação de uma maior “*accountability*” das entidades reguladoras perante o governo, tendo estas seja por via orgânica ou por via funcional, alguma limitação e controlo, que é variável, podendo ser menor ou maior, pelos órgãos com legitimidade democrática direta.

No polo oposto à perspectiva anteriormente referida surge Vital Moreira⁶⁵, dado que o autor em questão refere que o conceito de administração autónoma abrangeria outro tipo de realidades, que envolveriam as Pessoas Colectivas Públicas que expressassem directamente a vontade de comunidades territoriais ou então, seriam formações sociais com interesses difusos do Estado e agenda própria. Esta noção seria incompatível com a de entidades reguladoras independentes, pois esta refere entidades que apontam à prossecução do interesse público (com relevância nível do próprio Estado).

Contudo, os Ilustres Professores Doutores Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva

⁶⁴ Esta terminologia foi avançada pela doutrina, por: PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009. págs. 29-31

⁶⁵ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 20 e ss.

Morais ⁶⁶ oferecem uma explicação para esta confusão terminológica, que permite a ultrapassagem da mesma. A explicação avançada seria, que a inserção do elemento reguladoras dentro da designação (autoridades reguladoras autónomas ou com autonomia reforçada), permitiria inserir a ideia que existe dentro desta expressão o objectivo de atingir prosseguir os interesses públicos que tenham importância estadual.

Como se pode perceber, a questão da independência/autonomia reforçada é uma das características principais de uma entidade reguladora independente, pelo que merece uma abordagem mais cuidada. As estruturas administrativas pesadas, morosas e lentas do Estado intervencionista não se compadeciam com as necessidades do novo modelo de regulação, pelo que se exigia um novo modelo de entidade administrativa. A característica distintiva das entidades reguladoras com autonomia reforçada é a sua independência/autonomia reforçada, distinguindo-as das restantes quer em termos orgânicos, como em termos funcionais.

⁶⁶ PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra, Almedina, 2009. pp. 31

3.3 Características de uma Entidade Reguladora Independente, em especial das autoridades reguladoras independentes

São variadas as características de uma autoridade administrativa independente. Nesta dissertação adoptaremos a divisão prosseguida por Vital Moreira e Fernanda Maças⁶⁷. Apontaremos como critérios para identificar as entidades os seguintes:

A) Objecto

O objecto destas entidades reporta-se a garantir a regulação de sectores estruturais e importantes na economia, para que se desenvolvam num mercado livre e concorrencial. Outro objetivo é a protecção dos direitos dos administrados.

B) Independência

A independência surge como a característica vital de uma entidade reguladora independente. A independência de uma entidade reguladora dever-se-á revelar sempre na sua independência *de iure* ou formal, mas igualmente na sua independência *de facto*. A independência em termos *de iure*, poderá ser identificada como a criação por uma via estatutária, que promova a impermeabilização da entidade reguladora a instruções ou pressões, e assim vise impedir a possibilidade de estas se virem a realizar ou concretizar provendo a sua independência. Por sua via, a independência *de facto*, centra-se no comportamento da entidade reguladora e se efectivamente existem pressões ou influências no comportamento da autoridade. Como tal, ressalta aqui a importância do modo de designação dos seus titulares em relação à independência *de facto*, pois é o poder político nomeia os titulares, e tem de se criar condições de independência *de iure*, para que estes efectivamente exerçam a sua independência *de facto*.

⁶⁷ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, págs. 22 a 30

Seguindo a linha de pensamento apresentada por Vital Moreira⁶⁸, podemos antes de mais distinguir dois tipos de independência: Independência num sentido (estrutural); Independência Funcional (quanto à prática da sua atividade).

Quanto à independência orgânica, esta é avaliada consoante o regime dos seus órgãos e agentes, nomeadamente a forma de eleição e destituição dos órgãos e titulares, bem como o regime de incompatibilidades. Quanto a este último, referir a sua extrema importância no que toca à garantia da independência por parte dos titulares dos órgãos de independência face aos regulados, garantido o não favorecimento, a transparência e obstando à captura do regulador⁶⁹. Por exemplo, por forma a garantir a independência dos seus órgãos, o mandato não deverá coincidir com eleições legislativas, devendo ser irrenovável (tendencialmente, pelo menos) e irrevogável, salvo nos casos previstos pela lei.

Relativamente à sua Independência funcional, esta surge desde logo pela não sujeição à superintendência ou tutela governamental. Assim, estas entidades não estão sujeitas ou vinculadas às direcções ou instruções governativas, nem respondem pelo mérito das suas decisões.⁷⁰ Ressalvamos porém, que estão obrigadas a cumprir as decisões judiciais.

Sobre a independência em relação aos regulados, referir que devem ser emitidas normas que impeçam a actuação por parte dos titulares dos órgãos em função ou favor de determinados agentes económicos. E aqui surge ainda a questão das revolving doors⁷¹, esta questão é importante nas Autoridades Reguladoras Independentes, porque os titulares dos órgãos detêm uma alta aptidão técnica e formação especializada no sector e conhecimento de mercado, o que faz com que ao terminarem o seu mandato estes se tornem alvo de cobiça por parte das entidades reguladas. Esta situação deve ser impedida, devido ao conflito de

⁶⁸ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 27 e ss.

⁶⁹ Quanto a este último ponto ver. DAL BÓ, Ernesto *Regulatory Capture: A review*, in Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, NO.2

⁷⁰ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 25 e ss.

⁷¹ DAL BÓ, Ernesto *Regulatory Capture: A review*, in Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, NO.2 pag. 214

interesses que pode estar subjacente a este exercício de funções, consubstanciado na transferência da posição de regulador para regulado

C) Neutralidade

Outra característica ou critério de identificação das Entidades Reguladoras Independentes apontado pela doutrina, será a Neutralidade. A tomada de decisão dos seus órgãos deverá ser apoiada em elementos técnicos, vazios de conteúdo ideológico e político. Por estes motivos, a escolha dos quadros destas entidades deverá ser sempre pautado pela capacidade técnica e científica dos seus elementos e não por outros valores. Esta neutralidade na sua actuação, é uma manifestação da sua independência

D) Imparcialidade

Esta é normalmente definida como uma actuação por um terceiro, que seja estranho às partes e ao litígio em causa e que actue sem interesses em relação ao sucesso de qualquer parte no litígio. Quanto às entidades em questão, estas de forma neutra e garantindo a imparcialidade, através de uma ponderação dos interesses públicos e privados, de forma objectiva, avaliando cada situação de forma própria e concreta, imparcialmente e com isenção e de forma não discriminatória sobre os interesses em jogo.⁷² Diferenciando-se da imparcialidade do juiz, que actua como parte estranha no litígio, conforme referido anteriormente, aqui Administração é parte da relação jurídica em causa. Contudo, este princípio mantém-se com um alcance diferente, conforme já foi referido.⁷³

E) Natureza da Entidade

Em relação a este ponto, referir que existe uma vasta divergência doutrinária. Vários são os autores que defendem uma natureza quase-jurisdicional destas entidades, enquanto outros colocam a possibilidade de estarmos perante

⁷² MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 27 e ss.

⁷³ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 pp. 30

um quarto poder público⁷⁴. Porém, a posição mais consensual é atribuir a estes uma natureza administrativa, mas mencionado as características distintivas em relação à administração clássica: Independência e Imparcialidade.⁷⁵

Referir, que quanto a nós, não é por uma entidade ser classificada como entidade reguladora independente, que esta realmente o seja. Esta terá sempre de corresponder aos requisitos que têm até aqui sido mencionados, não ficando o intérprete vinculado à designação dada pelo legislador. Assim, por exemplo, se a uma entidade forem entregues poderes de regulação, mas de forma não independente, não poderemos considerar a mesma uma autoridade reguladora independente.

⁷⁴ PASSARO, Michelle, *Le Amministrazione Indipendenti*, Giappichelle Editores, Torino, 1996, págs. 63 e ss.

⁷⁵ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 30

3.4 - Os poderes de uma entidade reguladora

Neste capítulo, tentaremos elencar os poderes normalmente associados à atuação de uma entidade reguladora no mercado. Poderes estes, que poderão variar consoante a entidade e, por exemplo, a sua natureza. No caso, tentaremos focar-nos nos poderes que competem a uma entidade reguladora independente.

Desde logo, são associados à regulação pública três tipos de poderes públicos⁷⁶, sendo estes os poderes executivos, normativo e para-judiciais ou sancionatórios. Estes poderes, caracterizam-se da seguinte forma:

1) *Poder Normativo* – Como por exemplo a emissão de regulamentos, quer internos, quer dirigidos às entidades reguladas. Funcionam estas entidades como uma espécie de um segundo poder legislativo (quase) dentro de cada sector económico. Este poder deve estar expressamente definido pelo quadro legal da própria entidade, por forma à que este poder regulamentar não ultrapasse as suas competências e se assista à emissão de normas sobre áreas sobre as quais a entidade reguladora não possui autoridade. Os poderes normativos das entidades administrativas independentes são poderes normativos secundários e nunca primários, caso contrário estaríamos perante um género de cheque em branco. Assim, acompanhamos o Professor Doutor Paulo Otero⁷⁷, quando afirma a impossibilidade de as entidades reguladoras independentes exercerem “*uma competência regulamentar de execução directa da lei que se traduza numa intervenção substitutiva da competência constitucional do Governo ou das assembleias legislativas regionais*”.

2) *Poder Executivo* - Não no sentido normalmente atribuído, ou pelo menos aqui afigura-se limitado ao domínio da chamada Supervisão. É conferido à Entidade Reguladora, poderes de investigação, inspecção, emissão de injunções por forma à obrigar os regulados a certas actuações e condutas, ou em último caso a abertura de processos judiciais.

⁷⁶ Poderes que estão associados à Regulação económica – Ver MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 14

⁷⁷ OTERO, Paulo *Legalidade e Administração pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 454

3) *Poder Para-judicial ou Sancionatório* - Pode aqui a entidade reguladora criar normas de contra-ordenações, que serão apropriadas para sectores económicos regulados, bem como pode a própria autoridade reguladora exercer a competência sobre a verificação das próprias contra-ordenações e sancionamento. As sanções podem passar por coimas ou em último caso na apreensão da autorização para a prática de atividade pela entidade regulada alvo de sanção. Porém, este poder também passa pela via da resolução de conflitos, para os quais estas entidades têm poder, não querendo isto dizer que as entidades não possam recorrer a tribunal.

Atendendo à manifestação dos poderes anteriormente referidos, há quem não hesite em referir aqui, a presença de um quarto poder público.⁷⁸

De um modo geral e sem qualquer tipo de ordenação, somente em termos introdutórios, propomo-nos a expor algumas técnicas ou modos de actuação utilizados pelas Entidades Reguladoras, que consideramos fundamentais:

- Fixação de tarifas de forma a aceder a determinados serviços. O objectivo desta técnica é normalmente associado a evitar a formação de preços de monopólio ou de limitações pela oferta existente em monopólios naturais ou sectores que funcionem de um modo próximo ao de um monopólio natural.

-Imposição de obrigações de informação e transparência.

-Obrigações relativas à estruturação de activos e da estrutura das empresas.

-Emissão de orientações ou recomendações pela entidade reguladora –

Estas técnicas na doutrina anglo-saxónica são vulgarmente apelidadas de soft-regulation.

-Parcerias com entidades privadas, que colaborem na actividade da função reguladora. Parcerias que são denominadas por alguns autores como constelações complexas de regulação.⁷⁹ Contudo, é da nossa opinião, que os parâmetros em que se envolvam entidades privadas na atividade reguladora, devem estar bastante

⁷⁸ PASSARO, Michelle *Le Amministrazione Indipendenti*, Giappichelle Editores, Torino, 1996, págs. 63 e ss.

⁷⁹ Entre outros, ver. GRABOSKY, Peter *Using Non-Governmental Resources to Foster Regulation Compliance*, in *Governance*, 1995, págs. 527 e ss.

claros e bem definidos, tal como uma deve existir uma sujeição por parte das entidades públicas a poderes de cooperação.⁸⁰

Além destes poderes, no caso de entidades reguladoras independentes, estas têm normalmente poderes consultivos, que se consubstanciam na emissão de pareceres facultativos ou obrigatórios, bem como na possibilidade de emitir recomendações.⁸¹

⁸⁰ Semelhante opinião pode ser encontrada em, PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís, *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra, Almedina, 2009. pp. 31

⁸¹ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 pp. 33

3.5 Accountability das Entidades Reguladoras Independentes

A *accountability* ou *answerability*, é um termo que traduzido e explicado, poderá tratar-se do dever de prestar informações, no esclarecimento questões regulamentares, tal como na publicação de informações acerca da atividade da entidade e de relatórios anuais. Devido a não estarem sujeitas aos poderes de tutela e superintendência, e serem autoridades independentes, as autoridades em questão deverão ter algumas limitações.

Depois de verificadas as características e poderes destas entidades, colocam-se as questões sobre o controlo destas entidades, e como o fazer sem prejudicar as suas características e poderes.

Podemos ter duas posições relativas a este tema, a doutrina francesa defende que o controlo por parte dos tribunais seria suficiente para impedir que as Entidade Reguladoras Independentes atuassem fora das suas atribuições. Por sua vez, a doutrina de origem britânica, prefere o controlo das entidades administrativas independentes pelo Parlamento.

Na ordem jurídica portuguesa assistimos um pouco a uma mistura dos dois modelos referidos. A actuação das Entidades Reguladoras Independentes está sujeita ao poder judicial, por sua vez a tutela do mérito da sua actuação é efectuado, salvo alguns casos, pela prestação de informações obrigatórias e pela sua audição em comissões parlamentares ao e o controlo de mérito é exercido, sem prejuízo do que se dirá nos casos que identificamos como problemáticos (que designamos por "*cavalos de Tróia governamentais*"), pela prestação de informações obrigatórias e pelo escrutínio exercido na Comissão Parlamentar competente da AR.

Em primeiro lugar, a sua actuação está antes de mais sujeita a controlo judicial, na medida que as suas actuações e decisões podem ser alvo de recurso para os Tribunais, analisando este, o cumprimento da lei, na actuação e decisão, por parte das autoridades reguladores, mas não o mérito das decisões das mesmas.

Estão assim estas entidades limitadas ao nível de controlo jurisdicional das suas decisões.⁸²

A sua independência está também limitada em termos de gestão, porque ao fazerem uso de verbas provenientes do Estado, estas Entidades estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas. Na existência de entidades que detenham uma menor autonomia financeira e patrimonial, e sejam alvo de subsidiação pelo orçamento de Estado, vêm-se obrigadas a seguir as normas relativas à contabilidade pública.

Referimos ainda, que apesar de não ser alvo de orientações por parte do poder executivo, os órgãos administrativos das Entidades Reguladoras Independentes, prestam contas da sua actuação ao Executivo.

Uma forma de responsabilização das suas decisões, deve-se à publicidade dos seus relatórios de atividades e resoluções.⁸³

Antes de mais, é claro que estas Entidades procuram uma isenção ao nível política e partidário, consubstanciando-se a sua política em decisões técnicas pelos seus quadros, que procuram ser altamente especializados e com elevada autonomia.

Tendo em conta a falta de uma desejável representatividade política e democrática, as Entidades Administrativas Independentes tentam compensar esta falta de legitimidade democrática, por critérios de racionalidade e correcção nas suas decisões, seja na nomeação dos seus representantes ou durante a sua própria atividade, pela adopção de processos transparentes e controlo e abertura à sociedade, dando azo a um género algo modificado de democracia participativa.⁸⁴ Assim, a legitimidade destas entidades assente em critérios técnicos e procedimentais.

⁸² MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, págs. 36 e ss.

⁸³ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, págs. 39 e ss.

⁸⁴ Calvão Da Silva, João Nuno, *Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo*, in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015, pp. 407

IV- A lei-quadro das entidades reguladoras independentes

4.1 - Antecedentes históricos e legislativos-

A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes, com funções de regulação da atividade económica, que entrou em vigor no dia 2 de Setembro de 2013, vem no seguimento de uma larga trajectória que até aqui vem sendo descrita.

Em termos de regulação independente, esta surge nas comissões reguladoras independentes, que desponta no séc. XIX, nos Estados Unidos da América.

O modelo Norte-Americano somente é transposto para o continente europeu na década de 70 do século passado, no Reino Unido, com o surgimento de comissões reguladoras e agências. Todavia, esta chegada ao Reino Unido não se revelou numa rápida transição para o resto da Europa, dado que tal transição só ocorreu, de uma forma mais intensa, a partir dos anos 90 do século transacto.

Em Portugal, durante o período suprarreferido, podemos observar, uma perda gradual da forte intervenção directa do Estado na economia, surgindo, quer uma desregulação, mas sobretudo uma reregulação, que surge associada e necessária em vários mercados liberalizados nesta altura. Este novo modo regulatório é uma forma de separação entre o Estado prestador e o Estado regulador, mas garantindo a imparcialidade por parte do regulador.⁸⁵

Este modelo surge em Portugal, com a influência europeia e a adesão à CEE. Aqui, podemos observar o Estado a adoptar um modelo de regulação económica indirecto, contrapondo-se à “mão interventora”, que antes se fazia sentir sobre os mercados. Tal surge de forma gradual, primeiro, com a transferência de competências de regulação para a administração indirecta, reforçando contudo a independência funcional e orgânica destas entidades. Porém, só posteriormente surgem as primeiras entidades reguladoras independentes.

Contudo, a necessidade de criação de uma lei transversal, que regulamentasse as várias autoridades reguladoras e reforça-se a sua

⁸⁵ CARDOSO SIMÕES, Tânia- *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina págs. 241 a 252

independência, tinha já sido apontada há cerca de 14 anos atrás, embora só tenha sido finalmente suprida no Memorando de entendimento, em maio de 2011. A necessidade em causa, foi apontada devido a multiplicação de criação de entidades reguladoras, que exigiriam uma harmonização na legislação dos estatutos destas “novas” Autoridades.

No ano de 2002, foi efectuado um estudo e projecto de Lei-Quadro das autoridades reguladoras independentes, por Vital Moreira e Fernanda Maças. Contudo, tal projeto não viria a ser materializado em termos de Lei, por motivos políticos⁸⁶.

Os referidos autores apresentavam, àquela data, como motivos de criação da lei, os seguintes: falta de homogeneidade nas estruturas reguladoras; a tendência de substituição de institutos por Entidades Reguladoras Independentes; a heterogeneidade de soluções entre as autoridades reguladoras independentes.⁸⁷ Em termos de objetivos a prosseguir por este projeto de lei, destacamos à maior exigência na criação de Entidades Reguladoras Independentes, tentar criar um regime padrão que fomentasse a independência e transparência das Entidades Reguladoras.

Os autores referem, que uma das preocupações a ter seria com a accountability das autoridades reguladoras independentes, por forma a não ser colocado em causa certos valores da administração pública um Estado de direito democrático. Por forma a garantir estes valores, os autores referem algumas limitações, que deveriam ser levadas a cabo: Interdição perante situações que a Constituição incumba de forma exclusiva ao governo; garantias quanto ao princípio da exclusividade funcional; a criação deste tipo de entidades dever respeitar o interesse público e que se revele necessidade à sua criação.

Ainda foi adiantado neste projeto um importante ponto, referente à forma de designação dos membros, como garantia de independência. Os seus mandatos deveriam ser irrenováveis e terem a duração de 6 anos, e os prazos de nomeação serem distintos dos períodos de eleições legislativas. Nestes aspectos notamos

⁸⁶ Os motivos políticos, que não permitem a aprovação da Lei-Quadro das Autoridades Administrativas Independentes são devidos à demissão do Primeiro-Ministro António Guterres.

⁸⁷ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 25 e ss.

uma clara influência na Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes. Contudo, os autores do projeto de lei de 2003 deram um passo mais longe, numa tentativa de reforço da independência, entendiam que o governo não poderiam destituir nenhum dos titulares dos órgãos das Entidades Reguladoras Independentes.

Uma última referência à autonomia financeira preconizada neste projeto de lei, em que as entidades deveriam ter autonomia suficiente para regerem as suas verbas sem necessidade de autorização de despesas por parte ministerial.⁸⁸ Muitas das soluções já referidas, acabaram por se transpor na Lei-Quadro que entraria em vigor em 2013.

No ano 2004, seria aprovado a Lei-quadro dos institutos públicos (Lei nº3/2004, de 15 de janeiro de 2004)⁸⁹, que seria aplicável a todas as autoridades reguladoras que assumissem tal forma, e também pretendia lograr uma harmonização dos estatutos das entidades reguladoras que tivessem a natureza de instituto público. Todavia, só ao final de uma década seria colmatado o vazio relativo à assunção de um diploma análogo, referentes as entidades que assumissem a forma de Entidade Reguladora Independente.

Merece todavia ser referido, que com a criação da Autoridade da Concorrência, e para obter o respeito pelas regras da concorrência, os estatutos de várias entidades administrativas independentes foram revistos. Por esta altura, com uma maior ou menor amplitude, sendo esta bastante variável, consoante o seu regime, todas estas autoridades assumia uma independência em relação ao poder executivo, não deixando de ser entidades públicas, com uma natureza administrativa e tendo como objetivo a regulação económica de determinada área/mercado.^{90 91}

⁸⁸ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 págs. 25 e ss.pp. 265

⁸⁹ Lei nº3/2004, de 15 de janeiro de 2004 disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1472&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=&ultima_consulta_em: 07-01-2017

⁹⁰ CARDOSO SIMÕES, Tânia, *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina paginas 241 a 248

⁹¹ SILVA MORAÍS, Luís - *Lei-Quadro das autoridades reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Almedina

Concretamente, a LQERI encontra a sua origem, em termos de projecto legislativo, no Memorando de entendimento de 2011, que foi celebrado entre a apelidada de TROIKA⁹² (constituída pelo Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional). No referido memorando, previa-se a criação de um estudo realizado de forma independente, por forma a melhorar alguns aspectos relativos as entidades em causa, nomeadamente a sua independência e a garantia dos recursos necessários à manutenção das actividades das entidades, devendo ter-se em conta as melhores práticas internacionais como ponto de referência.

É estabelecido o objetivo de garantir a independência das Entidades Reguladoras Nacionais, e garantir os recursos necessários à prossecução dos seus fins⁹³.

O relatório sobre as Entidades Reguladoras Nacionais foi apresentado em Junho de 2012, pelo Consultor AT Kearney⁹⁴, e teve como motivos subjacentes o reforço das estruturas de regulação independente. Por isso, este relatório visa o reforço da independência dos órgãos e estruturas regulatórias. Conforme refere o Professor Doutor Luís Silva Morais, em questão está a assunção de um modelo de regulação económica autónoma, que se contraponha aos níveis de regulação criados pelos institutos públicos, bem como os criados a nível governamental.⁹⁵ O modelo em causa surge sob influência latente do sistema norte-americano, que havia sido implementado e adaptado em grande parte dos Estados-Membros da União Europeia, Estados como a Espanha, Holanda ou Suécia. Salvaguarda-se aqui o sector financeiro, que na verdade mereceu sempre um tratamento especial, que não seguiu os casos das entidades reguladoras de outros sectores.

A independência que se propõe reforçar é a relativa ao poder executivo, no caso concreto, ao poder governamental. Para tal, as entidades teriam de ter uma reforçada autonomia aos níveis, financeiros, patrimoniais e de gestão, tal como

⁹² Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

⁹³ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Direito Público e Regulação*, n^o4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

⁹⁴ Relatório previsto na medida 7.21 do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, de 17 de maio de 2011 – Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

⁹⁵ SILVA MORAIS, Luís - *Lei-Quadro das autoridades reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Almedina

possuírem órgãos próprios, que possam prosseguir as atribuições, segundo as suas competências, de forma clara e respeitando os poderes discricionários que a entidade administrativa independente possui.⁹⁶ Uma forma de permitir a exigência da autonomia de decisão é a inamovibilidade pelos cargos dirigentes.⁹⁷ Contudo, tal deverá ser paralelo a algumas garantias relativas aos titulares dos órgãos, como por exemplo a existência de um regime de incompatibilidade, por forma a permitir garantir a independência do regulador perante os regulados, isto é evitar a captura do regulador, especialmente evitar os conhecidos fenómenos de revolving door⁹⁸.

Até à entrada em vigor da Lei-Quadro, verifica-se uma aproximação entre as entidades reguladoras independentes e a das entidades sujeitas aos poderes de tutela pelo Estado. Verificamos igualmente, um sistema de nomeação dos titulares dos órgãos de administração das entidades reguladoras independentes que se revelava insuficiente, em termos de permitir o estabelecimento de uma fronteira clara entre estas entidades e as pertencentes à administração indirecta do Estado.

Um objectivo claro desta lei-quadro seria uma harmonização dos estatutos das várias autoridades, visto que na falta de uma previsão pela Constituição⁹⁹ do modo de criação ou graus de amplitude de poderes definidos a estas entidades, e perante a desmultiplicação e diferenciação nos estatutos das entidades reguladoras, vê-se necessário, a criação e aprovação de uma lei-quadro que harmonize os estatutos das entidades reguladoras independentes.¹⁰⁰

Referir, que existem autores que colocam dúvidas acerca da utilidade acerca da Lei-Quadro 67/2013, dado que na óptica dos mesmos o método mais adequado de regulamentação, passaria por permitir a flexibilidade e heterogeneidade estatutária, pois permitira lidar de uma melhor forma com a realidade concreta de

⁹⁶ CARDOSO SIMÕES, Tânia- *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina paginas 241 a 248

⁹⁷ CONFRARIA, João- *Uma Análise da Económica da Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina

⁹⁸ DAL BÓ, Ernest *Regulatory capture: A Review*. In Oxford Review of Economic Policy, Volume 22, Number 2, pag. 214 e ss.

⁹⁹ Sobre a Constituição e as entidades reguladoras independentes, ver. CATARINO, Luís Guilherme- *O novo regime da administração independente*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina, págs. 177 a 179

¹⁰⁰ CARDOSO SIMÕES, Tânia - *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina paginas 241 a 248

cada sector, traçando somente linhas gerais e comuns a todas as entidades. Com efeito, seria inútil e ineficaz uma maior harmonização como aquela que foi traçada pela Lei-Quadro, pois a própria razão de ser destas autoridades seria responder de forma própria e especializada a um determinado problema.¹⁰¹ Nesta linha de pensamento, dever-se-ia privilegiar as necessidades sectoriais em relação à adopção de um quadro comum às entidades reguladoras independentes.

Da elaboração do memorando, como já referido, constava o objectivo de uniformização dos estatutos, que é comprometida, ou pelo menos não plenamente realizada na sua potencialidade. É exemplo desta não concretização de objectivos relativos à sua uniformização, a possibilidade de criação de regimes remuneratórios diferentes ou “ad hoc”, pelos reguladores, de acordo com o artigo 25.º e 26 do diploma em anexo à Lei-Quadro. Para seguir os objetivos primeiramente preconizados o ideal seria um regime uniformizado entre as entidades.¹⁰²

A presente lei vem estabelecer um quadro idêntico entre as autoridades reguladoras. Este quadro idêntico vai reportar-se ao modo de funcionamento e criação das entidades em questão.

Antecedeu à publicação da presente lei uma consulta pública, a que responderam as várias entidades reguladoras independentes, que apresentaram, na sua generalidade, uma nota negativa à Proposta de Lei 132/XII¹⁰³. Entre os vários pontos negativos compreendiam-se os seguintes: Já não cabia aos conselhos de administração das entidades reguladoras independentes os poderes de definir a sua organização e funcionamento internos, cabendo agora ao Governo por Decreto de Lei na aprovação dos Estatutos das Entidades; a sistematização e disposição do Anexo e do diploma preambular; alguma imprecisão em relação a termos como

¹⁰¹ Calvão Da Silva, João Nuno, *Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo*, in Estudos de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015, pp. 387

¹⁰² CATARINO, Luís Guilherme - *O novo regime da administração independente*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Janeiro/Março de 2014, Almedina, págs. 172 e 173

¹⁰³ Disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d544d794c56684a5353356b62324d3d&fich=pp132-XII.doc&Inline=true>última consulta em 07/01/2017

“poderes” ou “atribuições”, que eram utilizados de forma indistinta ao longo do diploma; maior número de causas para cessar os mandatos; à cativação dos saldos de gerência Entidades Reguladoras por parte do Executivo; mais constrangimento ou menor capacidade de atrair melhores quadros para as autoridades, são algumas das notas referidas.

Podemos verificar na Exposição de Motivos, várias opções relativas a tentar criar um regime que também fosse mais favorável à independência ou reforço da autonomia das entidades reguladoras. Nestas opções destacamos: Não submissão a tutela ou superintendência do Estado (o que significa que aquelas que estivessem na administração indirecta, sob a forma de institutos públicos, deixariam de o estar); Um financiamento através de taxas e contribuições, por oposição ao antigo sistema de transferências de recursos pelo Orçamento de Estado; alterações ao modelo de funcionamento internam; alterações relativas aos mandatos; uniformidade do regime de impedimentos e incompatibilidades.

4.2 Uma verdadeira Lei-quadro?

Com a elaboração desta nova lei surge uma questão: se estamos ou não perante uma lei-quadro. Em termos de análise jurídica, cremos que a resposta a essa questão deverá ser não. Assim, o título dado à lei não corresponderia ao seu valor formal.

Segundo o texto constitucional, uma lei-quadro corresponde a uma lei de valor reforçado, como referido no artigo 112.º n.º 3 da CRP.¹⁰⁴ A criação de uma lei de valor reforçado tem um modo de criação distinto. A aprovação deste tipo de leis pela Assembleia da República exige uma maioria reforçada, nomeadamente, dois terços dos votos. Neste quadro de leis reforçadas, para além das leis-quadro, integram-se as leis orgânicas, leis de bases ou leis de autorização legislativa. Tal como a própria Constituição indica, as leis que têm de ser aprovadas por maioria de dois terços são as que, para além das leis orgânicas, “sejam pressupostos normativos necessários de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas”¹⁰⁵. Tal processo legislativo não foi observado na criação da Lei-Quadro 67/2013.¹⁰⁶

O facto de não estarmos perante uma lei-quadro poderá ter consequências a nível material, pois devido à igualdade em termos de hierarquia de leis, entre Decreto-Lei e Lei, o Governo poderá, por exemplo, num Decreto-Lei que aprove os estatutos de uma entidade reguladora independente, ir em sentido contrário das soluções consagradas na Lei 67/2003. Uma vez, e recorrendo a um princípio básico de Direito, se duas leis apresentarem o mesmo valor hierárquico, então a lei especial revogará lei geral.

Contudo, apesar do ponto de vista jurídico ser viável tal situação, e do ponto de vista político ser de difícil concepção, que esta referida situação aconteça, devido ao respeito institucional existente, neste caso à Assembleia da República, que é a autora formal da Lei. A verdade é que situação semelhante já ocorreu com a Lei-Quadro dos Institutos públicos¹⁰⁷, que também fora apelidada de Lei-Quadro, somente tendo o nome jurídico e não lhe sendo associado o valor correspondente a

¹⁰⁴ Versão atualizada disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>

¹⁰⁵ Artigo 112.º, nº3 da Constituição da República Portuguesa

¹⁰⁶ SILVA MORAÍIS, Luís, *Lei-Quadro das autoridades reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Almedina, pp. 100

¹⁰⁷ Decreto-Lei 3/2004 de 15 de janeiro disponível em:

uma tal lei. O governo através de Decreto-Lei já provocou alterações na referida lei. Nomeadamente, 8 das suas 14 alterações, sem existir por isso necessidade de ser a Assembleia da República a promover as suas alterações. Daqui podemos retirar, que por forma a efectivamente funcionar como Lei-Quadro, a LQERI teria de ter o valor reforçado associado a este tipo de leis, não se bastando o respeito institucional, pois pode ser assim colocado em causa os objetivos que esta pretendeu prosseguir aquando da sua elaboração.

Assim, o facto de estarmos perante uma Lei apelidada de Lei-Quadro, não lhe confere um valor reforçado. cremos contudo, que lhe poderá conferir um valor político superior. Sendo que, em termos jurídicos, esta Lei-Quadro não possui qualquer valor reforçado e pode por isso ser afastada pelos estatutos de uma Entidade Reguladora Independente, que venham a ser aprovados pelo Governo.

A vinculação das várias entidades e dos seus estatutos a esta LQERI, será sempre uma (auto) vinculação, por parte do legislador e nunca pela imposição da LQERI, em termos de hierarquia de leis.¹⁰⁸

O desafio nos próximos anos, será observar se com sucessivos governos distintos daquele em funções ao tempo da criação da Lei-quadro, e com diferentes projetos políticos, estes não colocam em causa a harmonização posta em acção pela Lei-Quadro, e se esta não poderá sofrer um revés, visto que, como já referido, a Lei 67/2013 não detém valor reforçado e poderá ser contrariada pelos estatutos das Autoridades Reguladoras Independentes que forem aprovados por um novo governo, através de Decreto-Lei. Dizer contudo, que até à data a LQERI não teve quaisquer alterações.¹⁰⁹

¹⁰⁸ GONÇALVES, Pedro Costa e LOPES MARTINS, Licínio *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, maio 2015, págs. 335 a 350

¹⁰⁹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1983&tabela=leis última consulta no dia 12-01-2017

4.3 Âmbito subjectivo de aplicação da lei-quadro das entidades reguladoras independentes

Em termos formais, a lei-quadro refere *que “são entidades reguladoras as definidas como tal por lei.”*, tal definição vem expressa no artigo 2.º n.º1 do anexo da Lei Quadro. Encarregando-se a própria lei de reconhecer, através do n.º 3 do seu artigo 3.º, como entidades reguladoras para efeitos de aplicação da própria lei, as seguintes autoridades: Instituto de Seguros de Portugal (ISP); Comissão de Valores dos Mercados Mobiliários (CMVM); Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM); Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC); Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres (IMTT); Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR); Entidade Reguladora da Saúde (ERS); Autoridade da Concorrência (AdC)

Referência, para o facto de esta última entidade, não se tratar de uma autoridade reguladora em sentido estrito, tendo uma actuação de supervisão e controlo da actuação dos agentes no mercado de forma *ex post*, e atuando no pressuposto de defesa da concorrência, conforme foi explicado em capítulo anterior. Referência igualmente para o artigo 4.º do diploma preambular, que alude à reestruturação do IMT e à red denominação da ANACOM e do INAC.

Tal como referido, o artigo 3.º n.º2 LQERI, esta vem estabelecer um prazo, que impõe a transição dos estatutos das entidades reguladoras sujeitas a esta LQERI. Contudo, este prazo não tem aplicação imediata nem transversal, na medida em que cada entidade terá, de acordo com este artigo, a possibilidade de alterar os estatutos de acordo com as suas especificidades. O ISP agora denominado Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões é sujeito a alterações nos seus estatutos¹¹⁰. Não foi o único submetido a alterações, também as outras entidades como a CMVM,¹¹¹ AdC¹¹², ERSE¹¹³ (agora denominada Entidade

¹¹⁰ Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2256&tabela=leis&nversao=

¹¹¹ Decreto-Lei n.º5/2015, de 8 de janeiro, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2260&tabela=leis&so_miolo=

¹¹² Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2206&tabela=leis&nversao=

Reguladora dos Serviços Energéticos), o antigo IMTT e agora denominado AMT (Autoridade da Mobilidade e dos Transportes)¹¹⁴, a ERSAR¹¹⁵, a ERS¹¹⁶, a ANACOM¹¹⁷ e o agora denominado ANAC (Autoridade Nacional da Aviação Civil e antigo INAC)¹¹⁸ viram de igual modo os seus estatutos alterados (pelos diplomas referidos em nota de rodapé), por forma a fazerem face ao regime da LQERI.¹¹⁹

Quanto aos novos estatutos das entidades reguladoras independentes face à LQERI. No artigo 3.º, n.º 2 impõe-se que *“No prazo máximo de 30 dias a contar do 1.º dia útil seguinte ao da publicação da presente lei, cada entidade reguladora deve apresentar ao Governo um projeto de alteração dos respectivos estatutos que os adeque ao regime previsto na lei-quadro, em anexo à presente lei.”* É dado a possibilidade aos estatutos de cada entidade a possibilidade e conformar e desenhar os mesmos de acordo as necessidades e características de cada entidade reguladora.

Observar de igual modo, que no âmbito das entidades abrangidas pela LQERI, procede-se à exclusão do Banco de Portugal (BP) e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), de acordo com o disposto no artigo 3.º n.º 4 da LQERI. No caso do Banco de Portugal, a sua exclusão da LQERI deve-se a disposição constitucional do artigo 102.º, conjugada com disposições do Tratado Funcionamento da União Europeia (TFUE), nomeadamente nos seus artigos 130.º e 131.º, que consignam a independência dos Bancos Centrais, o que poderia de algum modo ser posto em causa pela LQERI, mas que quanto a nós, não deveria ter

¹¹³ Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho, disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1939&tabela=leis

¹¹⁴ Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de Maio, disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2102&tabela=leis

¹¹⁵ Lei n.º 10/2014, de 6 de Março, disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2188&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

¹¹⁶ Decreto-Lei 126/2016, de 22 de Agosto, disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2194&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

¹¹⁷ Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2301A0047&nid=2301&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=

¹¹⁸ Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de Março disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2303&pagina=1&ficha=1

¹¹⁹ Joana Neto Anjos, *Os Novos Estatutos das Entidades Reguladoras: Concretização da Adaptação à Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto*, In Estudos de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015, págs. 443 a 533

justificado o afastamento do total do Banco de Portugal da LQERI. Quanto à exclusão da ERC, esta poderá eventualmente ser justificada pelo facto de, discutivelmente, esta não ser uma Entidade Reguladora com cariz de regulação económica, tendo por base o disposto no artigo 39.º da CRP.

Pode-se igualmente observar, mas desta vez nas entidades abrangidas pela LQERI, a uma cisão entre entidades reguladoras financeiras (ISP e CMVS) e as restantes, que se incluem no grupo das apelidadas de utilites.¹²⁰ Refira-se porém, que este catálogo não se encontra fechado, tendo um carácter somente enumerativo. Não é fechado, porque apesar de da LQERI referir no seu artigo 3.º de forma taxativa quais as entidades reguladoras independentes sujeitas à LQERI, a verdade é que podem ser criadas novas entidades que estejam sujeitas a LQERI, sendo que até o próprio governo pode afastar à aplicação do regime da LQERI a alguma das entidades agora abrangidas, desde que o faça por Decreto-Lei, uma vez que a LQERI não tem valor reforçado. Assim, estamos perante uma LQERI somente para as entidades enumeradas no artigo 3.º n.º 3 da LQERI e para aquelas que venham a ser criadas respeitando os requisitos estabelecidos na própria LQERI, bem como no seu anexo.¹²¹

Referir, que a Lei 67/2013 somente abrange as entidades aí enumeradas ou que venham a ser criadas, que respeitem os requisitos da lei em LQERI. Nem tão pouco visa a LQERI estabelecer o regime de todas as entidades com funções de regulação. Pois, poderá sempre existir Entidades Reguladoras que adoptem outras formas diferentes que aquelas exigidas pela LQERI.

São esses pressupostos relativos à sua natureza e atribuições, que merecem ser alvo de análise, por forma a perceber os requisitos necessários a serem preenchidos para estarmos perante uma entidade reguladora independente à luz da LQERI. Ora, de acordo com o explicitado no artigo 3.º n.º 1 do diploma em anexo à LQERI, que define o que são entidades reguladoras no seu âmbito, estas teriam de respeitar uma série de requisitos quanto à sua natureza e atribuições:

¹²⁰ CARDOSO SIMÕES, Tânia, *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Janeiro/Março de 2014, Almedina paginas 248 a 252

¹²¹ PEDRO COSTA GONÇALVES e LÍCINO LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, Maio 2015, págs. 335 a 350

- Quanto à sua natureza, esta teria de ser uma pessoa colectiva pública, com a natureza de entidade administrativa independente.

- Relativamente aos requisitos sobre as suas atribuições, esta teria que prosseguir atribuições de “regulação económica, de defesa dos serviços de interesse geral, protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social”¹²².

Podemos encontrar, no diploma em anexo à LQERI, três tipos de requisitos que delimitam o perímetro das Entidades Reguladoras Independentes: ¹²³

1)- Requisitos relativos à garantia da autonomia reforçada/independência, que são referidos no artigo 3.º n.º 2 da LQERI alíneas a) a e): autonomia administrativa e financeira; autonomia de gestão; independência orgânica, funcional e técnica; órgãos, serviços, pessoal e património próprio; Regulamentação; Supervisão/Fiscalização e sancionamento de infracções; garantia a protecção dos direitos e interesses dos consumidores. Os predicados agora referidos também estão realizados no n.º1 do artigo 45.º do diploma em anexo à Lei-Quadro LQERI, em que se impede as Entidades Reguladoras Independentes de estarem sujeitas a superintendência ou tutela governamental, o que veremos mais adiante, seria, em último caso, sempre um factor determinante no afastamento ou não do INFARMED, conforme se retire da leitura da sua lei orgânica.

Apesar do referido, são vários os pontos em que pode existir intervenção governamental, como se pode observar através da leitura dos números 3 a 8 do artigo 45.º do diploma em anexo à Lei-Quadro, mas esta nunca é a superintendência ou tutela, visto que esta se encontra afastada no n.º1 do mesmo artigo. Todavia, voltaremos a este tema adiante, pelo que não importa agora aprofunda-lo.

2)- Outro dos requisitos é a sua forma de gestão financeira e patrimonial, que corresponde à das entidades públicas empresariais, de acordo com o artigo 4.º n.º 2 do diploma em anexo à Lei-Quadro. Tal confere uma ampla margem de

¹²² Segunda parte do artigo 3.º n.º1 do anexo da Lei-Quadro 67/2013 de 28 de agosto

¹²³ SILVA MORAÍS, Luís *Lei-Quadro das autoridades reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, Número 17, Almedina, págs. 104 a 107

autonomia, que está normalmente associada à gestão empresarial. Contudo, esta margem de autonomia é diferenciada, consoante os perfis financeiros e patrimoniais das entidades, que podem ser distintos, de acordo com os artigos 33.º e seguinte da LQERI.

3)- Por fim, um último requisito trata-se do modo de criação, bem como de extinção, cisão ou fusão das Entidades Reguladoras Independentes. São estabelecidas obrigações procedimentais e formais, que têm igualmente de respeitar as condições a que se dedicam os artigos 6.º a 8.º do diploma em anexo à lei. Sendo que as condições previstas nestes artigos do anexo da LQERI são alvo de um Estudo Prévio, que antecede a criação das entidades (artigo 6.º n.º4 e artigo 7.º do anexo da LQERI) ou extinção, nos casos do artigo 8.º n.º 2. O conceito de independência presente na LQERI deveria ser mais preciso, por forma a delimitar de forma clara, quando se deve assegurar a criação ou manutenção da própria entidade reguladora, visto que esta é limitada à necessidade de independência no seu desenvolvimento (artigo 6.º do anexo da LQERI) Contudo, estes conceitos pouco precisos poderão ser atenuados pela realização dos já referidos Estudos Prévios.¹²⁴

Dizer, que o artigo 6.º n.º1 do diploma em anexo à LQERI funciona como preenchimento da norma consagrada no artigo 267.º 3 da Constituição da República Portuguesa, na medida que concretiza quando deve ser criada uma Autoridade Reguladora Independente.

¹²⁴ TÂNIA CARDOSO SIMÕES, *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Janeiro/Março de 2014, Almedina paginas 251 e 252

4.4 Breve análise ao regime da Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes

Em termos de análise sistemática, a LQERI antecede um diploma em anexo que contém o corpo de normas principais tendentes ao seu Objeto, Princípio e valores que as entidades se devem reger e organização das mesmas, constituindo no fundo este anexo o corpo normativo da própria LQERI. A própria LQERI que tem normas referentes aos destinatários das normas e ao âmbito subjectivo da lei, bem como uma série de preceitos relativos à adaptação da própria LQERI.

Do ponto de vista de organização do diploma em anexo à LQERI, que estabelece o corpo principal das normas da LQERI e da sua estrutura interna, encontra-se dividido em três títulos: I- Objecto e Âmbito de aplicação da Lei; II- Princípios e Regras Gerais; III- Organização, Serviços e Gestão. O III título subdivide-se em 5 capítulos, nomeadamente: I- Organização; II- Serviços e trabalhadores; III- Gestão económico-financeira e patrimonial; IV Poderes e procedimentos; V- Independência, responsabilidade, transparência e protecção do consumidor

Em termos de base, este diploma pretende a criação de uma harmonização da legislação existente, que crie uma maior segurança jurídica no panorama da regulação independente.

Relativamente ao seu primeiro título I- Objecto, a lei-quadro limita-se a fazer um enquadramento em relação ao seu objecto e a qual o seu âmbito de aplicação, que terá de ser sempre conjugado com outros preceitos, como por exemplo, qual o conceito de entidades reguladoras para a Lei-Quadro. Porém, gostaríamos de fazer um comentário em relação ao artigo 1.º n.º2 do anexo, este artigo é, na nossa perspectiva desnecessário no que toca à ressalva efectuada para o afastamento da lei caso exista legislação europeia contrária, dada a existência do princípio do primado do Direito da União Europeia. Assim, não é pelo facto de esta norma efectuar tal ressalva que o Direito da União Europeia prevaleceria sobre este Decreto-Lei, porque o Direito de fonte Europeia prevaleceria. Este princípio foi inicialmente consagrado no acórdão Costa contra Enel de 15 de julho de

1964¹²⁵, tendo existido alguma evolução no mesmo, em termos gerais e de forma sintética, este garante a prevalência dos actos normativos europeus com vinculativa sobre os actos normativos nacionais, estando igualmente o poder judicial sujeito a este primado e ao Direito produzido pela jurisprudência da União. Este princípio está plasmado na nossa constituição no seu artigo 8,ºnº4 ¹²⁶

A LQERI teve como um dos seus principais objetivos a harmonização dos regimes das diversas entidades reguladoras independentes, visto anteriormente à entrada em vigor desta lei os estatutos destas se encontrarem fragmentados. Por esse motivo, importa verificar se estes objectivos foram concretizados e se a sua influência está plasmada nos diversos estatutos. Num horizonte alargado, com os vários ciclos eleitorais que existirão, importará verificar se devido ao facto de estarmos perante uma lei de valor não reforçado, mesmo que denominada lei-quadro, não se verificara uma diluição da harmonização que poderá ter sido até agora conseguida.

Dizer, que mesmo com o propósito harmonizador existente na LQERI, parece-nos ser dada liberdade ao legislador para continuar a adequar o regime das autoridades reguladoras de acordo com as suas próprias especificidades. Tal interpretação pode ser retirada a partir de uma leitura do regime contido na LQERI.¹²⁷

Começemos por referir, que ao observarmos os estatutos e normas aplicáveis às Autoridades Reguladoras Independentes cobertas pela LQERI, bem como a LEO e as normas constantes dos últimos Orçamentos de Estado, tal como a própria LQERI, podemos verificar que o objetivo harmonizador da LQERI não foi totalmente conseguido. Mantem-se uma fragmentação, que é devida em parte ao tipo de autonomia orçamental que as Entidades Reguladoras dispõem. Aqui podemos fazer uma distinção entre: autoridades reguladoras que têm uma

¹²⁵ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A114548>

¹²⁶ Para mais desenvolvimentos, nomeadamente o conflito entre o princípio do primado e a Constituição ver. DUARTE, Maria Luísa & AMADO GOMES, CARLA, *O Tribunal Constitucional Português e a garantia do Direito da União Europeia*, in Estudos em homenagem ao Professor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. I, Almedina, 2010, p. 695

¹²⁷ GONÇALVES, Pedro Costa & LOPES MARTINS, Licínio *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, maio 2015, págs. 335 a 350

autonomia orçamental plena; Entidades Reguladoras com autonomia orçamental limitada; Entidades Reguladoras com autonomia orçamental muito reduzida.¹²⁸

As Autoridades a que nos referimos como tendo uma Autonomia Orçamental plena, aproximam-se do regime empresarial público. Correspondem por seu lado a Autoridades com uma autonomia orçamental mais limitada aquelas que estão sujeitas a um regime orçamental similar aos dos fundos autónomos, mas só de forma parcial, sendo isso que as diferencia das Autoridades com autonomia orçamental muito reduzida, que em larga medida estão sob a aplicação mais alargada desse regime.

Podemos associar esta fragmentação, à referida autonomia orçamental diferenciada, que se deve sobretudo à forma diversificada com que cada entidade se financia, mas também à disparidade existente nas exigências de autonomia feitas pelo Direito da EU em relação às várias entidades.

No título II da LQERI, destacamos a importância à já referida definição de modos de criação, extinção e fusão de entidades, como as ressalvas anteriormente efectuadas. Referencia igualmente ao artigo 9º da LQERI, artigo que alude ao facto de todas as entidades reguladoras estarem adstritas a um ministério responsável, sendo esse ministério correspondente ao membro do governo que tenha a cargo a responsabilidade da principal área de atividade em que actua a entidade reguladora.¹²⁹ Tal, não sendo por si limitativo da independência de uma entidade, surge como factor indicativo de uma possível limitação da autonomia da mesma. Esta norma tem por base o projecto de lei-quadro de entidades reguladoras independentes elaborado pelo Professor Vital Moreira e Professora Fernanda Maças, nomeadamente o artigo 5.º do projecto de lei.¹³⁰

O III título da presente lei-quadro refere as questões relativas à organização, serviços e gestão. Neste título, observamos a obrigatoriedade de órgãos da entidade reguladora, de acordo com o artigo 15.º nº1. Em relação a este

¹²⁸ SILVA MORAÍIS, Luís- *Lei-Quadro das autoridades reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, Número 17, Almedina, págs. 108 a 109

¹²⁹CARDOSO SIMÕES, Tânia, *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina pp. 254

¹³⁰ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital - *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 pp. 273

artigo. Parece-nos que esta norma pretende impor uma diferenciação entre o órgão máximo de uma entidade reguladora que tome a forma de entidade administrativa independente e o órgão máximo de uma entidade reguladora, que seja um instituto publico. Nesse caso, estamos perante um conselho directivo, de acordo com o artigo 17.º n.º1 da Lei n.º 3/2004¹³¹.

É deixado um espaço de autonomia às entidades, em relação à definição dos seus órgãos. No artigo 15 n.º2, a LQERI prevê a possibilidade de criação de um conselho consultivo, de um órgão regulação tarifária ou um órgão que contasse com a participação dos destinatários da actividade regulada.

No II título, surgem igualmente questões que se prendem com a independência das Entidades Reguladoras independentes, tema que será abordado e tratado em separado.

Destaque igualmente para o Estatuto remuneratório inserido neste título, nos artigos 25.º e 26.º do anexo, em que se estabelecem as remunerações dos membros do conselho de administração, tema que mais tarde será igualmente abordado a propósito da independência das entidades reguladoras. Os artigos respeitantes a este estatuto remuneratório supra referidos, conjugados com o artigo 5.º n.º5 e 6 da LQERI, permitem verificar uma limitação aí inserida, que poderá provocar uma desigualdade na remuneração entre os administradores, sendo a remuneração diferente no pré lei-quadro e no pós lei-quadro, visto que o novo estatuto remuneratório não coloca uma limitação à remuneração a auferir. De acordo com o artigo 5.º n.º 5 da LQERI, as alterações introduzidas pela lei-quadro em relação aos titulares dos órgãos já designados ou que venham a ser designados, só produzirão efeitos um mês após a determinação das remunerações, porém o n.º 6 do artigo 5.º vem introduzir uma ressalva, que poderá, eventualmente, criar uma desigualdade na remuneração dos administradores. Assim, a remuneração dos antigos administradores está fixada e seria limitada, enquanto a remuneração dos administradores será fixada agora pela comissão de vencimentos, não tendo a mesma um limite máximo na definição dos rendimentos a auferir. Tal solução poderá ser criticada à luz do artigo 59.º da CRP.

O capítulo II do título III trata do regime dos serviços e trabalhadores, enquanto III do II título tem como tema a gestão económico financeira e

¹³¹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1472&tabela=leis

patrimonial das entidades, convocando algumas questões de independência financeira importantes, que serão abordadas posteriormente nesta dissertação.

No Capítulo IV, a LQERI trata dos poderes atribuídos a uma Entidade reguladora independente, ora este tema e as suas questões mais relevantes, bem como o tema do capítulo V (Independência, responsabilidade, transparência e protecção do consumidor), serão analisados individualmente e isoladamente nos próximos dois capítulos desta dissertação.

Quanto à *accountability* ou controlo das entidades reguladoras independentes, por parte do governo, podemos observar um reforço dos mecanismos de controlo. Este reforço manifesta-se através do dever de apresentar planos e relatórios ao governo e assembleia da república, bem como pela espécie de tutela prévia presente no artigo 45.º da LQERI, que adiante trataremos em profundidade a respeito da independência funcional. Ainda se observa, tendo em conta o artigo 48.º um reforço da transparência na actuação da entidade reguladora, este reforço leva igualmente a um maior controlo por parte da sociedade e do poder político.¹³²

Um outro aspecto que nos parece de maior interesse na interpretação desta lei-quadro é a questão das coimas, e das mesmas servirem como fonte de receita da entidade reguladora. Ora como será fácil de observar, tal situação poderá provocar uma perversão da lei, na medida em que a verba proveniente da cobrança de coimas, poder que está previsto no artigo 40.º n.º3 alínea f) constitui uma fonte de receita da entidade reguladora, nos termos do artigo 36.º n.º1 alínea b). Esclarecendo, o regulador pode ser incentivado à aplicação de coimas, que se poderá revelar pouco eficiente e adequado em relação às verdadeiras finalidades das sanções previstas.

¹³² TÂNIA CARDOSO SIMÕES, *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Janeiro/Março de 2014, Almedina pag. 263

4.5 Os Poderes das Entidades Reguladoras Independentes à luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes

A matéria dos poderes vem regulada no Capítulo IV do diploma em anexo à Lei-Quadro, nos seus artigos 40.º a 44.º. Esta localização revela-se algo periférica, tendo em conta a própria lei, tal como refere, João Espírito de Santo Noronha¹³³, visto que o núcleo da lei corresponde à natureza, criação e organização das Entidades Reguladoras, tal como refere o autor supracitado.

Os poderes nesta lei-quadro, dividem-se entre poderes normativos, executivos e para judiciais. O artigo 40.º n.º 1 procede à enumeração dos poderes de regulação, fiscalização e sancionamento, o n.º 2 refere ainda o poder de regulamentação e o n.º 3 do artigo supra referido refere os poderes de inspecção e auditoria.

Quanto a estas normas, cabe fazer algumas observações. Em primeiro lugar, a norma em questão não procede a uma distinção com a devida clareza entre as expressões regulação e regulamentação, pois, tal como refere João Espírito Santo Noronha, “*regular é ordenar, criar ordem, efeito que pode ser obtido, entre outras vias pela criação de normas regulamentares*”;¹³⁴. Assim, pretende o autor clarificar que não existe razão para autonomizar o n.º 2 do artigo 40.º, em relação ao artigo 40.º n.º1 do diploma em anexo à Lei-Quadro 67/2013. O mesmo autor, ainda refere que não vê razões de autonomização do n.º3 em relação ao n.º1 do artigo 40.º, devido ao facto das atribuições que correspondem aos poderes de inspecção e auditoria integrarem materialmente o âmbito material da fiscalização. Na óptica do referido autor só o n.º 4 do artigo 40.º é que realmente se demarca dos demais números do artigo em questão.

O artigo 40.º n.º 5 inclui uma limitação em relação à delegação/concessão de poderes, por parte das entidades reguladoras independentes. Não existirá delegação de poderes ou concessão de poderes a outras entidades públicas ou privadas.

¹³³ ESPIRITO SANTO NORONHA, João, *A Nova Lei-Quadro Das Entidades Reguladoras: Poderes E Instrumentos Regulatórios*, in Estudos de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, maio 2015, pp. 375

¹³⁴ ESPIRITO SANTO NORONHA, João, *A Nova Lei-Quadro Das Entidades Reguladoras: Poderes E Instrumentos Regulatórios*, in Estudos de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, maio 2015, pp. 377

O artigo 41.º define o procedimento a adoptar ao longo do processo normativo, ou seja, define-se o procedimento que as Autoridades Reguladoras Independentes devem adoptar quando regulamentam ao uso do seu poder normativo com eficácia externa. Este artigo encontra-se sistematicamente ligado ao artigo 40 n.º3.

Por sua via, o artigo 42.º trata das matérias de inspecção e auditoria, enquanto o artigo 43.º cinge-se ao poder sancionatório.

Referência por último, ao artigo 44.º que revela uma obrigação de colaboração entre regulados e regulador, que poderá ser determinante no bom sucesso do processo de regulação. Esta norma poderá ter alguma utilidade, visto que alguns estatutos não a prevêm ou prevêm de forma menos intensa, e se houver uma transposição estatutária bem-sucedida, os objetivos pretendidos pelo legislador, serão alcançados. Porém, esses objetivos serão sempre limitados pelo direito contra-ordenacional e pelo direito-penal.

Dizer igualmente, que qualquer ampliação dos poderes por uma entidade reguladora independente terá de ocorrer por revisão estatutária e não pela mera entrada em vigor da Lei-Quadro.¹³⁵

¹³⁵ ESPIRITO SANTO NORONHA, João, *A Nova Lei-Quadro Das Entidades Reguladoras: Poderes E Instrumentos Regulatórios*, in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015, pp. 381

4.6A Independência das entidades reguladoras independentes à luz da Lei-quadro 67/2013, 28 de agosto

Neste ponto, procuraremos analisar os vários planos da denominada Independência das Entidades administrativas reguladoras. Nomeadamente, partindo das definições dadas pela lei-quadro, pretendemos avaliar a sua independência no *plano orgânico, funcional e financeiro*¹³⁶, em que procuraremos explicitar a forma como a independência é garantida (ou não) em cada um destes planos à luz da Lei-Quadro 67/2013.

Referência ao facto dos planos suprarreferidos não serem sempre lineares, isto é, a linha entre os mesmos nem sempre é rígida. Assim, por exemplo, a designação do conselho de administração é importante quer numa vertente funcional como numa vertente orgânica.

Antes dizer, e antecipando o resultado final, a Lei-Quadro não adopta uma independência absoluta, mas sim relativa, como se poderá revelar adiante, visto que as entidades continuarão sujeitas a algumas limitações naquilo que é a sua autonomia.

Antes de começarmos uma análise da independência reflectida ao longo da Lei-Quadro, referir que consoante as entidades em questão, poderemos ter uma independência vertical ou Independência horizontal. Estamos perante uma situação de Independência horizontal, quando esta se reflecte nas relações da entidade reguladora com o governo, mas também perante os seus regulados. Por outro lado, verifica-se uma situação de independência horizontal, quando se tem em conta as relações da entidade com outras entidades administrativas independente, em especial com a autoridade da concorrência, dado a obrigação de cooperação que se preconiza no artigo 11.º do diploma em anexo à Lei-Quadro.¹³⁷

¹³⁶ Existem autores que ainda acrescentam a estes planos, o plano técnico, autonomizando-o. Ver. GONÇALVES, Pedro Costa & LOPES MARTINS, Licínio *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, Maio 2015, pp. 343

¹³⁷ GONÇALVES, Pedro Costa & LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, Maio 2015, pp. 342

4.6.1- Independência orgânica

Começaremos pela análise da independência orgânica das Entidades Reguladoras Independentes, tal como consagrada na Lei-Quadro 67/2013. Neste tipo de independência, surgem como temas característicos e importantes, por exemplo, a renovabilidade (ou não) e inamovibilidade (ou não) dos mandatos.

A independência orgânica caracteriza-se e relaciona-se com o regime jurídico atribuído aos cargos dos administradores e outros dirigentes das entidades reguladoras, que deverá garantir a autonomia reforçada perante o poder político e perante o mercado regulado.¹³⁸

Os membros das Autoridades Reguladoras Independentes são escolhidos pela sua aptidão e competência técnica e profissional, idoneidade, especialização a nível de formação e experiência profissional, conforme revela o artigo 17.º n.º2. Estes critérios facilitam a transparência e tentam legitimar o processo, tal como objectivar escolha. Todavia, referir que o procedimento de nomeação é algo burocrático, como se pode retirar dos artigos 17.º n.º3 e 17.º n.º 4. Ainda sobre a designação dos membros, saudar as garantias quanto ao género dos representantes, que se encontram no artigo 17.º n.º 8. Seguindo as recomendações da União Europeia, no caminho da igualdade de géneros nos quadros mais altos da administração.

Gostaríamos de fazer ainda referência, ao tema dos impedimento e incompatibilidades, sobretudo me relação ao princípio de exclusividade, contido no artigo 19.º, nomeadamente, o normalmente apelidado “período de nojo”. Durante este período, o ex-titular do cargo de administração não poderá exercer cargos que envolvam empresas com as quais se tivesse relacionado enquanto membro do conselho de administração, na medida em que tal levantaria suspeitas em relação quer ao tipo de informação que poderia levar acerca do mercado e empresas concorrentes, quer suspeitas na sua atividade como membro ainda do conselho de administração (na medida que podia já estar comprometido ou ter sido aliciado com uma carreira na empresa, findo o mandato enquanto membro do conselho de administração).

¹³⁸ GONÇALVES ,Pedro Costa & LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, Maio 2015, págs. 335 a 350

Por forma a impedir o surgimento de vínculos contratuais com outras entidades do sector, surge o artigo 19.º n.º 2, em que o titular do cargo receberá ½ da sua remuneração durante dois anos, como forma de compensação pelo não exercício de funções numa área em que, normalmente, será especializado e terá altas competências técnicas, bem como experiência profissional e formação académica.

Caso este período de nojo não seja respeitado, a sanção imposta é a referida no nº6 do artigo 19.º, passando pela devolução da remuneração enquanto titular do órgão e ainda das quantias recebidas durante os dois anos de período de nojo. Esta medida não nos parece exagerada, visto que o legislador pretende claramente reforçar a independência perante os regulados.

Quanto ao nº 5 do artigo 19.º, este poderá levantar algumas dúvidas interpretativas, na medida que parece ser uma figura híbrida, onde se continua a manter a exigência do período de nojo, mas no entanto não é havida qualquer compensação. São excepcionados os casos de: desempenho de outra função remunerada; o ex-membro do conselho de administração optar pela reforma ou pensão; cessação que tenha como motivo a não decorrência do tempo.

Na nossa opinião deveriam existir igualmente, impedimentos anteriores à entrada em funções como membros do conselho de administração das entidades reguladoras, como os que eram acolhidos no anteprojecto realizado por Vital Moreira e Fernanda Maçãs¹³⁹, nomeadamente no artigo 17.º n.º1, mas tal não se reflectiu no texto final.

Na presença de casos omissos aos já aqui referidos, recorre-se à Lei 64/93 de 26 de agosto, por remissão do artigo 19.º n.º 8 da Lei-Quadro.

Já quanto às garantias de independência dos mandatos relativamente ao poder político, de acordo com a Lei-Quadro, no seu artigo 20.º n.º1 define-se como limite máximo o período de 6 anos de mandato, sendo que o este só poderia voltar a ser exercido pelo mesmo titular, após 6 anos de cessão do anterior mandato, conforme dispõe o artigo 20.º n.º2. Esta opção por mandatos longos e superiores ao prazos dos mandatos legislativos parecem garantir uma maior estabilidade e isenção na intervenção regulatória em relação às possíveis maiorias

¹³⁹ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Direito Público e Regulação*, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

partidárias e revezamentos que se verifiquem no poder político da nação.¹⁴⁰ Referir igualmente, que a nomeação dos membros do conselho de administração é sujeita a indagação parlamentar prévia, tal como está consagrado no artigo 17.º n.º3.

Quanto à possível renovação do mandato, têm sido várias as vozes críticas quanto a esta posição, exigindo um regime próximo daquele a que está sujeito o Tribunal Constitucional.

Em relação às causas de cessão dos mandatos, estas poderão ser várias, nomeadamente: decurso do prazo; indisponibilidades supervenientes (morte, incapacidade); Incompatibilidade superveniente; Recusa; Condenação (transitada em julgado), em crime doloso e que coloque em causa a idoneidade no exercício do cargo; Cárcere; extinção da entidade reguladora; destituição por motivo justificado (de acordo com os artigos 20 n.º4 e n.º5).

Quanto aos motivos justificativos para a cessão de mandato, referir que os conceitos explicados no artigo 20.º n.º5, parecem ser demasiados vagos, e que por isso abrem caminho a destituições por motivos para além dos desejados pelo legislador, como motivos de sentido político.

Uma referência à questão do estatuto remuneratório das entidades reguladoras. Este estatuto remuneratório pretende garantir a independência perante os regulados, criando-se uma série de critérios objetivos, que serão observados pela comissão de vencimentos, de acordo com o artigo 26.º n.º3. Efetivamente, por forma a contratar os quadros especializados técnicos que se pretendem obter para este tipo de entidades, devem-se criar mecanismos por forma a atrair os mesmos e depois de contratados, que criem condições para a manutenção de uma independência em relação às entidades por si reguladas. Apesar de não ser fixado um limite de remuneração máxima, o Governo ao nomear dois dos três membros da comissão de vencimentos, tenderá a limitar o nível máximo de remuneração destes, tendo como referência possivelmente a remuneração do primeiro-ministro, devido ao artigo 26.º n.º3 alínea d). No nosso entender, por forma a garantir a independência da entidade reguladora

¹⁴⁰ CALVÃO DA SILVA, João Nuno, *Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo*, in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, maio 2015, págs. 395-396

independente e a obstar a captura da mesma pelo regulado, teria sido melhor uma extensão do regime dos administradores, criando uma comissão de vencimentos que fixasse o montante remuneratório de todos os funcionários.¹⁴¹

Creemos, que com o presente regime não foi completamente garantida a independência de facto das entidades reguladoras independentes, uma vez que os seus titulares continuam a ser designados pelo poder político, ainda que com a intervenção de audições no parlamento e uma avaliação no recrutamento por entidades administrativas. Porém, no fim a sua designação é determinada pelo Executivo.

Criticar igualmente o poder de veto suspensivo concedido ao presidente das entidades reguladoras, no artigo 23.º n.º 4 da LQERI, que atribui a possibilidade de este vetar suspensivamente deliberações do conselho de administração por critérios como o interesse público. Ora, critérios tão amplos e indeterminados podem levar a juízos de mérito, o que de alguma forma diminui a independência de uma entidade, uma vez que o presidente de uma entidade reguladora, estará porventura mais próximo do governo devido a ter sido designado por este, reduzindo possivelmente independência da entidade.¹⁴²

4.6.2 Independência Financeira

O conceito de independência financeira não é referido na Lei-Quadro (alude-se sim a auto-suficiência financeira, que é um conceito distinto.), embora o possamos depreender, desde logo pela leitura do artigo 6.º n.º 3 do diploma em anexo à LQERI.

Realizaremos a nossa análise a partir do artigo 33.º n.º1, onde é referido que a autonomia de gestão e patrimonial é aquela definida na própria Lei-Quadro. Ora, a Lei-Quadro preconiza uma dupla solução em relação à independência financeira, na medida que através somente da leitura do artigo 33.º n.º1, podia-se retirar que as regras da contabilidade pública nunca são aplicáveis a este tipo de entidades, porém os n.º2 e 3 do mesmo artigo apressam-se a excepcionar a normas anteriormente referidas. Assim, os dois últimos artigos que excepcionam o n.º1 do

¹⁴¹ CARDOSO SIMÕES, Tânia - *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina págs. 254 e ss.

¹⁴² CARDOSO SIMÕES, Tânia - *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina pag. 257

artigo 33.º, aludem ao facto de as Entidades que usem verbas ou utilizem bens do domínio público ou verbas do orçamento de Estado, reger-se-ão pelo Regime Orçamental e financeiro dos fundos autónomos.

Assim, a partir da análise integral do artigo 33.º podemos dividir as entidades em 3 níveis de autonomia financeira. São estes os seguintes:

- Autonomia Plena – Consagrada no artigo 33.º n.º1, que corresponde às entidades que se autofinanciam, através de receitas próprias e por dispõem de total autonomia em relação à gestão do seu orçamento.

- Autonomia Semiplena ou mista – Devido ao seu financiamento ser feito não só através de receitas próprias, mas também da utilização de verbas Estaduais, é aplicável o regime dos fundos autónomos no que diz respeito somente às verbas que sejam utilizadas e advenham do domínio público. Porém, mantêm a autonomia em relação as verbas que provenham das suas próprias receitas.

- Autonomia Limitada – Os casos em que é aplicado o regime dos fundos autónomos em relação à sua autonomia financeira, visto que não dispõem de receitas próprias e se englobam na totalidade nos casos previstos no artigo 33.º n.º3.

Quanto à sua autonomia patrimonial, podemos verificar no artigo 35.º n.º1, que o Legislador faz uma separação entre bens afectos pelo Estado e bens adquiridos pelas entidades reguladoras. Esta separação prende-se pela aplicação de um regime diferenciado, consoante os bens tenham sido adquiridos pela entidade ou sejam bens afectados pelo Estado. Se os bens tiverem sido adquiridos pela Autoridade Reguladora Independente, será aplicado o Direito Privado. No caso de os bens estarem afectados ao Estado, será aplicável o regime jurídico que regula o património público.

4.6.3 Independência Funcional

Analisemos agora a independência funcional das Autoridades Reguladoras Independentes. Isto é, a garantia de não interferência do poder político, de forma directa ou indirecta nas suas decisões, critérios, formas de decisão, definição de

prioridades, funções, concretizando-se na inexistência de sujeição a orientações ou instruções pelo poder político.¹⁴³

Partiremos da análise do artigo 45.º n.º1, que consagra o princípio da independência. Por forma a deter independência funcional, a entidade reguladora não pode estar submetida a poderes de superintendência ou tutela, por parte do Estado. Porém, na parte final do mesmo artigo, ressalva-se o disposto nos números seguintes, os quais introduzem limitações a esta independência. O n.º2 do artigo 45.º vem também consagrar uma outra garantia da autonomia reforçada deste tipo de entidades, que é a ausência do poder de direcção por parte do poder político, na medida que os membros do governo não podem dirigir recomendações ou emitir directivas às entidades reguladoras sobre a sua atividade ou sobre as prioridades que esta tem.

Podemos observar limitações ao princípio da independência, numa lógica de accountability, no artigo 45.º n.º 3 e seguintes.

No artigo 45.º n.º 3, regula-se a possibilidade do membro do governo responsável pela atividade económica que esteja a ser regulada, pode pedir informações acerca da execução dos seus planos de atividades e dos seus orçamentos (45.º n.º3).

A autonomia reforçada das Entidades Administrativas independentes vê-se ainda limitada no artigo 45.º n.º 4 e 5, visto que se subordinam alguns actos destas entidades a autorização governamental. Referem estes artigos, que os orçamentos e os planos plurianuais, balanço, contas, e actos de incidência financeira, carecem de aprovação prévia, não só pelo membro do governo responsável pela principal área de atividade, mas também pelo membro do governo responsável pela área das finanças. Estas limitações, restringem por isso a sua autonomia financeira, uma vez que as suas contas, balanço, planos e orçamento, estarão sujeitos a autorização prévia.

O n.º6 do artigo 45.º vem referir as razões que permitem a recusa por parte do Governo. Assim, podem ser recusadas as aprovações prévias, desde que fundamentadas em questões de ilegalidade ou prejuízo para os fins da entidade reguladora ou contrárias ao interesse público ou parecer negativo por parte do

¹⁴³ GONÇALVES, Pedro Costa & LOPES MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, in *Estudos da Regulação da Saúde*, Vol. II, Coimbra editora, Maio 2015, pp. 342

conselho consultivo, poderá permitir a recusa das atividades sujeitas a autorização prévia nos números 4.º e 5.º do artigo 45.º. Destarte igualmente, para o facto que o n.º6, que mais uma vez com os conceitos indeterminados ou demasiado amplos aí plasmados, permite uma série de justificações, que poderá novamente levar a um aumento da discricionariedade nas justificações, tendo como consequência uma maior limitação da autonomia das entidades reguladoras.

Porém, o mecanismo supra referido, não se aplica ao preceito enunciado no artigo 45.º n.º8. Este preceito limita os actos enunciados nas suas alíneas a autorização governamental prévia, não havendo possibilidade de dispensa da mesma, conforme dispõe o n.º 6 do artigo 45.º.

Na análise do artigo 45.º, partilhamos a opinião de alguma doutrina, que considera esta solução contrária ao reforço da independência dos reguladores, mas compreensível, face ao quadro económico do país.¹⁴⁴ Este artigo poderá igualmente ser visto no prisma de garantia de algum controlo da actuação das entidades reguladoras, sacrificando parte da sua independência. cremos, que se trata de uma dialéctica entre controlo das entidades independentes e a sua própria independência, não se querendo colocar em causa a última, mas reforçando um pouco alguma possibilidade de controlo.

De entre os números do artigo 45.º que limitam a independência das Entidades Reguladoras Independentes, observamos uma dialéctica difícil entre o princípio de independência e a própria responsabilidade destas entidades. Ora vejamos, o n.º3 estabelece uma regra que permite ao membro responsável do governo pedir informações ao Regulador, informações que carecem de qualquer tipo justificação por parte do Governo. cremos, que seria importante balizar os motivos e âmbito deste pedido de informações por parte governamental, por forma a não abrir portas a uma discricionariedade de pedidos, que limitaria a autonomia da autoridade reguladora.

Importa igualmente referir, que a Lei-Quadro distingue actos de aprovação prévia e de autorização prévia, mas não define qual é a consequência jurídica para

¹⁴⁴ CALVÃO DA SILVA, João Nuno, *Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo*, in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015, pp. 398

a falta dos mesmos, se é ilegalidade ou ineficácia. Quanto a nós, deveria o legislador especificado a consequência para a violação da norma de forma clara e unívoca.

Em síntese, em termos de independência funcional, pelos factores já demonstrados e apesar de não encontrarmos uma superintendência ou tutela, estamos perante, na nossa opinião, uma tutela mitigada e/ou preventiva de legalidade, mas também de mérito financeiro

V- ***O Infarmed I.P à luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes***

5.1- O INFARMED I.P e as suas origens enquanto Entidade Reguladora

Durante alguns anos a tutela da saúde esteve adstrita ao Ministério do Interior, que através da Direcção Geral de Saúde (doravante DGS) possuía os serviços técnicos da atividade de farmácia e comprovação do medicamento.

Em 1971, assistimos a uma reorganização do Ministério da Saúde, sendo que a DGS passa a estar sobre a direcção deste Ministério, continuando o sector farmacêutico sobre a tutela da mesma.

Em 1984, é criada a Direcção Geral de Assuntos Farmacêuticos, que adquire no que correspondente ao plano farmacêutico, as competências que antes pertenciam à DGS. Este órgão apresentava numerosas fragilidades, que não se compadeciam com as exigências resultantes da adesão de Portugal ao processo de integração económico europeu, no caso à adesão à C.E.E.¹⁴⁵

O INFARMED foi criado a 15 de Janeiro de 1993¹⁴⁶. A criação deste Instituto Público surgiu em seguimento da adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia (adiante C.E.E), em 1986. Esta adesão obrigou a mudanças regulamentares efectivas, que não se verificavam em Portugal, pelo menos de forma relevante, desde 1957, com o decreto n.º 41448¹⁴⁷. Portugal, obteve ainda um período de 5 anos para aplicação das directivas impostas nesta área, que viriam a ter um impacto profundo no sector.¹⁴⁸ Assim, Portugal teria até 1991 que transpor para o seu ordenamento jurídico dezenas de directivas, que haviam sido publicadas ao longo de 30 anos na área da regulação farmacêutica. Embora o decreto n.º 41448 tivesse sido inovador em certa medida, nos anos posteriores não se verificou uma continuação da política legislativa então adoptada e os desenvolvimentos foram poucos ou nenhuns.

¹⁴⁵ ARANDA DA SILVA, José, *Da Direcção-Geral de Assuntos Farmacêuticos ao INFARMED*, in *INFARMED 15 anos: olhar o passado, projectar o futuro*, 2008, pp. 17

¹⁴⁶ Decreto-Lei n.º 353/93 - Disponível em: <https://dre.pt/application/file/645210>

¹⁴⁷ Legislação disponível em : <https://dre.pt/application/file/250876>

¹⁴⁸ Disponível no site do INFARMED em: http://www.infarmed.pt/documents/15786/1228470/53_Historia_Infarmed.pdf/be867c19-51b5-4057-ae74-5a8036a13b5c

Por exigência europeia havia a necessidade de uma regulação forte no sector do medicamento, regulação forte que surge em 1993 com a criação do INFARMED I.P.

Este é criado como uma *“pessoa colectiva pública dotada de autonomia financeira e administrativa, sob tutela do Ministério da Saúde”*, conforme se pode retirar da segunda parte do artigo 1.º do Decreto-Lei 353/93. Este instituto financia-se com as taxas de comercialização dos medicamentos, que constituiriam a partir de 1994 receitas próprias desta entidade.

Em 1999, é aprovada uma nova lei orgânica do INFARMED¹⁴⁹. Esta confere uma maior autonomia, tal como maior maleabilidade em termos de gestão e recrutamento de quadros, para além disso acrescentou-se, por exemplo, um conselho consultivo existindo por isso reformas na estrutura do instituto. A forma adoptada pela entidade reguladora é a de *“instituto público com autonomia administrativa, financeira e património próprio, com aplicação subsidiária do regime jurídico das empresas públicas”*.¹⁵⁰

No ano de 2007, no âmbito dos objetivos definidos no Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), bem como das metas traçadas pelo governo em funções à data, e surgindo como concretização da nova lei orgânica do Ministério da Saúde¹⁵¹, que impunha a ideia de um “esforço de racionalização estrutural”¹⁵², é elaborada uma nova lei orgânica, através do Decreto-Lei n.º 269/2007 de 26 de Julho¹⁵³.

Por fim, no decorrer do ano de 2012, e após mais uma reforma administrativa, de acordo com Plano de Redução e Melhoria da Administração Central (PREMAC)¹⁵⁴, surge uma nova lei orgânica do INFARMED, o Decreto-Lei

¹⁴⁹ Decreto-Lei n.º 495/99, de 18 de novembro - Disponível em:

http://www.infarmed.pt/documents/15786/1065790/008_DL_495_99_VF.pdf

¹⁵⁰ Decreto-Lei n.º 495/99, de 18 de novembro

¹⁵¹ Decreto-Lei n.º 212/2006, de 27 de outubro

¹⁵² Preâmbulo Decreto-Lei n.º 269/2007 de 26 de julho Disponível em:

<https://dre.tretas.org/pdfs/2007/07/26/plain-216528.pdf>

¹⁵³ Decreto-Lei n.º 269/2007 de 26 de julho Disponível em:

<https://dre.tretas.org/pdfs/2007/07/26/plain-216528.pdf>

¹⁵⁴ Relatório de Execução do PREMAC, onde podemos verificar mais pormenorizadamente os seus propósitos. Disponível em :

http://www.portugal.gov.pt/media/150566/premac_apres.pdf

n.º 46/2012, de 24 de fevereiro¹⁵⁵. A mesma tinha como objetivos, como descrito no seu preâmbulo *“o início de uma nova fase da reforma da Administração Pública, no sentido de a tornar eficiente e racional na utilização dos recursos públicos, e, por outro, para o cumprimento dos objectivos de redução da despesa pública a que o país está vinculado”*¹⁵⁶, tal como a *“repensar e reorganizar a estrutura do Estado, no sentido de lhe dar uma maior coerência e capacidade de resposta no desempenho das funções que deverá assegurar, eliminando redundâncias e reduzindo substancialmente os seus custos de funcionamento”*¹⁵⁷. Este Decreto-lei surge também na sequência da nova lei orgânica do Ministério da Saúde¹⁵⁸, que surge por forma a diminuir custos e baseada em modelos de organização mais reduzidos.

Embora seja criada uma Entidade Reguladora Independente na área da Saúde, a já referida ERS, esta não nos parece entrar em sobreposição de competências no que diz respeito à regulação exercida pelo INFARMED, nos termos definidos nos seus estatutos. Este ponto de vista é corroborado pelo artigo 4.º n.º3 alínea b) do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto e por Parecer da ERS¹⁵⁹. Assim, a actividade do INFARMED está delimitada através da actividade por esta exercida, não se estendendo por exemplo à regulação de cuidados de saúde prestados numa farmácia, pois tal já faria parte da competência da ERS.

¹⁵⁵ Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro - Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=selected&nid=1645&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=

¹⁵⁶ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de Fevereiro

¹⁵⁷ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de Fevereiro

¹⁵⁸ Decreto-lei n.º 124/2011, de 29 de dezembro (entretanto rectificado e alterado) disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1715&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

¹⁵⁹ Disponível em:

https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1060/farmacias_e_parafarmacias.pdf

5.2 O INFARMED I.P

Em 2012, foi aprovada a lei orgânica do INFARMED, através do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro. Os seus estatutos são regulados pela Portaria n.º 267/2012, de 31 de agosto¹⁶⁰. O INFARMED vê-lhe também aplicada a Lei-quadro dos Institutos Públicos, com uma derrogação daquele regime nas especificidades do INFARMED, conforme resulta da leitura dos artigos 48.º n.º1 alínea i) da LQIP.

Começando pela sua Natureza, o INFARMED é uma entidade reguladora com a natureza de instituto público, fazendo parte da administração indirecta do Estado e estando dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio de acordo com o artigo 1.º n.º 1 do decreto-lei n.º46/2012.

Como referido anteriormente, uma entidade administrativa nem sempre segue a forma de entidade reguladora independente. No caso, a natureza que tem esta entidade é a de Instituto Público, enquadrando-se na administração indirecta do Estado. Um instituto público é *“uma pessoa colectiva pública, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública”*¹⁶¹, que está sujeita ao controlo do estado pelos mecanismos de tutela e superintendência, de acordo com os artigos 41.º e 42.º da Lei-quadro dos institutos públicos. A lei avança igualmente um conceito para Instituto Público, sendo este o consagrado no artigo 4.º n.º1 da LQIP.

Enquanto Instituto Público, o INFARMED I.P está sujeito a superintendência e tutela, pelo Ministério da Saúde, de acordo com o artigo n.º 1 do Decreto-Lei n.º 46/2012. Fazendo parte da administração indirecta, o INFARMED I.P prossegue o interesse público, de forma descentralizado em relação ao aparelho estadual, actuando através de pessoas colectivas distintas do Estado e com personalidade jurídica própria, bem como autonomia administrativa e financeira. Estas Pessoas Colectivas Públicas, são titulares de poderes públicos e deveres, distinguindo-se das Pessoas Colectivas Privadas, que possam exercer funções públicas. Esta distinção consiste no facto de as Pessoas Colectivas Privadas não actuarem em

¹⁶⁰ Portaria n.º 267/2012, de 31 de agosto – Disponível em:

<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/174826/details/normal?q=Portaria+n.ºC2%BA%20267%2F2012>

¹⁶¹ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I –, Almedina, 3ª ed., 5ª reimpressão, Outubro 2010 pág. 363

nome próprio e um Instituto Público, enquanto Pessoa Colectiva Pública, actua em nome próprio, enquanto titular de poderes e deveres públicos.

Enquanto Instituto Público o INFARMED integra-se na Administração Pública, fazendo parte da Administração Indirecta. Entendendo Administração Pública, num sentido material como: *“a actividade típica dos serviços públicos e agentes administrativos desenvolvida no interesse geral da colectividade, com vista à satisfação regular e continua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar, obtendo para o efeito os recursos mais adequados e utilizando as formas mais convenientes”*¹⁶²

Os institutos públicos, enquanto administração indirecta, diferenciam-se da administração directa do Estado por: não se enquadrarem na pessoa colectiva Estado, não estarem integrados na estrutura hierárquica do mesmo, actuarem de modo indirecto e não imediato de acordo com a estrutura estadual. Contudo, prosseguem os mesmos fins que a Administração Directa do Estado. Distinguindo-se da administração independente, pela imputabilidade dos administradores na administração independente, pela sua composição e principalmente pela sujeição dos institutos públicos aos poderes de tutela e superintendência, sendo que ambos os tipos de administração prosseguem o interesse público.¹⁶³ A tutela administrativa é o *“conjunto dos poderes de intervenção de uma pessoa colectiva publica na gestão de outra pessoa colectiva, a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua actuação”*.¹⁶⁴ Por sua vez, a superintendência é a definição de objetivos ou directrizes à actuação das pessoas colectivas públicas com um determinado fim, por parte do Estado ou de outra pessoa colectiva com variados fins, que a lei submeta a sua dependência. Adiante, aquando da sua análise à luz da LQERI, identificaremos a possibilidade ou não do INFARMED ser uma entidade administrativa independente.

¹⁶² Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, – 3ª Ed., 5ª reimpressão, Outubro 2010

¹⁶³ Posição contrária, que considera o INFARMED como uma entidade administrativa independente, pode ser encontrada no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa relativo ao processo

164/14.6YUSTR-A.L1 -5, disponível em.

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2e5587fe9196416f80257ec2003197f8?OpenDocument>

¹⁶⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, – 3ª Ed., 5ª reimpressão, Outubro 2010, pp. 880

De acordo com o artigo 2.º da sua lei orgânica, o INFARMED exerce os seus poderes sobre todo o território nacional, estando sediado em Lisboa.

O INFARMED I.P, actua com a missão de *“regular e supervisionar os sectores dos medicamentos de uso humano e dos produtos de saúde, segundo os mais elevados padrões de protecção da saúde pública, e garantir o acesso dos profissionais da saúde e dos cidadãos a medicamentos e produtos de saúde de qualidade, eficazes e seguros”*¹⁶⁵, tendo as suas atribuições fixadas no n.º 2 do artigo 3.º da sua lei orgânica.

O INFARMED I.P tem como órgãos o conselho directivo, conselho consultivo, conselho fiscal único, as comissões técnicas especializadas e o Conselho Nacional da Publicidade de Medicamentos e Produtos de Saúde, de acordo com o previsto no artigo 4.º da lei orgânica. Os membros do Conselho Directivo são designados por despacho do Ministro de tutela e têm um mandato de 5 anos e renovável por uma vez, de acordo com os artigos 19.º4 e 20 n.º 1 e 3 da LQIP. Os seus membros podem ser, por motivo justificado, destituídos de funções, conforme resulta do artigo 20 n.º9 da LQIP. Os membros dos órgãos de fiscalização são igualmente nomeados por membros do governo, de acordo com o artigo 6.º da lei orgânica do INFARMED, que remete para regime da LQIP, e em consequência para o seu artigo 27.º da LQIP. Daqui podemos retirar, que a autonomia orgânica destas entidades encontra-se bastante limitada, devido à participação governativa na nomeação dos membros dos seus órgãos, bem como a possibilidade de recorrer a critérios bastante amplos para a destituição dos membros dos órgãos, como se pode observar pelas possibilidades enumeradas no do artigo 20 n.º 9.º, que conferem ampla margem de decisão ao governo, ainda que a decisão tenha de ser fundamentada, como por exemplo a necessidade de imprimir nova orientação à gestão.

Em relação ao seu regime financeiro, o INFARMED I.P dispõe das receitas que lhe advenham de dotações designadas do orçamento de Estado, dispondo igualmente de receitas próprias, enumeradas no artigo 12.º n.º2. Porém, de acordo com o n.º 3 do artigo 12.º, *“As receitas próprias referidas no número anterior são consignadas à realização de despesas do INFARMED, I. P., durante a execução do orçamento do ano a que respeitam, podendo os saldos não utilizados transitar para o*

¹⁶⁵ Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro

ano seguinte, nos termos da lei”¹⁶⁶. Da leitura destes artigos e do artigo 35.º da LQIP¹⁶⁷, podemos verificar que a independência financeira do INFARMED é a dos serviços e fundos autónomos.

O INFARMED dispõe de património próprio, sendo este constituído pela totalidade dos bens, direitos e obrigações de que seja titular, como deve retirar da leitura dos artigos 1.º n.º1 e 14.º n.º 1 da LQIP.

Em relação aos seus poderes, vêm a ser estabelecidos no artigo 15.º e seguintes da lei orgânica. Este tema será adiante tratado, ao tipo de regulação exercido pelo INFARMED. Contudo, dizer já que este detém amplos poderes de regulação e supervisão, tendo igualmente poderes sancionatórios.

A sua autonomia funcional, como já referido, encontra-se limitada, por esta estar sujeita à tutela administrativa e superintendência do governo.

¹⁶⁶ Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro

¹⁶⁷ Artigo 35.º Lei- Quadro 3/2004, de 15 de janeiro - *“Os institutos públicos encontram-se sujeitos ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, à excepção dos institutos públicos desprovidos de autonomia financeira, aos quais são aplicáveis as normas financeiras dos serviços com autonomia administrativa, sem prejuízo das especificidades constantes da presente lei.”*

5.3 O INFARMED I.P – Regulação Económica ou Regulação Técnica?

Tendo em conta a breve análise efectuada à lei orgânica do INFARMED I.P, cabe analisar agora qual o tipo de regulação que este exerce, se económica, social ou técnica.

A regulação económica consiste numa intervenção de forma indirecta que vise o estabelecimento de direitos, obrigações e condições que permitam o funcionamento equilibrado do mercado e a correcção das falhas de mercado, com vista à prossecução de interesses públicos. São normalmente falhas de mercado associadas à existência de uma regulação económica, por exemplo, as correcções de informação assimétrica (ASF), liberalização do mercado (ANACOM). Assim, a regulação económica tem em vista o normal e livre funcionamento do mercado, promovendo a concorrência e procurando obter a eficiência do sector regulado.

Neste caso, poderemos estar também perante uma regulação técnica. Introduzindo agora este modo de regulação, a entidade reguladora procede elaboração de normas regulamentares, bem como supervisão e sancionamento, sobre questões técnicas e de segurança no sector de actividade regulado, sem ter em vista a correcção das falhas de mercado supra referidas, nem a eficiência económica dos próprios mercados, mas sim da garantia de determinados padrões técnicos. A regulação técnica trata-se de uma intervenção indirecta, que preveja a indicação uniforme de medidas, condições e especificações, e controlo (através de certificação, autorização, licenciamento) de determinada actividade, de modo a assegurar não só a segurança, mas também a eficiência e a garantia de qualidade dos produtos e/ou do processo produtivo. Contudo, este tipo de regulação poderá ter impacto a nível concorrencial e de funcionamento do mercado, mas não é esse o seu objetivo, visa antes a regulação de questões técnicas. É, no entanto, também ela uma regulação *ex-ante*.

Conforme anteriormente referi-mos, quando nos debruçamos sobre o conceito de regulação económica e a sua delimitação, não perfilhamos a distinção entre regulação económica e regulação social, pelo que afastamos desde já a possibilidade do INFARMED I.P praticar esse tipo de regulação.

Por forma a percebermos qual o tipo de regulação que INFARMED I.P adota, importa analisar as suas missões, atribuições e poderes. Com efeito, o

INFARMED I.P, tem como missão *“regular e supervisionar os sectores dos medicamentos de uso humano e dos produtos de saúde, segundo os mais elevados padrões de protecção da saúde pública, e garantir o acesso dos profissionais da saúde e dos cidadãos a medicamentos e produtos de saúde de qualidade, eficazes e seguros.”*¹⁶⁸ . Comparando este artigo, com aquele que define a missão da ASF¹⁶⁹, tratando-se este de um regulador económico, podemos observar a elevada diferenciação entre estes. Efectivamente, como entidade de regulação económica a ASF tem por missão regular o funcionamento do mercado, tendo em vista promover a eficiência económica do sector através da promoção da estabilidade e solidez financeira das entidades por si reguladas, focando-se igualmente no comportamento das entidades reguladas (por forma, por exemplo, a corrigir falhas de mercado relacionadas com a assimetria de informação). Pelo contrário, o INFARMED I.P, pretende garantir a protecção da saúde pública e garantir o acesso dos profissionais de saúde e dos cidadãos a produtos de qualidade. Aqui, podemos verificar que a actuação do INFARMED não é dirigida ao funcionamento do mercado concorrencial de forma eficaz, mas antes à protecção do cidadão ao medicamento com qualidade, segurança e eficácia. A própria terminologia adoptada é bastante distinta, nas suas missões não se vê (ao contrario da ASF) as palavras “mercado” , mas sim “sector”. Enquanto num caso está em causa a missão de regular o funcionamento do mercado, no outro está a garantia ou certificação de determinadas condições, que se prendem com a qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos e produtos de saúde.

Quanto às suas atribuições, tal como definidas nas alíneas do artigo 3.º n.º 2 da sua lei orgânica, o INFARMED parece mais uma vez influir no sentido de uma regulação feita com a principal base e objectivo na garantia da qualidade do medicamento e não na regulação do mercado. Contudo, na alínea e), resulta a atribuição de garantir o custo-efectividade do medicamento. Ora, daqui não nos parece resultar uma medida que leve a determinar o INFARMED como uma

¹⁶⁸ Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro

¹⁶⁹ Artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 1/2015, de 06 de Janeiro – *“A ASF tem por missão assegurar o regular funcionamento do mercado segurador e dos fundos de pensões, através da promoção da estabilidade e solidez financeira das entidades sob a sua supervisão, bem como da garantia da manutenção de elevados padrões de conduta por parte das mesmas, com vista ao objetivo principal de protecção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados.”*

entidade reguladora económica. Em causa está uma medida que visa garantir o acesso dos cidadãos a medicamentos que tenham uma correspondência entre o seu custo e efectividade, de modo a não prejudicar o acesso dos cidadãos e profissionais de saúde aos mesmos e em último lugar prejudicar a saúde pública. A *ratio* da norma, não é económica, mas sim social e prende-se com uma avaliação e certificação técnica desse custo-efectividade. As suas atribuições prendem-se com uma regulação do sector com vista à certificação, avaliação e garantia da segurança e qualidade do medicamento e produtos de saúde. Na alínea g) da lei orgânica do INFARMED I.P, poder-se-ia dizer estarmos perante uma correcção de uma falha de mercado, nomeadamente de uma assimetria de informação. Porém, tal posição não parece ser de perfilhar.

Em relação aos seus poderes, a lei orgânica procede a uma enumeração exaustiva dos mesmos no seu artigo 15.º.

Dos artigos 15.º nº2 e nº3, podemos retirar que o INFARMED I.P procede ao licenciamento e certificação de uma série de entidades, actividades, medicamentos e produtos cosméticos, com o intuito de garantir a qualidade, segurança e efectividade do medicamento disponível aos cidadãos. Assim, o que está em causa não é a garantia de acesso a um mercado concorrencial como correção de uma falha de mercado, por forma a garantir a promoção da concorrência. Trata-se antes de garantir certos padrões de qualidade, segurança e efectividade inerentes à actividade farmacêutica.

As alíneas do nº4 do artigo 15.º da lei orgânica do INFARMED referem uma série de poderes que compete ao INFARMED, existindo neste artigo algumas alíneas que poderiam indicar para uma possível regulação económica do INFARMED,. É verdade que o INFARMED influencia de certa forma o mercado. Exemplo disso é a regulação e autorização dos preços dos medicamentos, nos termos do artigo 15.º nº4 alínea c). Porém, esta regulação não é dirigida à correção de uma falha de mercado ou a uma promoção de concorrência dentro do mercado farmacêutico, quer a nível da produção, da distribuição ou comercialização dos medicamentos. Quanto a nós esta regulação e autorização dos preços prende-se antes com a garantia do custo-efectividade do medicamento e por forma a garantir o acesso dos cidadãos ao medicamento, com o fim a ser a protecção da saúde pública. Com efeito, a regulação centra-se no custo-efectividade do medicamento,

sendo também aí uma regulação técnica, que não se prende com valores de mercado, mas sim com a aspectos técnicos que permitam garantir a qualidade, segurança e sobretudo a eficiência do produto a um preço acessível. Poder-se-ia aqui discutir, se estamos perante uma regulação social (distinção que não consideramos útil), devido ao valor subjacente à norma poder ser, na nossa opinião, a protecção da saúde pública e a garantia de acesso dos cidadãos ao medicamento a um medicamento e produtos com qualidade e segurança.

Apesar de acabar por ter influência no funcionamento e acesso ao mercado, não está em causa a regulação económica, na medida em que não se está perante uma situação de correção de falhas de mercado¹⁷⁰.

Vemos no entanto, caso se aceite a possibilidade de discussão de existência de uma regulação social, uma possível área em que coexistam uma regulação técnica e uma regulação social, dado o fim ser de protecção da saúde pública que parece subjacente às normas. Porém, conforme já referido, esta distinção parece-nos de pouca utilidade, pois o objetivo protecção da saúde pública, não impede ou exclui o prosseguimento de outros objetivos, que até poderiam ser de regulação económica, como acontece na ERS. Ainda acrescentar, que aqui não se prossegue a correção de uma falha de mercado ou externalidade, não pretende o INFARMED corrigir o funcionamento do mercado para que este atinja um determinado objetivo social, mas antes verificar e garantir as qualidades técnicas, eficiência e segurança, dos produtos e entidades envolvidas no sector, sendo este o seu foco principal, servindo-se somente dos padrões elevados de saúde pública como ponto de referência, como retiramos do artigo 3.º n.º1 da sua lei orgânica.

Assim, cremos que o INFARMED uma entidade que age através intervenção indirecta no sector regulado, prevendo medidas, condições, especificações, e controlo (através de certificação, autorização, licenciamento) de determinada actividade e supervisionado e fiscalizando a actividade, de modo a assegurar a segurança, a eficiência e a garantia de qualidade dos produtos (medicamentos e outros), bem como do processo produtivo (laboratórios) e da distribuição (farmácias).

¹⁷⁰ Posição contrária parece ser a encontrada em – NUNES, Rui, *Regulação da Saúde, Vida Económica*, 3ª Ed., 2014, pp. 136

5.4 O INFARMED à Luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes

Ao longo desta dissertação estudámos o que é regulação, o que são entidades reguladoras independentes, o regime da lei-quadro das entidades reguladoras independentes e, por último, o INFARMED. Agora, chega o momento de verificar se o INFARMED é uma entidade reguladora independente, nos à luz do Decreto-Lei 67/2013, de 28 de agosto.

Desde já começamos por dizer, que a questão da natureza do INFARMED não é linear, como se poderia pensar da leitura da sua lei orgânica do. Com efeito, o Tribunal da Relação de Lisboa¹⁷¹, a propósito de um conflito de competência, à luz do artigo 112.º n.º 1 alínea g) da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto¹⁷², em que o os Excelentíssimos Juízes referem que “...*dirigir orientações, emitir directivas ou solicitar informações ... sobre os objetivos a atingir ...e sobre as prioridades...não é incompatível com o conceito de entidade administrativa independente*” acrescentando ainda que “*E não é pelo fato de existir uma “entidade reguladora” na área da saúde e de o INFARMED não ser identificado como entidade reguladora que lhe pode retirar a qualidade de entidade administrativa independente*”. Quanto a nós, e adiantando já uma possível confusão, tal poderá significar o afastamento do próprio conceito, na medida em que prejudicará a independência funcional, que é inerente ao conceito de entidade administrativa independente.

Não obstante o já referido, importa analisar o INFARMED à luz da Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes. Começando pelo título da própria lei, esta é designada, “*Lei -quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo*”. Tal se extrai igualmente do anexo da LQERI, nomeadamente, o artigo 1.º n.º 1 do anexo da LQERI vem determinar que a lei vem regular “*entidades administrativas independentes com funções de regulação e de*

¹⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo:164/14.6YUSTR-A.L1 -5, Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2e5587fe9196416f80257ec2003197f8?OpenDocument>

¹⁷² Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1974&tabela=leis

promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas dos setores privado, público, cooperativo e social". Quer no título da lei, como no artigo 1.º n.º1 do anexo da LQERI, podemos verificar que a lei regula entidades administrativas independentes com funções de regulação económica e de promoção de defesa da concorrência. Daqui poderemos extrair desde logo dois requisitos, que são a natureza de entidade administrativa independente e ser uma entidade que exerça regulação económica do sector privado e cooperativo.

Quanto ao facto de ser uma entidade com funções de regulação económica, já nos referimos no ponto anterior. Quanto a nós, o INFARMED exerce uma regulação técnica, por todos os motivos já referidos. Assim, na nossa opinião, o INFARMED estaria sempre excluído desta LQERI, por não exercer uma regulação económica, mas sim uma regulação técnica.

Sobre o INFARMED ser uma entidade administrativa independente, importa analisar a independência da própria entidade, pois apesar de fazer parte da administração indirecta e ter a forma institucional de Instituto Público, a verdade é que a qualificação do INFARMED entidade administrativa independente deverá ser tarefa do intérprete e não do legislador. No artigo 3º n.º2 das LQERI são elencadas uma série de entidades reconhecidas como entidades reguladoras para o efeito de lhes serem aplicadas a LQERI. Dentro das entidades referidas, não faz parte o INFARMED, embora também não seja excluído pelo n.º4 do artigo 3. Assim, tendo em conta que as entidades aí reconhecidas fazem parte de uma lista não taxativa, importará verificar o regime em anexo à LQERI, bem como a lei orgânica do INFARMED, e verificar se esta entidade se enquadra no regime da LQERI.

O Artigo n.º2 do anexo da LQERI, vem referir que a lei se aplica às entidades reguladoras determinadas como tal por lei. Contudo, no seu artigo 3.º n.º1 do anexo, vem referir o legislador, que a lei entende como entidades reguladoras aquelas que sejam pessoas colectivas de direito público, sejam também entidades administrativas independentes e tenham funções de regulação económica, de defesa dos serviços de interesse geral, bem como da protecção dos direitos e interesses dos consumidores e da promoção e defesa da concorrência. Ora, aqui o legislador, vem corrigir ou pelo menos acrescentar um pouco à fórmula do artigo 2.º, na medida que, caso não o fizesse, poderiam caber naquela formulação entidades reguladoras que prosseguissem outros fins ou tivessem outra natureza.

A lei-quadro no artigo 3º nº2 do diploma em anexo, refere uma serie de requisitos para verificar se as entidades reguladoras prosseguem as suas atribuições com independência, e em consequência se poderem integrar na LQERI. São estes requisitos os 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 infrações;
- f) Garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

Quanto aos requisitos das alíneas a) e b), partindo do artigo 1.º nº 1 da sua lei orgânica, o INFARMED é “*dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio.*” Aqui importa verificar se esta autonomia financeira tem o mesmo significado à luz da LQERI, nomeadamente dos seus artigos 33.º e seguintes. Com efeito, o INFARMED parece encaixar no artigo 33.º nº3 da LQERI, possuindo autonomia administrativa e de gestão. Encontra-se assim, em conta as disposições dos artigos 12.º e 13.º da lei orgânica do INFARMED, num terceiro nível de autonomia preconizado pela LQERI, conforme foi referido e explicado no capítulo anterior,

Em relação à sua independência orgânica, funcional e técnica, o INFARMED não preenche estes requisitos, na nossa opinião. Desde logo, este não possui a independência orgânica necessária, dado o processo de nomeação do seu corpo directivo, a renovabilidade dos mandatos do INFARMED é contrária igualmente a LQERI, e embora não coloque a independência *per si* em causa, a duração do mandato é igualmente distinta, bem como o seu regime de incompatibilidades e impedimentos. Contudo, estes requisitos não são preenchidos devido ao INFARMED estar sujeito à LQIP, visto ser esta que os regula. Colocar-se-ia então a questão de se a LQERI revogaria essas disposições da LQIP no que toca ao INFARMED, não lhe sendo mais aplicáveis.

Apesar do referido, o ponto fulcral, na nossa opinião, em relação à não independência do INFARMED à luz da LQERI, e que afasta em toda a linha o INFARMED enquanto entidade administrativa independente, seria o facto de este estar sujeito à tutela administrativa e superintendência do Estado o que compromete a sua independência funcional.

A sujeição de uma entidade a superintendência e tutela administrativa, como já referido ao longo do trabalho, é incompatível com o conceito de uma entidade reguladora independente. Esta posição vem consagrada no artigo 45.º n.º 1 da LQERI, onde se exclui da aplicação da lei às entidades sujeitas a tutela administrativa e superintendência. Este é o caso do INFARMED, que se encontra sujeito a tutela administrativa e superintendência, de acordo com o artigo 1.º n.º 2 do INFARMED. Tal situação, de acordo com o exposto ao longo desta dissertação, afasta igualmente o conceito do INFARMED enquanto entidade administrativa independente. Não compreendemos pois, posições como a do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁷³, que coloca o INFARMED como entidade administrativa independente, na medida que os poderes de tutela e superintendência não colocariam em causa o facto de o INFARMED ser uma entidade administrativa independente. Tal posição, no meu entendimento, seria incompreensível. Quer tendo em conta a Doutrina nacional sobre o tema, como tendo em conta a presente lei-quadro, é obvio que os poderes de tutela administrativa e superintendência colocam em causa a independência funcional da entidade. Daí resulta, o não preenchimento do conceito de entidade administrativa independente.

O conceito de entidade administrativa independente não comporta a sujeição ou vinculação das entidades a direcções ou instruções governativas, não respondendo as entidades pelo mérito das suas decisões.¹⁷⁴ Ora, como podemos ver, o INFARMED está assim sujeito a estas duas figuras, afastando-se por isso do âmbito de aplicação da lei-quadro das entidades reguladoras e cumulativamente do conceito de entidade administrativa independente.

¹⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo:164/14.6YUSTR-A.L1 -5, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2e5587fe9196416f80257ec2003197f8?OpenDocument>

¹⁷⁴ MAÇAS, Fernanda & MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Direito Público e Regulação*, n.º4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, págs. 25 e ss.

Apesar do referido nos parágrafos anteriores, a lei-quadro tem, na nossa opinião, uma tutela administrativa prévia e encoberta, no artigo 45.º n.º 4 e seguintes. Tal coloca em causa a independência funcional das entidades e um verdadeiro desvio ao conceito de entidade administrativa e/ou reguladoras independentes, pois estamos perante a possibilidade de um controlo de mérito de algumas decisões a entidade reguladora. Contudo, a verdade é que esta tutela nunca é tão alargada e restritiva como a tutela administrativa associada ao INFARMED E a própria tutela prévia é alvo de limitações, nomeadamente ao nível das justificações. Embora, o espectro das mesmas seja alargado e utilize conceitos indeterminados, que podem levar a decisões de mérito por parte do executivo.

Sintetizando o referido, à luz da lei-quadro o INFARMED não teria a independência necessária para se enquadrar como uma entidade regulada pela LQERI.

A respeito da alínea d) próprios órgãos do INFARMED são distintos dos das entidades reguladoras independentes à luz da lei-quadro, tendo uma diferente forma de nomeação, como já referido anteriormente. Contudo, este possui órgãos próprios, tal como património.

Importa agora analisar a alínea e), por forma a percebermos se os poderes do INFARMED configuram entre eles poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções. Atendendo à leitura do artigo 15.º da lei orgânica do INFARMED, com realce para os n.º 6 e seguintes do artigo 15.º, podemos verificar que esta entidade INFARMED detém poderes regulamentares. Detém igualmente poderes de supervisão, como por exemplo, o constante do artigo 15.º n.º4 alínea f)¹⁷⁵. Os poderes de regulação, consubstanciam-se, por exemplo, na possibilidade regular os preços, nos termos do artigo 15.º n.º 4 alínea c) da lei orgânica do INFARMED¹⁷⁶. Com efeito, o INFARMED tem poder sancionatório, tal pode-se retirar da leitura do artigo 16.º do INFARMED.

Sintetizando, o INFARMED não é quanto a nós uma entidade reguladora independente à luz da LQERI, devido à sua natureza, pois é um Instituto Público

¹⁷⁵ “Avaliar e inspeccionar os estabelecimentos e agentes que desenvolvem actividades farmacêuticas, designadamente de fabrico, distribuição e comercialização de medicamentos e dispositivos médicos” Artigo 15.º n.º4 alínea f)

¹⁷⁶ “Regular e autorizar os preços dos medicamentos sujeitos e não sujeitos a receita médica comparticipados ou a participar pelo Serviço Nacional de Saúde” Artigo 15.º n.º4 alínea c)

fazendo parte da administração indirecta e não da administração independente. Está por isso sujeito a tutela e superintendência, vendo-se afastado da LQERI, à luz do artigo 45.º desta lei. Ainda se encontra afastado, dado o facto de não exercer na nossa opinião, e à luz da sua lei orgânica, uma função de regulação económica. Encontra-se assim afastado do objecto da LQERI, como definido no artigo 1.º no 1 da LQERI, bem como da natureza da entidade regulamentada pela LQERI, de acordo com o artigo 3.º nº1 da mesma.

VI- Conclusões

1. A lei-quadro das entidades reguladoras independentes não é uma lei-quadro, pois não detém valor reforçado. Tal poderá vir a pôr em causa a sua utilidade. A sua real aplicação e valor terá de ser medido e avaliado ao longo do tempo.
2. A LQERI vem ter um papel importante de harmonização dos estatutos das entidades reguladoras independentes por ela abrangidas.
3. Uma vantagem que nos parece surgir da criação da LQERI é a definição de um regime de criação, fusão e extinção das entidades reguladoras. Embora, achemos que os critérios deveriam ser mais concretos e esclarecedores.
4. As coimas aplicadas por entidade reguladora independente sujeita a LQERI constituem receita da mesma. Quanto a nós, tal poderá provocar uma distorção do sentido da lei, A entidade poderá ser incentiva à aplicação de coimas, funcionando estas como auto funcionamento, podendo revelar-se ineficiente em relação às sanções previstas.
5. Não cremos que a LQERI tenha sido o suficientemente ambiciosa em relação à independência nela consagrada. Com efeito, o Executivo parece ter um papel determinante em algumas questões, como por exemplo, a espécie de tutela preventiva de legalidade e mérito financeiro, que se encontra consagrada no artigo 45.º.
6. O INFARMED não possui funções de regulação económica. Olhando para as suas atribuições e poderes, podemos verificar que este exerce uma regulação técnica, procurando garantir a segurança e qualidade do sector do medicamento.
7. O INFARMED é um Instituto Público, fazendo parte da administração indirecta e sujeito a superintendência e tutela, como definida pela LQIP.
8. O INFARMED não tem a Natureza de entidade reguladora independente à luz da LQIP, tendo como principal factor de separação o facto de este não ter a autonomia exigida para essa qualificação.
9. O INFARMED tem uma independência orgânica reduzida em comparação com as disposições da LQERI, bem como órgãos distintos.

10.A LQERI regulamenta entidades que exerçam funções regulação económica, o que não acontece com o INFARMED, que exerce uma regulação técnica, afastando-se por isso a sua aplicação.

VII-Bibliografia

1. Doutrina –

- ADAM SMITH- *A Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I e II, 4ª Edição, 2001
- ARANDA DA SILVA, José, Da Direcção-Geral de Assuntos Farmacêuticos ao INFARMED, in *INFARMED 15 anos: olhar o passado, projetar o futuro*, 2008
- AZEVEDO, Maria Eduarda- *Temas de direito da economia*, Coimbra, Almedina, 2013
- BLANCO DE MORAIS- Carlos, *O estatuto híbrido das entidades reguladoras da Economia*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- CABRAL MONCADA- Luís S., *Direito Económico*, 5ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007
- CALVÃO DA SILVA- João Nuno, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico Geral*, Almedina, 2008
- CALVÃO DA SILVA, João Nuno - *Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo*, in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015
- CALVETE, Vítor- *Regulação, concorrência, e all that jazz*, in *Revista Julgar*, 2009.

- CALVETE, Vitor- *Smoke & Mirrors*, in Revista de Concorrência e Regulação, ano 2, nº 7/8, disponível em: https://works.bepress.com/victor_calvete/8/- última consulta em 28-01-2017
- CÂMARA, Paulo- Direito dos Valores Mobiliários, 2ª Edição, Almedina, 2011.
- CARDOSO SIMÕES, Tânia - *Entidades Reguladoras: Um Ano de Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Almedina, janeiro/março de 2014,
- CATARINO, Luís Guilherme, *O novo regime da administração independente*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina
- CONFRARIA, João- *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, 2ª Edição
- CONFRARIA, João- *Uma Análise da Económica da Lei-Quadro*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, janeiro/março de 2014, Almedina
- CONFRARIA, João- *Estado Regulador, Regulação independente e a Lei-Quadro*, in *Estudos de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, 2015*
- CUNHA RODRIGUES, Nuno- *Regulação da Saúde*, in Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?, Coimbra, Almedina, 2009
- DAL BÓ, Ernesto- *Regulatory Capture: A review*, in Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, NO.2
- DERTHICK, M. & QUIRK, P. - *The Politics of Deregulation*, The Brookings Institution, Washington DC, 1985

- DUARTE, Maria Luísa & GOMES, Carla Amado, *O Tribunal Constitucional Português e a garantia do Direito da União Europeia*, in Estudos em homenagem ao Professor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. I, Almedina, 2010
- ESPIRITO SANTO NORONHA, João- *A Nova Lei-Quadro Das Entidades Reguladoras: Poderes E Instrumentos Regulatórios*, in Estudos de Regulação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, Maio 2015
- FREITAS DO AMARAL, Diogo- *Curso de Direito Administrativo*, 3ª Edição, 5ª reimpressão, vol. I, Lisboa, Almedina, 2010
- GONÇALVES, Pedro Costa- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação nº 8, Coimbra, Coimbra Editora, junho de 2013
- GONÇALVES, Pedro Costa & LOPES MARTINS, Licínio -Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica, in Estudos da Regulação da Saúde, Vol. II, Coimbra editora, maio 2015
- GRABOSKY, Peter- *Using Non-Governmental Resources to Foster Regulation Compliance*, in Governance, Vol. 8, Issue 4, 1995
- KAHN, Alfred- *“The Economics of Regulation – Principles and Institutions”* The MIT Press, 1998
- MAÇÃS, Fernanda, & MOREIRA, Vital- *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Direito Público e Regulação*, nº4, Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- MAJONE, Giandomenico- *The rise of the regulatory state in europe*, in West European Politics, vol. 17, cap. III, 1994.

- MARQUES, Maria Manuel Leitão & MOREIRA Vital- *A Mão Visível, Mercado e Regulação*, Almedina, 2008
- MARTINEZ, Pedro Soares- *Economia Política*, Coimbra, Almedina, 10ª Edição, 2005
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS- Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Ed., Coimbra, 2007
- Moreira, Vital- *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Ed., Coimbra, 1997
- MOREIRA, Vital- *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997.
- NUNES, Rui, *Regulação da Saúde*, Vida Económica, 3ª Edição, 2014,
- OTERO, Paulo - *Legalidade e Administração pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003
- PASSARO, Michelle - *Le Amministrazione Indipendenti*, Giappichelle Editores, Torino, 1996
- PAZ FERREIRA, Eduardo - *A constituição Económica e a União Monetária: Da construção do Socialismo ao Credo Monetarista* in “Em Torno da Revisão do Tratado da União Europeia”, Almedina, 1997.
- PAZ FERREIRA, Eduardo - *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- PAZ FERREIRA, Eduardo & SILVA MORAIS, Luís - *A regulação sectorial da Economia – introdução e perspectiva geral*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009.

- PAZ FERREIRA, Eduardo - *Em torno da regulação económica em tempos de mudança*, in Revista de Concorrência e Regulação, ano I, número 1, Almedina, 2010.
- REILLY, D.O & SWEET A.S - *The Liberalization and Reregulation of Air Transport*, in Journal of European Public Policy, Volume 5, Number 3, 1 September 1998.
- SALDANHA SANCHES, José - *A regulação: breve história de um conceito*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, Lisboa, 2000.
- SILVA MORAÍIS, Luís- *O artigo 90.º do Tratado CEE – As empresas públicas e o Direito da concorrência na União Europeia*, in Em torno da Revisão do Tratado da União Europeia, Almedina, Coimbra, 1997.
- SILVA MORAÍIS, Luís - *Lei-Quadro das autoridades reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano V, Número 17, Almedina, 2014
- TULLOCK, Gordon & SELDON, Arthur & BRADY, Gordon. L - *Government Failure: A primer in public choice*, Washington DC, Cato Institute, 2002.
- VICKERS, John & YARROW -George, *Privatization: An Economic Analysis*, Cambridge”, The MIT Press,1989.

2. Legislação

- Constituição da República Portuguesa
- Lei 46/77, de 5 de fevereiro de 1977
- Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro de 2004
- Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto

- Lei nº 67/2013, de 28 de agosto de 2013
- Lei nº 10/2014, de 6 de março,
- Decreto-Lei nº 1/2015, de 6 de janeiro
- Decreto-Lei nº 5/2015, de 8 de janeiro
- Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto
- Decreto-Lei nº 84/2013, de 25 de junho
- Decreto-Lei nº 78/2014, de 14 de maio,
- Decreto-Lei 126/2016, de 22 de agosto
- Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março
- Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março
- Decreto-Lei n.º 353/93
- Decreto-Lei n.º 495/99, de 18 de novembro
- Decreto-Lei n.º 212/2006, de 27 de outubro
- Decreto-Lei n.º 269/2007 de 26 de julho
- Decreto-Lei nº 46/2012, de 24 de fevereiro
- Decreto-lei n.º 124/2011, de 29 de dezembro
- decreto n.º 41448
- Portaria n.º 267/2012, de 31 de agosto
- Proposta de Lei 132/XII

3. Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa - *Processo: 164/14.6YUSTR-A.L1* -5, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ec/2e5587fe9196416f80257ec2003197f8?OpenDocument>
- Acórdão Costa contra Enel de 15 de julho de 1964 – Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=URISERV%3A114548>

4. Outros Documentos

- Memorando de Entendimento de Portugal com a troika – disponível em:
http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf
- Relatório de Execução do PREMAC - disponível em:
http://www.portugal.gov.pt/media/150566/premac_apres.pdf
- Parecer ERS – disponível em:
https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1060/farmacias_e_parafarmacias.pdf

5. Recursos Eletrónicos

- http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php
- <http://www.portugal.gov.pt/>
- <http://www.dgsi.pt/>
- <http://eurlex.europa.eu/legalcontent>
- <http://app.parlamento.pt>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>
- <https://dre.tretas.org>
- <https://www.ers.pt>
- <https://dre.pt>