

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito de Lisboa

Mestrado em Direito Administrativo – Vertente Energia

Título da dissertação:

**A Independência da Entidade Reguladora dos Serviços
Energéticos**

**Dissertação realizada pelo Candidato: Manuel Allen de
Oliveira Valença**

Número de aluno: 142711144

Orientador: Mestre Rui de Oliveira Neves

Trabalho concluído a 30 de Setembro de 2013

Introdução

Nos últimos anos, a actividade de regulação dos sectores económicos tem crescentemente sido atribuída a entidades administrativas denominadas independentes, cujas características em muito diferem da “*clássica*” Administração Pública.

A razão para tal acontecer prende-se com o facto de ser considerado, pelos decisores comunitários e nacionais, que a atribuição de poderes de regulação a entidades destacadas da restante Administração Pública acaba por ser a melhor forma de assegurar essa actividade é mais eficazmente concretizada.

O sector energético em Portugal não foi excepção, tendo sido criada a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), cujas características levam a que se seja englobada no leque das entidades reguladoras independentes.

Na presente dissertação, pretende-se analisar a natureza desta entidade reguladora e problematizar se, de facto, a mesma pode ser considerada como uma entidade realmente independente. Para o efeito, será analisada a evolução dos poderes e atribuições da ERSE, questionando se o incremento dos mesmos levou a um aumento da autonomia ou independência desta entidade.

ÍNDICE

1. Objecto de estudo	4
2. O conceito de administração independente	6
3. A Regulação dos sectores da electricidade e do gás natural	8
a) Fundamentos da regulação nestes sectores	8
b) Entidades que procedem à regulação destes sectores	9
4. A ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos	12
a) Enquadramento normativo	12
b) Natureza e finalidade	14
c) Atribuições	15
d) Poderes/Competências	16
5. A evolução da ERSE e o impacto na sua independência	23
6. Critérios para determinação de independência	24
7. A característica da independência nos estatutos da ERSE	27
7.1 Critério orgânico	32
a) Nomeação dos membros do órgão executivo da ERSE	32
b) Características do mandato do conselho de administração	34
c) Inamovibilidade dos membros do conselho de administração	35
d) Incompatibilidades e impedimentos	36
e) Remuneração do conselho de administração	38
7.2 Critério funcional	38
a) Autonomia funcional	39
b) Património e receitas próprias	41
c) Estatuto dos trabalhadores	42
d) Controlo judicial	42
e) Veto do presidente	43
7.3 Critério relativo	43
8. Análise crítica à independência da ERSE	44

9. É necessário uma ERSE totalmente independente?	49
10. Conclusão	54
11. Referências bibliográficas	56

A Independência da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

1. Objecto de estudo

Nas últimas décadas, em resultado da evolução do regime político e económico nacional, o papel do Estado na economia sofreu marcantes alterações. Esta verdadeira revolução, como descrevem os Professores Vital Moreira e Fernanda Maçãs¹, assenta em dois traços fundamentais. Em primeiro lugar, tem-se assistido a uma “*desintervenção*” do Estado na economia, ou seja, o Estado progressivamente tem abandonado a posição de prestador de serviços, assistindo-se a uma progressiva liberalização da economia, muitas vezes alicerçada numa orientação privatizadora dos respectivos agentes. Com esta “*desintervenção*” estatal, aumenta a necessidade de uma maior supervisão e regulação do mercado por parte do Estado, para travar comportamentos ilícitos por parte dos agentes, e para correcção das assimetrias que surjam. Consequentemente, de um Estado “*Prestador*” passou-se para um ideal de Estado “*Regulador*”. Em segundo lugar, além desta “*desintervenção*”, tem-se assistido também nas últimas décadas a uma “*desgovernamentalização*” da regulação, ou seja, o papel de regulador tem progressivamente deixado de ser atribuído à administração pública, passando a ser exercido por entidades dotadas de grande autonomia, as denominadas autoridades reguladoras independentes.

A assinalada tendência de atribuição da actividade de regulação a entidades independentes, originária dos Estados Unidos da América, pode ser explicada por vários factores. Desde logo, o Estado, se bem que tenha reduzido a sua participação na economia, é ainda muitas vezes um substancial prestador de serviços. Assim, a atribuição da tarefa regulatória a uma entidade independente acaba por ser um garante de que não haverá conflito de interesses entre o Estado “*Prestador*” e o Estado “*Regulador*”. Igualmente, contribuirá para que haja uma menor politização do órgão regulador, permitindo uma maior especialização por parte dos seus quadros. Essa independência e especialização acabam por contribuir para um

¹ Vital Moreira e Fernanda Maçãs, “*Autoridades Reguladoras Independentes*”, Colecção Direito Público e Regulação, Coimbra Editora, 2003, Coimbra, p. 9

melhor e mais imparcial desempenho de funções – veja-se, por exemplo, o caso da necessidade de assegurar o acesso às redes a todos os operadores numa situação em que existe um único operador de rede. A forma mais clara e isenta de assegurar que este acesso é garantido de forma imparcial é se for uma entidade independente a assegurar esse acesso. Da mesma forma, uma entidade independente é a que tem mais autoridade para garantir o cumprimento das obrigações de serviço público pelos competentes agentes ².

Um pouco por toda a Europa se assistiu a este movimento autonomizador da regulação económica sectorial. Sendo certo que os poderes destas entidades independentes não serão exactamente iguais, podem-se elencar algumas características semelhantes, que permitem que possam ser englobadas e estudadas num mesmo conjunto. Assim, e como é referido pelos Professores Vital Moreira e Fernanda Maçãs³, embora estejam sujeitas a uma grande heterogeneidade orgânica e funcional, podem-se destacar alguns pontos de contacto. Deste modo, poderão ser encontradas semelhanças ao nível (i) do objecto, dado que estas entidades tendencialmente prosseguem fins de defesa da concorrência e do mercado, e de protecção dos consumidores; (ii) da natureza administrativa; (iii) da independência funcional e orgânica; e (iv) da neutralidade e imparcialidade.

No caso de Portugal, verifica-se que foi seguida esta tendência, tendo sido criadas várias entidades reguladoras, cujas características levam a que sejam qualificadas como entidades reguladoras independentes. Em sectores como por exemplo o das telecomunicações (com a criação da Autoridade Nacional de Comunicações), dos seguros (com o Instituto dos Seguros), da Banca (com o Banco de Portugal) e dos valores mobiliários (com a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliário), foram criadas entidades reguladoras com características que acompanharam este movimento⁴.

² No mesmo sentido, Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, p. 12

³ Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, p. 22

⁴ De referir que a extensão de funções e poderes e o grau de independência destas entidades reguladoras muitas vezes não são semelhantes. Foi contudo publicada no dia 28 de Agosto a Lei nº 67/2013 (Lei-quadro das entidades administrativas independentes), que veio estabelecer os princípios e as normas pelas quais se deverão reger estas entidades. Esta lei-quadro conduzirá a uma necessária harmonização de regimes entre as

O sector energético não foi excepção. Nesta dissertação, analisaremos a independência do regulador dos sectores da electricidade e do gás natural⁵, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE). Pretende-se em concreto analisar a natureza desta entidade, e problematizar a sua qualificação como entidade reguladora independente. Igualmente, analisar-se-á a evolução dos poderes e atribuições desta entidade, questionando se o incremento dos mesmos levou a um aumento da autonomia ou independência desta entidade.

2. O conceito de administração independente

Antes de se iniciar a descrição da regulação no sector energético, cumpre esclarecer de antemão o conceito de administração independente. Neste sector da administração, entre outras entidades, incluem-se muitas das entidades reguladoras como a ERSE.

Nas palavras do Prof. Lucas Cardoso, a administração independente, em sentido subjectivo, *“é o conjunto de órgãos do Estado e de pessoas colectivas públicas de carácter institucional que asseguram a prossecução de tarefas administrativas de incumbência do Estado sem estarem sujeitos aos poderes de hierarquia, de superintendência, nem de tutela dos órgãos de direcção política”*. Já em sentido objectivo, *“é a actividade administrativa exercida com vista a prossecução de fins do Estado, no respeito pela ordem jurídica mas sem subordinação à política”*⁶.

Por seu turno, o Prof. Vital Moreira define este sector da administração como *“toda a administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na*

entidades reguladoras abrangidas, uma vez os respectivos estatutos deverão ser adequados às normas contidas neste diploma – com excepção do Banco de Portugal e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, aos quais não se aplicará esta lei (artigo 1º, nº 2).

⁵ A regulação de outros subsectores englobados do sector lato da energia (como o sector petrolífero) não será alvo de análise no presente texto.

⁶ José Lucas Cardoso, *“Administração Independente”*, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa, 2007, Lisboa, p. 17

administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-administração de quaisquer interesses organizados”⁷.

Deste modo, verifica-se que o principal traço distintivo da Administração independente é o prosseguimento de interesses e fins do Estado por entidades administrativas não sujeitas à direcção, superintendência ou tutela estadual.

A Administração independente é vista e reconhecida como um sector autónomo, destacado dos mais “tradicionais” sectores da Administração Pública, a directa, indirecta e autónoma⁸. Assim, a Administração independente distingue-se da Administração directa, na qual o prosseguimento dos fins do Estado é levado a cabo pelos próprios serviços estaduais, sujeitos ao poder de direcção. Há aqui uma forte relação hierarquizada, e uma forte subordinação aos órgãos de soberania. Igualmente, a Administração independente distingue-se da Administração indirecta, em que o prosseguimento dos fins do Estado é feito por entidades com personalidade jurídica própria, sendo que, no entanto, estas entidades estão sujeitas aos poderes de superintendência e tutela estaduais, que se traduzem em poderes de orientação, fiscalização e controlo.

Por fim, a Administração independente também se distingue da Administração autónoma. Sendo certo que ambas não estão sujeitas a controlo hierárquico, a administração autónoma tende a prosseguir os interesses dos respectivos membros, que legitimam os seus poderes. Por seu lado, a Administração independente visa prosseguir o interesse geral do Estado – a sua própria concepção foi determinada com as características que a tornam dotada de uma maior independência precisamente porque se crê que essa é a melhor forma de atingir o interesse geral do Estado⁹. Igualmente, a administração autónoma encontra-se sujeita ao poder de tutela, sendo que, idealmente, a administração independente não se encontra sujeita a este controlo por parte do Estado.

⁷ Vital Moreira “*Administração Autónoma e Associações Públicas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 127

⁸ No mesmo sentido, José Lucas Cardoso, *ob.cit.*, p. 27

⁹ No mesmo sentido, Vital Moreira e Fernanda Maçãs, “*Autoridades Reguladoras...*”, *ob. cit.*, p. 31.

É na Administração independente que se enquadram as entidades reguladoras como a ERSE, que acabam por não se enquadrar na clássica tríade distintiva. Mais à frente no presente trabalho irá questionar-se até que ponto uma entidade reguladora como a ERSE acaba por ser efectivamente independente na prossecução dos seus trabalhos. Não obstante, cumpre de antemão começar por explicar a regulação nos sectores da electricidade e do gás natural.

3. A Regulação dos sectores da electricidade e do gás natural

a) Fundamentos da regulação nestes sectores

Antes de identificar as entidades que procedem à regulação dos sectores da electricidade e do gás natural, cumpre esclarecer que, nestes sectores, face às características dos mesmos, a regulação acaba por ter um papel fundamental¹⁰, essencialmente por três razões¹¹.

Em primeiro lugar, estes dois sectores, tendencialmente, estão sujeitos a falhas de mercado, sendo frequente a existência de monopólios naturais ou legais no transporte e distribuição de energia¹². Assim, é necessário a existência de uma entidade reguladora eficaz que controle e assegure que, a montante (com a actividade de produção de electricidade/aquisição de gás) e a jusante (com a actividade de comercialização) das actividades de rede, existem condições para que estas actividades possam ser exercidas em regime de plena concorrência. Deverá, então, ser assegurado o livre acesso de terceiros às redes, e para tal é necessária uma efectiva intervenção da entidade reguladora.

¹⁰ No mesmo sentido, apenas referindo o sector da electricidade, Larsen, Pedersen, Sorensen e Olsen, *Independent Regulatory Authorities in Europe*, 2004.

¹¹ Outras razões podem no entanto ser apontadas, como por exemplo a necessidade de garantir padrões de qualidade de serviço, ou a necessidade de garantir um serviço universal, que chegue a todos os clientes, mesmo que isso represente por vezes investimentos economicamente desinteressantes.

¹² No sector do gás natural é também preciso destacar o monopólio legal de recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito.

Em segundo lugar, a regulação nos sectores da electricidade e do gás natural é fundamental para assegurar a segurança do abastecimento. De facto, encontrando-se as actividades da produção e da comercialização de energia em regime de mercado, e dada a constante procura de optimização das margens pelos agentes destas actividades, tal poderia eventualmente conduzir a situações em que a efectiva segurança do abastecimento dos consumidores viesse a estar comprometida. Assim, a reguladora deve ter um papel primordial na confirmação e reconhecimento de que a electricidade e gás natural necessários para a população geral não escasseiam¹³.

Por fim, e em terceiro lugar, a existência de uma forte regulação nestes dois sectores é essencial para assegurar a protecção dos consumidores, especialmente dos clientes finais vulneráveis. De facto, as empresas que operam no sector são por norma sociedades comerciais de capital intensivo, com preocupações claras e legítimas de obtenção de lucros. Sendo o fornecimento de electricidade e de gás natural serviços essenciais, é claro o dever que a entidade reguladora tem de assegurar que, na prossecução das suas actividades, os agentes que operam nestes sectores não praticam preços injustificáveis ou discriminatórios, e que são acauteladas as situações de clientes que vivem em condições mais desfavoráveis.

b) Entidades que procedem à regulação destes sectores em Portugal

Cumpre começar por mencionar sumariamente as entidades que, além da ERSE, procedem à regulação dos sectores da electricidade e do gás natural em Portugal. De facto, cumprindo a ERSE um papel de destaque na regulação destes sectores, não está no entanto isolada nesta tarefa.

Refere o nº 2 do artigo 57º do diploma que estabelece as bases do Sistema Eléctrico Nacional (SEN), o Decreto-Lei nº 29/2006, de 15 de Fevereiro¹⁴, que a regulação do sector

¹³ Veja-se o caso da crise energética da Califórnia de 2000/01, cujos *blackouts* levaram a prejuízos na ordem dos 40 biliões de dólares a este estado norte-americano – Christopher Weare, *The California Electricity Crisis: Causes and Policy Options*, 2003.

¹⁴ Este diploma, que procede à transposição da Directiva nº 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, que estabelece regras comuns para o mercado interno de electricidade, já sofreu

eléctrico cabe à ERSE, sem prejuízo das atribuições que caibam à Direcção Geral de Energia e Geologia (DGEG), à Autoridade da Concorrência (AdC), à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e a outras entidades administrativas, no exercício das suas funções. O Decreto-Lei nº 30/2006, também de 15 de Fevereiro¹⁵, que estabelece as bases do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), contém uma disposição no mesmo sentido¹⁶.

Verifica-se assim que a regulação nos sectores da electricidade e do gás natural é assegurada essencialmente pela DGEG e pela ERSE. Contudo, importantes papéis são atribuídos à CMVM¹⁷ e à Autoridade da Concorrência (AdC)¹⁸. A primeira encarrega-se sobretudo de regular os mercados organizados de energia, sem prejuízo de velar pelo cumprimento das obrigações que advêm da admissão à negociação em mercado regulamentado de valores mobiliários emitidos por empresas, incluindo as que operam nestes sectores. Já no que concerne à AdC, esta entidade tem um campo de actuação transversal, pugnando pela defesa da concorrência em todos os sectores económicos.

Relativamente à DGEG, esta entidade é actualmente regida pelo Decreto-Lei nº 151/2012, de 12 Julho¹⁹, diploma que veio reestruturar esta direcção. A DGEG, de acordo com o

cinco alterações. Assim, foi alterado pelos Decretos-Leis nºs 104/2010, de 29 de Setembro, 78/2011, de 20 de Junho, 75/2012, de 26 de Março, e 112/2012, de 23 de maio, e 215-A/2012 de 8 de Outubro.

¹⁵ Este diploma, que procede à transposição da Directiva nº 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural, também já foi alvo de cinco alterações. Foi alterado pelos Decretos-Leis nºs 66/2010, de 11 de Junho, 77/2011, de 20 de Junho, 74/2012, de 26 de Março, e 112/2012, de 23 de Maio e 230/2012 de 26 de Outubro.

¹⁶ Prevê nº 2 do artigo 51º do DL 30/2006 que “a regulação a que se refere o número anterior é atribuída à ERSE, sem prejuízo das competências atribuídas à DGEG, à Autoridade da Concorrência, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e a outras entidades administrativas”.

¹⁷ A CMVM (www.cmvm.pt) foi criada pelo Decreto-Lei nº 142-A/91 de 10 de Abril.

¹⁸ A AdC (www.concorrenca.pt) foi criada pelo Decreto-Lei nº 10/2003 de 18 de Janeiro.

¹⁹ Este diploma veio revogar o Decreto-Lei nº 139/2007 de 27 de Abril, que criou a DGEG. Esta entidade sucedeu nas atribuições da Direcção-Geral de Geologia e Energia, criada pelo Decreto-Lei nº 186/2003 de 20 de Agosto.

artigo 1º do DL 151/2012, é um serviço central da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa. De acordo com o nº 1 do artigo 2º deste diploma, esta entidade tem como missão “*contribuir para a concepção, promoção e avaliação das políticas relativas à energia e aos recursos geológicos, numa óptica do desenvolvimento sustentável e da garantia da segurança do abastecimento.*”. Entre as suas atribuições destacam-se, de acordo com o nº 2 do artigo 2º: (i) a contribuição para a definição, realização e avaliação da execução das políticas energéticas, (ii) a participação na elaboração do enquadramento legislativo e regulamentar adequado às actividades de produção, transporte, distribuição, armazenamento, comercialização e utilização de energia; (iii) a competência para licenciamento de infra-estruturas de gás natural, designadamente, de transporte, de armazenamento subterrâneo, de terminais de regaseificação de Gás Natural Liquefeito, de estações de compressão e de postos de redução de pressão, (iv) a competência para licenciamento de instalações eléctricas de abastecimento público de tensão nominal superior a 60 kV, bem como das centrais de produção de energia eléctrica em regime ordinário e em regime especial, (v) a competência para registo dos comercializadores de electricidade e gás natural em regime de mercado, para registo dos comercializadores de electricidade e dos operadores de pontos de carregamento para a mobilidade eléctrica, e (vi) o licenciamento de instalações eléctricas de microprodução e de miniprodução.

É costume referir-se, de um prisma algo simplista, que a regulação técnica dos sectores da electricidade e do gás natural foi atribuída à DGEG, sendo que a ERSE ocupar-se-ia da regulação económica. Sendo certo que isso não será bem assim, dado que a ERSE tem também bastantes competências a nível técnico²⁰, a DGEG tem, de facto, e como se vê pelas suas atribuições, um papel de mais fulcral importância no que concerne à regulação técnica dos sectores da electricidade e do gás natural, competindo-lhe nomeadamente a

²⁰ Veja-se por exemplo o caso do Regulamento da Qualidade de Serviço (RQS) do sector eléctrico e também do gás natural, que passou a integrar as competências exclusivas da ERSE, por força da publicação do Decreto-Lei nº 212/2012, de 25 de Setembro, e das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 215-B/2012, de 8 de Outubro no Decreto-Lei nº 172/2006, de 23 de Agosto.

função de licenciar os centros produtores de electricidade e as infra-estruturas de gás natural consoante as necessidades do país.

Como já foi referido, a DGEG não é uma entidade reguladora que possa ser integrada nas denominadas autoridades reguladoras independentes, tratando-se de um serviço central da administração directa do Estado²¹. Não obstante, e de acordo com o n.º 1 do artigo 1.º do DL 151/2012, a DGEG é dotada de autonomia administrativa²².

4. A ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

a) Enquadramento normativo

Com o pacote legislativo de 1995, foi reestruturado o sector eléctrico português, consagrando-se a total abertura do mesmo à iniciativa privada²³ e iniciando o processo de privatização do operador do sector, a hoje denominada EDP – Energias de Portugal, S.A.. Neste pacote legislativo, que subdividiu o sistema eléctrico em dois subsistemas, o Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP), planeado para efeitos de prestação de um serviço público e o Sistema Eléctrico Não Vinculado (SENV), organizado segundo uma óptica de mercado, constava o Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, que criou a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico. Como se pode descortinar pelo preâmbulo deste diploma, fundamentalmente dois objectivos estão por trás da criação desta entidade. Em primeiro lugar, uma vez que no SEP existiam várias entidades, surgiu a necessidade “*de estabelecer*

²¹ De facto, na DGEG, o director-geral é designado e destituído de acordo com a pretensão do responsável pelo Ministério em que está integrado. Igualmente, de acordo com o artigo 6.º, a DGEG dispõe das receitas provenientes das dotações do Orçamento de Estado, não sendo dotada de autonomia patrimonial.

²² Não deverá este provimento de autonomia administrativa ser confundido com o conceito de administração autónoma, identificado no ponto 2 *supra*. De facto, aqui o sentido de autonomia administrativa será o poder atribuído à DGEG de praticar actos definitivos, dentro dos poderes que lhe foram atribuídos.

²³ O sector energético consistia num dos sectores abrangidos pela Lei n.º 46/77 de 8 de Julho (Lei de Delimitação dos Sectores) - segundo a alínea a) do artigo 4.º, era vedado a privados o acesso à actividade de produção, transporte de energia para consumo público. Em rigor a abertura do sector eléctrico à iniciativa privada ocorreu com a alteração da aludida lei pela Decreto-Lei n.º 449/88 de 10 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 189/88 de 27 de Maio, que passou a permitir que os centros electroprodutores com potência instalada inferior a 50MW fossem detidos por entidades privadas.

mecanismos de relacionamento comercial” que assegurassem “*a transparência e não discriminação*”, sem colocar em causa o serviço público prestado. Por outro lado, face à criação do SENV, que funcionava segundo os ditames do mercado, surgiu a necessidade de assegurar “*uma coexistência equilibrada e transparente*” entre este sistema e o SEP. Para assegurar a concretização destes objectivos, o governo considerou que seria necessário estabelecer “*mecanismos explícitos de regulação*”, conduzidos pela entidade reguladora que este diploma criou.

Apesar de ter sido criada em 1995, a ERSE apenas entrou em funcionamento em 1997. Nessa altura, foram publicados os respectivos estatutos, com o Decreto-Lei nº 44/97, de 20 de Fevereiro²⁴.

Os Decretos-Lei nº 187/95 e nº 44/97 foram depois revogados pelo Decreto-Lei nº 97/2002, de 12 de Abril, que procedeu à transformação da ERSE, que passou a englobar também o sector do gás natural, além do da electricidade, e estabeleceu os novos estatutos desta entidade reguladora. Com este alargamento de competência, a reguladora passou a denominar-se ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Ainda no decorrer do ano de 2002 foi feita uma pequena alteração a este diploma, com o Decreto-Lei nº 200/2002, de 25 de Setembro, apenas para prever que no Conselho Tarifário, um dos órgãos da ERSE, deveria ter assento um representante da Associação Nacional de Municípios Portugueses.

Este diploma manteve-se inalterado exactamente pelo período de dez anos, tendo a 25 de Setembro de 2012 sido publicado o Decreto-Lei nº 212/2012, que veio adaptar esta entidade reguladora às muitas alterações ocorridas nos sectores nacionais do gás natural e da electricidade, originadas em grande parte pela aprovação do Terceiro Pacote Energético

²⁴ Apenas depois da revisão de 1997 é que a Constituição da República passou a prever, no seu artigo 267º, a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes. No mesmo sentido, Rodrigo Varela Martins, “*Os Poderes de Regulação da ERSE*”, Revista de Direito Público e Regulação, CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro 2009, p. 81.

da Comunidade Europeia, pelos processos de processos de privatização de algumas das principais destes sectores, e pelo programa de assistência financeira a Portugal.

Por fim, já no decorrer do corrente ano foi publicado o Decreto-Lei nº 84/2013, de 25 de Junho, que visou adaptar os estatutos da ERSE à lei de enquadramento das entidades reguladoras²⁵, e ainda para cumprir com compromissos adicionais no Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes de Política Económica.

b) Natureza e finalidade

Conforme já foi *supra* referido, a ERSE é englobada nas intituladas autoridades reguladoras independentes, ao lado de entidades como por exemplo a CMVM, o Banco de Portugal ou o Instituto de Seguros de Portugal²⁶.

De facto, já o preâmbulo do DL 187/95 referia que os mecanismos de regulação de que o sector da electricidade carecia deveriam ser conduzidos *“por uma entidade com marcadas características de independência, por forma a suscitar a desejada confiança nos operadores de mercado e a criar um quadro regulamentar estável e equilibrado”*.

Sem prejuízo da análise que irá ser feita mais adiante sobre a efectiva independência da ERSE, cumpre referir as disposições dos Estatutos que tratam da natureza desta entidade reguladora. Assim, o actual nº 1 do artigo 1º dos Estatutos da ERSE define esta reguladora como *“uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente”*. O artigo 2º refere, por seu lado, que a ERSE é independente no exercício das suas funções, não estando sujeita a superintendência ou a tutela governamental, sem

²⁵ Na data de publicação do DL 84/2013 não tinha ainda sido publicada a lei de enquadramento das entidades reguladoras.

²⁶ No nº 2 do artigo 3º da Lei nº 67/2013 (Lei-quadro das entidades administrativas independentes) são identificadas as entidades que são reconhecidas como entidades administrativas independentes: o Instituto de Seguros de Portugal, a CMVM, a AdC, a ERSE, a Autoridade Nacional de Comunicações (ex-ANACOM), o Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P., o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos e a Entidade Reguladora da Saúde. São também reconhecidos o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, mas não lhes é aplicável este diploma (nº 4).

prejuízo do disposto no regime de enquadramento das entidades reguladoras e nas aplicáveis disposições dos presentes estatutos.

O nº 2 do artigo 1º refere ainda que a ERSE é dotada “*de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica e de património próprio*”, o que poderá ajudar a analisar a independência desta entidade.

Quanto à finalidade da ERSE, verifica-se que, primeiramente, esta entidade deve proceder à regulação dos sectores da electricidade e do gás natural (artigo 1º, nº 2). Igualmente, esta reguladora deve proceder à regulação da actividade de gestão de operações da rede de mobilidade eléctrica.

c) Atribuições

A regulação levada a cabo pela ERSE deve promover a eficiência e a racionalidade dos sectores da electricidade e do gás natural. Igualmente, esta regulação deve ser conduzida de forma objectiva, transparente, não discriminatória e concorrencial²⁷. Por fim, deve prosseguir o objectivo do mercado interno e do mercado ibérico, tanto na electricidade como no gás natural. Todos estes objectivos são cumpridos através da prossecução de determinadas atribuições, que estão previstas no artigo 3º dos Estatutos.

Sendo certo que a lista é bastante extensa, constando do nº 2 do artigo 3º dos Estatutos, podem-se destacar algumas das atribuições da ERSE, como a protecção dos direitos dos consumidores, assegurar que os agentes do sector com obrigações de serviço público exercem as suas actividades de forma adequada e eficiente, promover a eficiência e a qualidade de serviço nos sectores regulados, velar pelo cumprimento das obrigações dos agentes do sector, cooperar com entidades reguladoras nacionais e comunitárias, pugnar pela transparência dos mercados e a respectiva integração, monitorizar o investimento em

²⁷ De acordo com o artigo 5º dos Estatutos, compete à ERSE fomentar e garantir a observância das regras de concorrência nos sectores por si regulados, sendo que lhe compete denunciar à AdC as práticas anti-concorrenciais.

capacidade de produção de electricidade para assegurar a segurança de abastecimento, monitorizar o investimento destinado à constituição das reservas estratégicas de gás natural, promover a concorrência entre agentes, e proceder à certificação do operador da Rede Nacional de Transporte, tanto do sector eléctrico como do sector do gás natural.

Ainda incumbe à ERSE, nos termos do n.º 3 deste artigo, colaborar com a Assembleia da República e com o Governo na formulação de políticas e normas que se incluam no seu âmbito de regulação e proceder à divulgação do quadro regulatório, bem como das obrigações dos operadores e dos direitos dos consumidores.

d) Poderes/Competências

De acordo com o Prof. Vital Moreira²⁸, as autoridades reguladoras têm por norma três funções gerais: (i) a função de elaborar normas, a qual consiste no poder normativo; (ii) a função de implementar normas e supervisionar o seu cumprimento, a qual corresponderá ao poder de supervisão, e (iii) a função de sancionar as infracções às normas, a qual corresponderá ao poder sancionatório.

Esta qualificação dogmática acaba por se reflectir, ainda que de forma mais pormenorizada, no n.º 2 do artigo 1.º dos estatutos da ERSE, no qual é referido que esta, no exercício das suas funções, “*goza de poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios*”.

Para exercício destes poderes, e para prossecução da sua finalidade e das suas atribuições, os Estatutos acabam por estabelecer, no seu Capítulo II, quais as competências genéricas da ERSE. Assim, este diploma prevê, de acordo com o n.º 2 do artigo 8.º, que esta reguladora dispõe de competências de natureza regulamentar, de regulação e supervisão, consultiva, sancionatória e de resolução de litígios. Assim, à lista dos poderes elencados no n.º 2 do

²⁸ No mesmo sentido, Prof. Vital Moreira, “*O Regulador – História, regime e perspectivas da ERSE*”, apresentação constante do site www.relop.org.

artigo 1º são acrescentadas duas competências genéricas da maior importância, a consultiva e a de resolução de litígios.

(i) Competências regulamentares

A ERSE dispõe de competência para a elaboração e aprovação de regulamentos destinados à aplicação da legislação que versa sobre os sectores do gás natural e da electricidade (artigo 9º). Em particular, no âmbito do SEN e do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), cabe à ERSE aprovar o Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações²⁹, o Regulamento das Relações Comerciais, o Regulamento Tarifário, o Regulamento da Qualidade de Serviço e o Regulamento de Operação de Redes. Esta competência normativa reflecte a prevista no artigo 67º do Decreto-Lei nº 215-B/2012 (no que concerne ao SEN) e no artigo 77º do Decreto-Lei nº 231/2012 (relativamente ao SNGN).

O procedimento de aprovação ou alteração de qualquer regulamento prevê as entidades às quais o procedimento deve ser comunicado, as formalidades e prazos a cumprir, os locais onde o procedimento deve ser disponibilizado para consulta, e como são publicados os diplomas aprovados (artigo 10º)³⁰.

Uma questão a ter em conta quando se aborda esta temática da competência ou poder regulamentar prende-se com a extensão que os regulamentos poderão atingir, relativamente às leis de que dependem.

Assim, no texto de um regulamento não deve existir inovação normativa, devendo este acto normativo “apenas” complementar e executar a lei que o conjecturou³¹, não podendo ir mais além, contra, ou modificar a norma legal. Tal seria ir contra o disposto no nº 5 do

²⁹ No SNGN tem o nome Regulamento de Acesso às Redes, às Infra-Estruturas e às Interligações.

³⁰ De acordo com o nº 6 do artigo 10º, os regulamentos da ERSE que contenham normas de eficácia externa são publicados na 2.ª série do Diário da República e disponibilizados na sua página de Internet.

³¹ De acordo com Paula Costa e Silva, “*Não pode implicar inovação normativa, mas tão-somente a execução, por complementação legalmente habilitada, de normas pré-existentes*”, “*As Autoridades Independentes. Alguns Aspectos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica*”, O Direito, ano 138º, III, 2006

artigo 112º da Constituição da República Portuguesa³², que prevê que “nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”.

(ii) Competências de regulação e supervisão

A ERSE dispõe de poderes de regulação e supervisão, conforme estatui o artigo 11.º dos Estatutos. Trata-se, antes de mais, da observância da função de implementar normas e supervisionar o seu cumprimento, apontada pelo Prof. Vital Moreira.

Assim, os estatutos definem como poderes de regulação, em primeiro lugar, o poder de estabelecer as tarifas, no âmbito dos regulamentos tarifários do SEN e do SNGN, que serão aplicadas pelos agentes regulados do sector³³, e em segundo lugar, o poder de definir as regras de contabilidade analítica na óptica da separação contabilística das actividades reguladas.

Esta competência acaba por ser determinante na moldagem económica dos sectores regulados, percebendo-se facilmente que uma correcta e mais assertiva regulação contribui para sistemas mais justos e equilibrados, permitindo por exemplo que cada interveniente aufera a remuneração correcta pelo serviço que presta.

Quanto aos poderes de supervisão que a ERSE tem a seu cargo, os estatutos definem dois tipos de poderes. Por um lado, num prisma mais pró-activo, cabe a esta reguladora dar execução às leis e demais ordens aplicáveis aos sectores regulados, emitir ordens, instruções e recomendações nos quadros normativos aplicáveis, e conceder as autorizações e as homologações neles previstas. Num prisma mais vigilante e fiscalizador, compete à ERSE assegurar a aplicação das normais legais e regulamentares aplicáveis no âmbito das

³² No mesmo sentido, Rodrigo Varela Martins, *ob. cit.*, p. 87

³³ De acordo com o artigo 12º, nº2, “As decisões da ERSE relativas a tarifas e preços são publicadas na 2.ª série do Diário da República e divulgadas através da página da Internet (...)”.

suas atribuições e exigir das entidades reguladas toda a informação necessária para o exercício das suas atribuições³⁴.

(iii) Competências consultivas

No seu papel de reguladora dos sectores da electricidade e do gás natural, a ERSE, de acordo com os seus estatutos, deve prestar a necessária colaboração a entidades externas, sempre que essa colaboração se enquadre dentro das suas atribuições. Essa colaboração não deve ser limitada a entidades que gravitem pelas mesmas matérias, como a DGEG, mas também a entidades reguladoras de outros sectores (como a CMVM) ou outras entidades com competências transversais (a AdC, por exemplo). Tal competência consta do n.º 1 do artigo 15.º, que também estabelece que a ERSE deve emitir os pareceres que forem solicitados pelos tribunais.

Esta competência é também relevante no sentido em que compete à ERSE pronunciar-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas respeitantes às suas atribuições no âmbito dos sectores por si regulados (artigo 16.º).

Sendo certo que os pareceres emitidos, de acordo com o artigo 17.º, não têm uma natureza vinculativa, a faculdade de poder participar em iniciativas normativas e de prestar apoio acaba por garantir a participação da ERSE nas questões que lhe concernem, dando-lhe uma voz nas discussões em causa.

(iv) Competências de resolução de litígios

Esta competência, prevista no artigo 20.º, vem garantir à ERSE uma função relevante em duas vertentes. Por um lado, caberá a esta reguladora efectuar acções de conciliação e mediação quando surjam conflitos entre operadores regulados, ou entre estes operadores e

³⁴ No artigo 13.º são elencados os poderes dos trabalhadores e mandatários da ERSE quando estes desempenhem funções de fiscalização, nos quais se destacam os poderes de aceder a instalações e de obter cópia de documentação que se considere necessária. Já o artigo 14.º vem estabelecer que a ERSE pode realizar inquérito ou auditorias a empresas reguladas, desde que essas diligências se enquadrem nas actividades reguladas e nas atribuições dos reguladores.

clientes ou terceiros. Por outro lado, a ERSE deve tomar conhecimento das queixas apresentadas pelos clientes, devendo, caso julgue necessário, ordenar ou recomendar aos operadores regulados as providências necessárias para a reparação justa dos direitos dos consumidores (nº 5 do artigo 21º).

Refira-se também que a ERSE deve fomentar a arbitragem para a resolução de litígios entre os intervenientes nos sectores regulados e os consumidores.

(v) Competências sancionatórias

Dada a sua recente evolução, deixa-se para o final um dos mais relevantes poderes da ERSE, o poder sancionatório.

O nº 1 do artigo 19º determina que estão sujeitos ao poder sancionatório da ERSE todas as entidades intervenientes no SEN e no SNGN, cujas actividades estejam sujeitas a regulação por parte desta Reguladora. O nº 2 vem prever que o regime sancionatório é objecto de diploma próprio.

De facto, como já foi mencionado *supra*, a função sancionatória é, em regra, uma característica das autoridades reguladoras ditas independentes. No entanto, no caso da ERSE, se bem que esta função se encontrava inscrita nos seus estatutos desde a versão introduzida pelo DL 97/2002, verifica-se que a mesma não podia ser exercida³⁵. De facto, no nº 1 do artigo 18º do DL 97/2002, constava que competia à ERSE proceder ao processamento das contra-ordenações e a aplicação de coimas e sanções acessórias a determinadas situações referidas nos Decretos-Lei nº 183/95, 184/95 e 185/95, todos de 27 de Julho³⁶. No entanto, dois apontamentos devem ser referidos quanto a esta disposição. Em primeiro lugar, os diplomas identificados eram exclusivamente afectos ao sector

³⁵ No mesmo sentido, Rodrigo Varela, *ob cit.*, p. 95

³⁶ Os Decretos-Lei nº 183/95, 184/95 e 185/95, todos de 27 de Julho, estabeleciam, respectivamente, os regimes jurídicos da actividade produção de energia eléctrica, a actividade de distribuição e a actividade de transporte de energia eléctrica.

eléctrico, pelo que se verificava que o sector do gás natural estava excluído do exercício pela ERSE da sua competência sancionatória. Em segundo lugar, verifica-se que o Decreto nº 172/2006, de 23 de Agosto, no nº 1 do artigo 79º, procedeu à revogação destes três diplomas identificados no artigo 18º do DL 97/2002. Daí que, por efeito da aplicação do princípio da tipicidade penal, a norma que previa a competência sancionatória da ERSE ficou esvaziada de conteúdo, ficando a ERSE com poderes não exercíveis neste campo.

Com as alterações introduzidas aos estatutos pelos DL 212/2012 e DL 84/2013, foi alterada a redacção do artigo referente às competências sancionatórias da ERSE, passando então a prever-se que o respectivo regime constaria de diploma autónomo.

No dia 28 de Janeiro de 2013, foi publicada a Lei nº 9/2013, que aprovou o regime sancionatório do sector energético. Com a publicação deste diploma, finalmente a ERSE passou a estar dotada de capacidades sancionatórias, estando agora explicitamente definidos, nomeadamente, o âmbito, a aplicabilidade subjectiva e objectiva, os poderes de inspecção, as coimas, sanções acessórias e os limites deste regime.

Assim, é referido no artigo 2º deste regime que compete à ERSE processar e punir as infracções administrativas às normas legais e regulamentares dos sectores da electricidade e do gás natural, bem como às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que estejam tipificadas como contra-ordenação no regime sancionatório e em qualquer outra disposição legal. Igualmente, incumbe à Reguladora participar às autoridades competentes as infracções a leis ou regulamentos de que tome conhecimento no desempenho das suas funções. Por fim, este artigo estatui que este regime é aplicável a todas as entidades intervenientes no SEN e no SNGN que exerçam actividades sujeitas à regulação da ERSE.

Além de apresentar um considerável leque de situações típicas que consubstanciam contra-ordenações³⁷, este regime sancionatório apresenta alguns pontos que merecem destaque:

- Desde logo, são previstos fortes poderes de inquérito e de inspecção (artigo 10º), que prevêem, nomeadamente, que a ERSE, através dos seus funcionários, pode (i) interrogar entidades reguladas, ou demais pessoas envolvidas, ou mesmo quaisquer outras pessoas, bem como solicitar documentos e outros elementos de informação que entenda necessários para o esclarecimento dos factos; (ii) proceder, nas instalações das entidades reguladas ou outras pessoas colectivas, a buscas e recolha de documentos e outros objectos, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova³⁸ e proceder à selagem dos locais das instalações das entidades reguladas ou outras pessoas colectivas em que se encontrem elementos necessários à investigação.
- São previstas coimas elevadas para quem cometer uma contra-ordenação, estando não obstante definidos limites às coimas a aplicar (artigo 32º). Assim, nas contra-ordenações muito graves, a coima a aplicar não pode exceder, para cada sujeito infractor, 10 % do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória. Quanto às contra-ordenações graves, a coima não pode exceder, para cada sujeito infractor, 5 % do respectivo volume de negócios. Por fim, no caso das contra-ordenações leves, a coima não pode exceder 2 %.
- São previstas sanções acessórias que podem ser aplicadas juntamente com a coima, caso a gravidade da infracção o justifique (artigo 35º). Estas sanções acessórias poderão consistir (i) na interdição do exercício de qualquer actividade no âmbito dos sectores regulados; (ii) na interdição do exercício de cargo de administração ou

³⁷ O artigo 28º estabelece as contra-ordenações no âmbito do SEN e o artigo 29º estabelece as contra-ordenações do SNGN. Em ambos os casos, as contra-ordenações estão divididas em muito graves, graves e leves.

³⁸ O artigo 11º, no nº 1, prevê inclusivamente que, existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores das entidades reguladas ou outras pessoas colectivas, provas da prática de actos susceptíveis de enquadrar uma contra-ordenação, podem ser realizadas buscas domiciliárias.

de funções de direcção nas entidades intervenientes nos sectores regulados; (iii) Publicação da decisão de condenação, nomeadamente num jornal de expansão nacional, no sítio na Internet da ERSE e no do próprio infractor.

- A ERSE pode conceder a dispensa ou redução da aplicação da coima ao infractor, tendo este, para o efeito, que fornecer espontaneamente informações necessárias que permitam à ERSE exercer atempadamente as suas competências regulatórias; reparar, junto dos prejudicados, os danos emergentes das situações infractoras; e cooperar continuamente com a ERSE (artigo 40.º).
- É estabelecido que, das decisões proferidas pela ERSE no âmbito de um processo de contra-ordenação, cabe apenas recurso judicial para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (artigo 46.º).

5. A evolução da ERSE e o impacto na sua independência

Na presente tese, e tal como foi referido no início, pretende-se analisar a evolução da ERSE, e se esta evolução eventualmente contribuiu para a mutação da natureza desta entidade. Assim, sendo a ERSE qualificada como uma das entidades reguladoras independentes, pretende-se analisar se a ERSE pode ser considerada uma entidade desta natureza, e a evolução dessa independência ao longo da sua existência.

Como é perceptível pelo já exposto nos pontos anteriores, a ERSE, desde a sua génese, tem visto as respectivas competências serem progressivamente reforçadas. Desde que foi criada em 1995, esta entidade tem marcadamente ampliado o seu âmbito de actuação, englobando novos sectores (como o gás natural) e abarcando novas atribuições.

Paralelamente, tem-se verificado um aumento das suas competências, como provam os poderes que lhe foram atribuídos em sede de resolução de litígios, e a recente aprovação do respectivo regime sancionatório.

No entanto, a evolução das atribuições e competências não tem necessariamente que ter impacto na eventual independência de uma entidade reguladora. Contribui, isso sim, para

alargar a abrangência da actuação da entidade em causa, ganhando um papel de cada vez maior destaque nos sectores em que actua.

Por seu lado, a independência afere-se pela capacidade da entidade em causa tomar as decisões e pautar a sua conduta de forma não condicionada por qualquer entidade terceira, quaisquer que sejam os poderes que lhe são atribuídos.

Assim, por muito que as atribuições e competências de determinada entidade reguladora sejam aumentadas, esta não será independente se se verificar que uma entidade externa como o Governo ou um operador do sector tem o poder de influenciar decisivamente as decisões que são tomadas.

De referir não obstante que, para uma entidade poder ser verdadeiramente independente, é necessário que possa tomar as suas decisões da forma mais esclarecida possível. A ocultação de informação por um agente terceiro pode e deve ser considerada uma forma de condicionamento da actividade. Nesse prisma, qualquer aumento dos poderes de uma entidade, no sentido de aumentar as suas competências de investigação, inquérito, e de acesso a informação pode contribuir para que a respectiva actividade seja exercida de uma forma menos condicionada, e, conseqüentemente, de uma forma mais independente.

Seguidamente, elencar-se-ão os critérios que, na nossa opinião, deverão ser preenchidos pela ERSE para que esta possa ser considerada uma entidade verdadeiramente independente. Após a identificação destes critérios, analisa-se os estatutos desta entidade, numa perspectiva evolutiva, para se aferir se estes critérios se encontram aí consagrados, podendo, conseqüentemente, a ERSE ser qualificada como uma autoridade reguladora de natureza verdadeiramente independente.

6. Critérios para determinação de independência e a sua aplicação à ERSE

As autoridades reguladoras independentes não detêm todas os mesmos poderes e competências. Não obstante, da análise das mesmas, é possível recolher algumas características que tendencialmente são comuns a todas estas entidades. Assim, desde logo,

estas entidades têm um objecto semelhante, que passa pela regulação de um sector especial e essencial, e pela protecção dos seus regulados. Igualmente, estas entidades são todas de índole administrativa, se bem que num sentido diverso das entidades administrativas tradicionais, dado que são dotadas de uma muito mais ampla autonomia. Outras características patentes são a neutralidade, no sentido em que as decisões tomadas pelos titulares dos órgãos recorrem a critérios predominantemente técnicos (afastando qualquer vinculação política) e a imparcialidade, no sentido em que a actuação destas entidades, sendo norteada pelo interesse público, não deverá privilegiar injustificadamente qualquer dos interesses existentes em jogo³⁹.

Contudo, uma das mais relevantes características destas entidades reguladoras é a independência. De facto, sendo certo que as particularidades referidas acabam por estar intrinsecamente ligadas, a independência acaba por ser a característica preponderante destas entidades administrativas, e que ajuda de sobremaneira a distinguir as mesmas das restantes entidades administrativas tradicionais.

Para os Professores Vital Moreira e Fernanda Maçãs, existem três critérios fundamentais para aferir a independência de uma autoridade reguladora: um critério orgânico, um critério funcional e um critério relativo, no confronto com os interesses envolvidos na actividade regulada⁴⁰.

O primeiro critério traduz-se na independência dos titulares dos respectivos órgãos da entidade reguladora. Assim, deverá esta entidade estar sujeita a apertados regimes de incompatibilidades para os titulares dos cargos de direcção e à definição de requisitos prévios para nomeação dos seus membros. Igualmente, os mandatos dos respectivos dirigentes devem ser de duração fixa e preferencialmente não renováveis. Do mesmo modo, a duração de cada mandato não deverá ser muito curta, e a nomeação dos titulares não deverá coincidir com eleições estatais, de forma a não politizar qualquer dos órgãos dos

³⁹ Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, p. 24

⁴⁰ Vital Moreira e Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, p. 28.

reguladores. Por fim, deverá estar prevista a inamovibilidade dos dirigentes durante a duração dos respectivos mandatos.

O segundo critério, o da independência funcional, traduz-se na ausência por parte da entidade reguladora de sujeição a qualquer controlo de mérito, não devendo igualmente receber ordens de qualquer entidade. Assim, esta entidade não deverá estar inserida em qualquer estrutura hierárquica, não tendo que subordinar a sua actividade a orientações de qualquer entidade pública. Qualquer controlo da entidade deverá ser feito através de meios judiciais, estando afastado qualquer controlo de mérito por outras entidades administrativas.

Por fim, o critério relativo, de independência face aos interesses envolvidos na actividade regulada. Este critério traduz-se na necessidade das reguladoras deverem manter-se imunes aos interesses dos regulados, para evitar fenómenos de “captura”. Para combater estes fenómenos, as reguladoras deverão permanecer isoladas dos agentes do sector regulado, para evitar a “captura” do regulador pelos interesses instalados. Igualmente, qualquer assimetria de informação deverá ser corrigida, para que a reguladora possa tomar as suas decisões da forma mais capaz possível, e os membros designados deverão ser escolhidos pela sua independência e preparação técnica, para evitar qualquer decisão toldada por um qualquer interesse instalado, que pode ser tanto de um agente do sector, uma qualquer empresa que aí actue, ou por parte de uma entidade pública ou governamental.

Estes três critérios acabam por ser basilares numa análise à independência de qualquer entidade reguladora⁴¹.

De um ponto de vista mais prático, o Prof. João Confraria refere que a “*ideia de independência*”⁴² tem como principais aspectos, por um lado, a existência de personalidade

⁴¹ Por exemplo, no sentido em que remete para a definição dos Profs. Vital Moreira e Fernanda Maçãs, Maria Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte, *Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

jurídica e de autonomia financeira e patrimonial, e por outro, um conjunto de regras sobre a nomeação e destituição dos dirigentes das reguladoras. De facto, por um lado, estas entidades deverão obrigatoriamente ser dotadas de personalidade jurídica, para poderem “*contrair responsabilidades e obrigações legais*”. A autonomia financeira e patrimonial permite que a entidade reguladora não esteja dependente de uma outra qualquer entidade, ficando conseqüentemente menos sujeita a eventuais pressões. Quanto à fixação de regras sobre nomeação e destituição dos dirigentes, e como já foi referido *supra*, a mesma serve o intuito de dotar as autoridades reguladoras dos melhores e mais capazes técnicos, sendo que visa também garantir que os mesmos possam exercer as suas funções com sujeição ao mínimo de condicionamento e pressão possíveis.

Estando a ERSE englobada no leque das autoridades reguladoras independentes, os seus estatutos abordam os critérios e as características aqui referidas. Estes estatutos foram alvo de alterações ao longo dos anos, sendo que nestas alterações foi também aprofundado o grau de independência atribuído a esta entidade reguladora. De seguida aplicar-se-ão os critérios *supra* identificados aos diplomas que vieram estabelecer os estatutos da ERSE.

7. A característica da independência nos estatutos da ERSE

Como já foi referido *supra*, os estatutos da ERSE sofreram já algumas alterações desde a sua criação, em 1995. Nessas alterações, os Estatutos da ERSE integraram avanços na independência desta entidade reguladora. De facto, desde a criação da ERSE existiram preocupações no sentido de assegurar que existisse independência no desempenho das respectivas funções. Seguindo o método de análise proposto pelos Professores Vital Moreira e Fernanda Maçãs, verifica-se que os critérios orgânico, funcional e relativo foram encontrando expressão nos estatutos da ERSE, tendo existido uma tendência marcadamente evolutiva.

⁴² João Confraria, “*Regulação e Concorrência – Desafios do século XXI*”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 131 ss.

Assim, nos Decretos-Lei nº 187/95, de 27 de Julho e nº 44/97, de 20 de Fevereiro, que estiveram na génese da ERSE aquando da reestruturação do sistema eléctrico nacional, tiveram já cuidado em assegurar que a ERSE fosse dotada de alguma independência. Como já foi referido *supra*, o preâmbulo do DL 187/95 referia que a regulação do sector (nesta altura apenas eléctrico) fosse conduzida “*por uma entidade com marcadas características de independência*”. Igualmente, no artigo 2º era referido que “*a Entidade Reguladora é uma pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*”. No entanto, nesta fase inicial, a ERSE era ainda uma entidade marcadamente condicionada a uma grande tutela por parte do ministério a que estava adstrita e, conseqüentemente, pelo Governo.

Com o Decreto-Lei nº 97/2002, de 12 de Abril, que procedeu à revogação do DL 187/95 e do DL 44/97, estabelecendo os novos estatutos da ERSE (que passou a englobar também o sector do gás natural), verifica-se que a autonomia e a independência da ERSE não foram muito reforçadas. Sendo certo que este diploma veio no seguimento da transposição das directivas comunitárias que preconizavam a abertura dos sectores abrangidos pela actividade da ERSE à concorrência⁴³, também é certo que estas directivas não continham grandes directrizes no que concerne à regulação⁴⁴.

⁴³ Este decreto-lei vem no seguimento da Directiva nº 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro, e a Directiva nº 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho, que vieram prever a progressiva abertura dos mercados internos da electricidade e do gás natural à concorrência. Conforme é referido no preâmbulo do DL 97/2002, estas directivas conferiram às entidades reguladoras “(...) *um papel de crucial importância na garantia das obrigações de serviço público e na implementação dos mecanismos tendentes a assegurar a igualdade de tratamento, a transparência e a não discriminação no acesso às redes e no relacionamento entre os diversos operadores, no respeito pelas regras da concorrência* (...)”

⁴⁴ Tanto a Directiva nº 96/92/CE como a Directiva nº 98/30/CE continham apenas um artigo referente à regulação, o artigo 22º, que referia “*Os Estados-membros criarão mecanismos apropriados e eficazes de regulação, supervisão e transparência, a fim de evitar abusos de posição dominante, designadamente em detrimento dos consumidores, bem como os comportamentos predatórios. Tais mecanismos terão em conta as disposições do Tratado, especialmente as do seu artigo 86º.*”

Assim, não obstante o DL 97/2002 conter disposições que referiam, entre outros aspectos, que a tarefa de regulação deveria ser entregue a entidades dotadas de independência⁴⁵, constando inclusivamente no nº 2 do artigo 2º, que “*a ERSE é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei (...)*”, não se vislumbraram grande avanços nesta matéria, continuando, nessa altura, a ERSE a ser uma entidade altamente condicionada pelo Governo.

As maiores alterações aos estatutos da ERSE, no que toca à temática da independência, resultaram da necessidade de serem transpostas para o ordenamento jurídico português as directivas comunitárias do Terceiro Pacote Energético, mais precisamente as Directivas nºs 2009/72/CE (referente ao sector da electricidade) e 2009/73/CE (referente ao sector do gás natural), do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho⁴⁶.

Estas directivas, que contêm redacções idênticas no que toca à actividade da regulação⁴⁷, vêm impor diversas medidas aos Estados-Membros que visam assegurar que as entidades reguladoras de cada Estado-Membro prossigam a sua actividade de forma independente e autónoma. Estas directivas obrigam, desde logo, a que as entidades reguladoras sejam juridicamente distintas e funcionalmente independentes de qualquer outra entidade pública ou privada. Igualmente, referem que estas entidades devem ser dotadas de pessoal e responsáveis que ajam de forma independente de qualquer interesse de mercado e não recebam instruções de qualquer entidade, governamental ou de outra natureza (sem prejuízo das orientações políticas gerais emanadas do governo).

⁴⁵ É referido também no preâmbulo que “*estes objectivos têm sido prosseguidos por meio da criação de entidades reguladoras sectoriais, destacadas da administração directa do Estado e dotadas de maior ou menor independência, tanto orgânica como funcional.*”

⁴⁶ Este terceiro pacote pugnava, em grande parte, pela conclusão da liberalização dos mercados de electricidade e de gás natural, pela promoção da concorrência e por garantir a sustentabilidade dos sistemas eléctrico e do gás natural.

⁴⁷ Na Directiva 2009/72/CE, a disposição em causa é o artigo 35º. Na Directiva 2009/73/CE é o artigo 39º.

As directivas prevêem também que as entidades reguladoras devem poder tomar decisões autónomas, independentemente de qualquer órgão político, tenham dotações orçamentais anuais separadas, gozem de autonomia na aplicação do orçamento atribuído e disponham dos recursos humanos e financeiros adequados às suas funções. Por fim, são impostas restrições a nível dos mandatos dos administradores (mandatos de cinco a sete anos, renováveis por uma vez), sendo também referido que os membros só deverão poder ser demitidos se deixarem de satisfazer as condições de independência ou forem condenados por falta grave.

A completa transposição das directivas do Terceiro Pacote foi também um dos compromissos assumidos pelo Estado Português no âmbito do Memorando de Entendimento celebrado aquando do Programa de Assistência Económica e Financeira celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional (a denominada “Troika”). Neste Memorando, foram assumidos compromissos no sentido de concluir a liberalização dos sectores do gás natural, sendo dado também ênfase na necessidade de reforço da independência e poderes das reguladoras nacionais.

Neste contexto, foram publicados dois decretos-leis que alteraram os estatutos da ERSE, completando a transposição do Terceiro Pacote Energético.

O primeiro desses diplomas foi o Decreto-Lei nº 212/2012, de 25 de Setembro, que veio adaptar esta entidade reguladora às muitas alterações ocorridas nos sectores nacionais do gás natural e da electricidade, originadas em grande parte pela aprovação do Terceiro Pacote Energético da Comunidade Europeia, pelos processos de privatização de algumas das principais destes sectores, e pelo programa de assistência financeira a Portugal. No entanto, este diploma também não avançou consideravelmente no que concerne ao tema da independência da ERSE, tendo, não obstante, algumas alterações relevantes, como por exemplo o incremento das incompatibilidades e impedimentos dos membros dos conselhos de administração ou a necessidade de pronúncia por parte do membro do Governo responsável pela área da energia sobre as decisões em que o presidente do conselho de administração exercesse o seu poder de veto.

As maiores alterações no que concerne à temática da independência da ERSE tiveram lugar no Decreto-Lei nº 84/2013, de 25 de Junho. Poderia eventualmente estranhar-se o facto de terem saído duas alterações tão substanciais aos estatutos da ERSE num período tão curto⁴⁸, ainda mais tendo como pano de fundo o mesmo enquadramento normativo e factual. No entanto, e como o preâmbulo deste diploma explica, aquando da aprovação do DL 212/2012, ainda não estavam concluídos os trabalhos preparatórios da legislação de enquadramento das entidades reguladoras.

Assim, foi estabelecido que os estatutos da ERSE seriam novamente revistos tendo em consideração o disposto nessa legislação de enquadramento. Embora ainda não tivesse sido publicado este diploma de enquadramento, logo que foram conhecidas as respectivas opções de fundo, e para que pudesse ser completada a transposição do Terceiro Pacote Energético, foi publicado o DL 84/2013. Apenas em 28 de Agosto de 2013 foi publicada a Lei nº 67/2013, que aprovou a lei-quadro das entidades reguladoras (LQER). Como de seguida se verá, a quase totalidade das normas contidas neste diploma estão já acolhidas no DL 84/2013.

O DL 84/2013 vem então alterar os estatutos da ERSE, no sentido de *“estabelecer expressamente o regime de autonomia e independência funcional desta entidade, sem prejuízo dos poderes constitucionalmente atribuídos ao Governo”*. De facto, este diploma avançou muito mais que os seus antecessores na tentativa de conferir uma efectiva natureza independente à entidade reguladora dos sectores da electricidade e do gás natural.

Assim, seguidamente serão analisados os actuais estatutos da ERSE, para aferir se os mesmos conferem a esta entidade a almejada independência, necessária para a prossecução das suas atribuições. Para o efeito, verificar-se-á se os critérios orgânico, funcional e relativo encontram a devida expressão nas normas estatutárias desta entidade reguladora.

⁴⁸ Entre a publicação do DL 212/2012 e a do DL 84/2013 passaram apenas nove meses.

Para o efeito, cumpre começar por referir que os artigos 1º e 2º dos estatutos da ERSE qualificam actualmente esta entidade como uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente. Para além de ser uma pessoa colectiva dotada de autonomia administrativa, financeira e de património próprio, a ERSE detém também autonomia de gestão e independência orgânica, funcional e técnica⁴⁹. Por fim, a ERSE não está sujeita a superintendência ou tutela governamental - no entanto, a mesma disposição logo apresenta uma ressalva, referindo que a ERSE está não obstante sujeita à intendência governamental nos termos do disposto no regime de enquadramento das entidades reguladoras e no artigo 58º.

7.1 Critério orgânico

Como já se explicou, este critério traduz-se na independência dos titulares dos respectivos órgãos da autoridade reguladora relativamente à remanescente administração pública, encabeçada pelo Governo, ou a qualquer outra entidade. Nos actuais estatutos, há várias disposições em que será necessário aferir se este critério orgânico de independência é atingido. Destacamos de seguida várias disposições relativas ao conselho de administração da ERSE, nas quais se deverá analisar se a desejada independência é atingida.

a) Nomeação dos membros do órgão executivo da ERSE

Um dos exemplos muitas vezes apontados como um factor de condicionamento nas actividades de uma entidade administrativa independente é o processo de nomeação dos membros dos órgãos executivos. De facto, se os membros destes órgãos de uma entidade reguladora são directamente nomeados pelo Governo, tal consubstanciará um claro indício de possível condicionamento da actividade dessa entidade reguladora.

De acordo com o artigo 26º, verifica-se que são órgãos da ERSE o conselho de administração, o fiscal único, o conselho consultivo e o conselho tarifário. O órgão

⁴⁹ O nº 2 do artigo 1º refere também os poderes da ERSE: poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios. Esta identificação da natureza, autonomia e poderes da ERSE vem em linha com o que está definido no artigo 3º da LQER.

executivo da ERSE é, naturalmente, o conselho de administração. O conselho consultivo e o conselho tarifário têm um carácter predominantemente consultivo.

Esta matéria sofreu apenas uma alteração desde a versão inicial dos estatutos, em 1995. Assim, de acordo com o DL 187/95 (artigo 23º), os membros do conselho de administração⁵⁰ eram nomeados por resolução do Conselho de Ministros. Esta forma de nomeação foi alterada apenas com o DL 84/2013 que assumiu uma redacção que está em linha com a da LQER (no seu artigo 27º, nº 3). Assim, consta actualmente dos estatutos da ERSE, no nº 3 do artigo 28º, que os membros do conselho continuam a ser designados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro responsável pela área da energia. Contudo, estas designações devem agora ser acompanhadas de um parecer da Comissão de Recrutamento e Selecção da Administração Pública (CRSAP) relativo à adequação do perfil do seleccionado às funções a desempenhar (nº 3)^{51 52}. Igualmente, a designação dos membros pode ser precedida de audição da comissão competente da Assembleia da República (nº 4). Verifica-se então que há agora um maior número de entidades a participar no processo de designação dos membros do conselho de administração da ERSE. Contudo, sendo certo que existem mais entidades a intervir no processo, o certo é que a palavra inicial e a final continuam nas mãos do Governo, o que pode ser considerado um possível factor de condicionamento⁵³.

⁵⁰ A composição do conselho de administração foi, desde a formação da ERSE, a de um presidente e dois vogais (artigo 28º, nº 1).

⁵¹ Este parecer deve conter indicação sobre o cumprimento pelo seleccionado das regras de incompatibilidades e impedimentos aplicáveis, constantes do artigo 29º dos estatutos.

⁵² De acordo com o artigo 1º do anexo A da Lei nº 64/2011, de 22 de Dezembro, que criou a CRSAP, esta comissão é uma entidade independente que funciona junto do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública. Esta comissão tem por missão o recrutamento de candidatos para cargos de direcção superior na Administração Pública. De acordo com o artigo 2º, não obstante serem nomeados pelo conselho de ministros após audição da Assembleia da República, os *“membros da Comissão (...) actuam de forma independente no exercício das competências que lhes estão cometidas por lei e pelos presentes Estatutos, não podendo solicitar nem receber instruções do Governo ou de quaisquer outras entidades públicas ou privadas.”*

⁵³ Apenas uma referência ao facto de que o órgão fiscalizador (começou por ser um conselho fiscal, com o DL 97/2002 passou a fiscal único) que, desde a sua génese, sempre foi nomeado por despacho conjunto dos

b) Características do mandato do conselho de administração

As características dos mandatos dos membros do conselho de administração também podem contribuir para um possível condicionamento da actuação de uma entidade reguladora. Assim, para que os administradores possam desempenhar da forma mais independente e ímpolita possível, os mandatos deverão ter uma duração longa, não devendo ser renováveis. Com isto, pretende-se evitar que qualquer decisão possa ser atacada com suspeitas de que a mesma apenas foi tomada por causa da vontade do decisor em ser reeleito⁵⁴.

Esta matéria foi alvo de várias alterações nos estatutos da ERSE. Aquando da génese da ERSE, verificava-se que o mandato era relativamente longo, de cinco anos, sendo no entanto os mandatos renováveis (artigo 23º do DL 187/95 e artigo 8º do DL 44/97). Com o DL 97/2002, a renovabilidade dos mandatos foi limitada, podendo apenas ocorrer uma única vez (artigo 23º). Por fim, com a actual redacção dada pelo DL 84/2013, vemos que a duração do mandato foi aumentada de cinco para seis anos (artigo 28º, nº 5), tendo deixado de ser renovável. Desta forma, vemos que houve neste tema claramente uma evolução que garante uma maior independência. De referir que a actual redacção está em linha com o que consta na LQER, no nº 3 do artigo 17º, indo inclusivamente mais longe do que as directivas do Terceiro Pacote Energético, as quais referem que o mandato dos administradores pode ser renovado por uma vez⁵⁵.

Ministros das Finanças e do membro do Governo responsável pela área da energia (artigo 36º do DL 84/2013), o que está de acordo com o previsto na Lei-quadro das entidades reguladoras (artigo 28º)

⁵⁴ Segundo o Prof. Vital Moreira e Fernanda Maçãs: “(...), constitui garantia da independência que o mandato seja fixo, irrenovável, e não coincidente com o período de legislatura e de mandato do Governo”, *ob. cit.*(p. 26)

⁵⁵ Contudo, deverá ser referido que o nº 5 do artigo 28º do DL 84/2013 menciona o facto de “os anteriores membros do conselho de administração poderem ser nomeados para desempenhar cargos nos órgãos da ERSE decorridos seis anos após a cessação do mandato anterior”. Nesta disposição não se explica quais os órgãos aqui abrangidos. A LQER não é esclarecedora, tendo uma disposição semelhante, no nº 4 do artigo 20º.

Por fim, uma menção apenas para a evolução também existente nas características do mandato do fiscal único, que também foi aumentado, passando para quatro anos (era de três nas anteriores versões dos estatutos), sendo que também foi definido neste diploma que o mandato não é renovável (artigo 37º, nº 1).

c) Inamovibilidade dos membros do conselho de administração

Um factor que contribui para uma maior independência de um órgão executivo de uma entidade reguladora será a impossibilidade de remoção dos seus membros antes que estejam terminados os respectivos mandatos. Tal garante que o desempenho das funções pelos titulares destes cargos não esteja condicionado por uma remoção extemporânea em virtude da eventual não concordância com alguma decisão tomada.

Desde a formação da ERSE que está prevista a inamovibilidade dos membros do conselho de administração (artigo 24º do DL 187/95 e artigo 9º do DL 44/97). Contudo, algumas excepções a essa regra estavam previstas, como a incapacidade superveniente para o exercício do cargo, a ocorrência de desvios injustificados entre os custos orçamentos e os efectivamente suportados, e o cometimento de uma falta grave. Ora, esta redacção acabava por ser bastante discricionária e pouco conclusiva, garantindo alguma margem de manobra ao Conselho de Ministro.

Com o DL 84/2013, esta disposição foi alterada. Assim, encontra-se actualmente previsto, no artigo 30º, que os membros do conselho não podem ser exonerados e destituídos dos seus cargos salvo raras excepções, a saber: (i) Incapacidade permanente ou com uma duração prevista que ultrapasse o termo do mandato; (ii) Incompatibilidade superveniente; (iii) Dissolução do conselho de administração ou destituição dos seus membros; (iv) Condenação por crime doloso que ponha em causa a sua idoneidade para o exercício do cargo; (v) Cumprimento de pena de prisão; e (vi) Extinção da ERSE. Quanto à dissolução do conselho ou destituição de um membro, as mesmas só podem ocorrer com fundamento em motivo justificado (nº 4), sempre que exista uma falta grave, o que já constava da anterior versão dos Estatutos. No entanto, a dissolução do conselho ou destituição dos membros apenas pode ocorrer mediante resolução do Conselho de Ministros fundamentada

em motivo justificado, sendo que este motivo deve-se consubstanciar numa falta grave, “apurada em inquérito devidamente instruído por uma entidade independente do governo, precedida de parecer do conselho consultivo da ERSE e ouvida a comissão parlamentar competente”⁵⁶. Deste modo, verifica-se que a discricionariedade que existia nesta norma foi reduzida, existindo um claro reforço de independência, reforço este que está em linha com o que está previsto na LQER (o artigo 20º prevê também o procedimento ora adoptado) e nas directivas comunitárias (nas quais é referido que os gestores deixarem de poder exercer o seu trabalho de forma independente ou se existir uma falta grave).

d) Incompatibilidades e impedimentos

A previsão de rigorosos regimes de incompatibilidades e impedimentos para os detentores de cargos executivos numa entidade reguladora acaba por ser um óbvio garante de independência. Quanto à ERSE, desde a versão inicial dos seus estatutos, esteve previsto que os membros do conselho de administração deveriam exercer as suas actividades em regime de exclusividade, com excepção das funções de docência, sendo igualmente referido que estes membros não poderiam ter interesses de natureza financeira ou participações na entidade concessionária da rede nacional de transporte (RNT) ou em qualquer entidade titular de licença de produção ou distribuição de energia eléctrica (artigo 23º n.ºs 5 e 6 do DL 187/95, e artigo 8º, n.ºs 5, 6, 7 e 8 do DL 44/97). Igualmente, no n.º 8 do DL 44/97 era referido também que os membros do conselho de administração estavam sujeitos ao regime de incompatibilidade e impedimentos estabelecidos para os titulares de altos cargos públicos previstos em legislação própria.

⁵⁶ De acordo com o n.º 5 do artigo 30º, entende-se que corresponde a uma falta grave: a) O incumprimento injustificado dos objectivos da ERSE por motivos imputáveis ao conselho de administração ou ao membro do conselho de administração a destituir; b) O desvio excessivo entre o orçamento aprovado e a sua execução, considerando-se que o desvio é excessivo quando as despesas realizadas ultrapassem injustificadamente, em 15%, o orçamentado; c) Graves irregularidades materiais no funcionamento do órgão, considerando-se como tal a prática de infracções graves ou reiteradas à lei ou aos presentes Estatutos; d) Incumprimento grave ou reiterado das leis e regulamentos aplicáveis à ERSE, bem como das orientações desta; e) Incumprimento do dever de exercício de funções em regime de exclusividade ou violação grave ou reiterada do dever de reserva.

O DL 97/2002, no seu artigo 29º, veio alargar o regime dos impedimentos e incompatibilidades, passando a estar previsto, além da impossibilidade dos membros do conselho de administração deterem participações financeiras nas empresas reguladas, a impossibilidade de serem nomeados para membros deste conselho quem tivesse sido membro dos corpos gerentes ou colaborador com funções de chefia em empresas de electricidade ou de gás natural nos dois anos antecedentes à nomeação. Passou também a estar previsto que, após cessarem as funções no conselho de administração, estes membros ficavam impedidos, pelo prazo de dois anos, de desempenhar qualquer função nas empresas reguladas pela ERSE⁵⁷.

Por sua vez, o DL 212/2012 veio aumentar novamente o leque das incompatibilidades e impedimentos dos membros dos conselhos de administração, alterando o artigo 29º. Assim, foi adoptada uma redacção mais abrangente, sendo referido inclusivamente que não pode ser designado para membro do conselho de administração, além das situações já elencadas no anterior diploma, quem tenha realizado estudos ou trabalhos, ainda que de forma independente, para as empresas dos sectores regulados⁵⁸.

Verifica-se assim que houve claramente uma ampliação na previsão das incompatibilidades e impedimentos, o que acaba por se traduzir no reforço da independência da ERSE. Esta

⁵⁷ Segundo o nº 6 do artigo 29º, durante o período do impedimento, a ERSE continuaria a pagar aos antigos membros do conselho de administração dois terços das suas remunerações antes de abandonarem o cargo, cessando esta obrigação assim que os antigos membros fossem contratados para qualquer função remunerada.

⁵⁸ O DL 212/2012 veio também alargar o regime das incompatibilidades aos trabalhadores da ERSE do regime das incompatibilidades previstos. Assim, no nº 5 do artigo 54º passou a constar expressamente que os trabalhadores da ERSE não poderão (i) “exercer funções nas entidades intervenientes nos sectores regulados pela ERSE e, bem assim, nas entidades com as quais aquelas tenham uma relação de domínio ou de grupo, (...)”; (ii) “manter com as entidades referidas na alínea anterior qualquer espécie de vínculo laboral, contrato de prestação de serviços ou qualquer relação contratual, directa ou indirecta, tendo por objecto a prestação de uma actividade em benefício dessas entidades, ainda que com os seus efeitos suspensos”; e (iii) “deter quaisquer interesses de natureza económica ou financeira nas entidades intervenientes nos sectores regulados”. Esta disposição acaba por estar em linha com artigo 32º, nº 5 da LQER, se bem que esta lei prevê que estas incompatibilidades vigorem por dois anos depois de cessar a função desempenhada na reguladora, o que não acontece nos estatutos da ERSE.

última alteração introduzida pelo DL 212/2012 acaba por estar em linha com o artigo 19º da LQER.

e) Remuneração do conselho de administração

O facto da remuneração dos membros do conselho de administração ser fixado pelo governo pode ser considerado como uma ingerência numa entidade que se pretende dotada de autonomia. No caso da ERSE, desde a sua formação, a remuneração dos membros do conselho era fixada por despacho governamental. O DL 84/2013 veio porém alterar o que estava fixado nos estatutos da ERSE quanto a este tema. Assim, de acordo com o n.º 6 do artigo 28º, a remuneração dos membros do conselho a mesma deixou de ser fixada por despacho governamental, passando esta competência para uma comissão de vencimentos. No entanto, esta norma refere que a composição, competências e funcionamento desta comissão de vencimentos seriam regulados por lei. Estas características vieram a ser estabelecidas na LQER (no artigo 26º), sendo referido, nomeadamente, que cada comissão de vencimentos é composta por três membros, um indicado pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, outro pelo membro do Governo responsável pela área de actividade da entidade reguladora e outro pela entidade reguladora⁵⁹.

Assim, sendo esta composição composta por uma maioria governamental, verifica-se que com a constituição desta comissão não existiu um ganho substancial no que concerne à independência.

7.2 Critério funcional

Como já se referiu *supra*, este critério traduz-se na ausência qualquer controlo de mérito sobre a reguladora e a não sujeição desta entidade a ordens ou orientações por parte de uma outra qualquer instituição. Assim, a reguladora não deverá estar inserida em qualquer estrutura hierárquica, sendo que o controlo sobre a sua actividade deverá ser feito através

⁵⁹ Para determinação das remunerações, esta comissão deve ter em conta, tendo como referência o vencimento mensal do Primeiro-Ministro, a exigência das funções, o impacto no mercado regulado, as práticas habituais no sector, a conjuntura económica, e outros critérios que considere adequados (artigo 26º, n.º 3).

de meios judiciais, não existindo qualquer controlo de mérito por entidades administrativas. Várias normas constantes dos estatutos da ERSE deverão ser analisadas, para se aferir se este critério é plenamente alcançado.

a) Autonomia funcional

Como já foi referido *supra*, a ERSE é dotada de autonomia funcional, não estando sujeita a superintendência ou tutela governamental (nos termos do n.º 2 do artigo 2.º). No entanto, esta autonomia tem uma ressalva, uma vez que este mesmo artigo refere que a ERSE está não obstante sujeita à intendência governamental nos termos do disposto no regime de enquadramento das entidades reguladoras e no artigo 58.º.

Não obstante, deverá ser referido que, nas anteriores versões dos estatutos, não era garantida tanta autonomia à ERSE. De facto, na sua versão inicial, era referido que os actos da ERSE se encontravam sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área da energia (artigo 2.º do DL 187/95 e artigo 1.º do DL 44/97)⁶⁰, verificando-se nesta altura um maior controlo por parte do Governo (por exemplo, o relatório e contas deveriam ser aprovados pelo Ministro das Finanças e pelo membro do Governo responsável pela área da energia, segundo o n.º 1 do artigo 33.º do DL 187/95).

Por sua vez, o DL 97/2002, que veio alterar o artigo 2.º para que constasse que a ERSE era “*independente no exercício das suas funções, no quadro da lei (...)*”, continuava a referir, no artigo 58.º, que a ERSE se encontrava sujeita a tutela por parte do membro do Governo responsável pela área da energia (que seria o Ministro da Economia), e quando fosse caso disso, do Ministro das Finanças. Igualmente, era referido neste artigo que careciam de aprovação ministerial o relatório de actividade e as contas, o regulamento de serviços e o regulamento de recrutamento de pessoal e a respectiva remuneração.

⁶⁰ Sujeitando a ERSE a tutela por parte do Governo, dificilmente poderia ser enquadrada no conceito de administração independente.

Com o DL 84/2013, este artigo 58º, que antes tinha como epígrafe “*Tutela*”, foi redenominado para “*Independência*”. O nº 1 deste artigo reitera que a ERSE é independente no desempenho das suas funções, não estando sujeita a tutela e a superintendência governamental, sendo ressalvadas não obstante algumas situações. Assim, nos nºs 2 a 4 consta que o orçamento anual, o respectivo plano plurianual, o balanço e o relatório e as contas, elaborados pelo conselho de administração, continuam a estar sujeitos a aprovação dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e da energia⁶¹. Sucede que nesta última versão, de acordo com o nº 3 do artigo 51º e o nº 4 do artigo 52º, a aprovação destes documentos deve ser concedida no prazo máximo de 60 dias, findos os quais essa aprovação se considerará tacitamente dada (nos termos do nº 3 do artigo 58º). Igualmente, de acordo com o nº 4 do artigo 58º, a aprovação destes documentos apenas poderá ser recusada mediante decisão fundamentada em “*ilegalidade ou prejuízo para os fins da ERSE ou para o interesse público ou ainda em parecer desfavorável por parte do conselho consultivo*”. No nº 5, por sua vez, são elencados actos que estão sujeitos a aprovação ministerial, sob pena de ineficácia jurídica: (i) aquisição ou alienação de imóveis; (ii) aceitação de doações, heranças ou legados; e (iii) criação de delegações territorialmente desconcentradas.

Vemos assim que há aqui uma redução significativa do controlo que é exercido pelo Governo sobre a ERSE, estando inclusivamente em linha com o que está estabelecido na LQER (artigo 45º, nº 4 e 6). Contudo, sendo certo que o controlo por parte do Estado está bem definido, sendo mesmo conhecidas as situações em que o Estado pode não aprovar os documentos identificados no ponto *supra*, também é certo que se mantém a possibilidade do Estado exercer alguma intendência sobre a actividade da ERSE.

Foram igualmente desenvolvidos os deveres de cooperação entre a ERSE e o Governo e Assembleia da República. Assim, não obstante a independência funcional da ERSE, esta deve manter o Governo devidamente informado da sua actividade regulatória, transmitindo-

⁶¹ Estes documentos devem agora ser também submetidos a parecer do fiscal único e do conselho consultivo.

lhes as necessárias informações⁶². Igualmente, a ERSE deverá informar da execução dos planos de actividades, do plano plurianual e orçamento, bem como deverá prestar as informações necessárias para a preparação de medidas de política energética. Já no que concerne à cooperação com a Assembleia da República, os membros do conselho de administração deverão apresentar-se perante a comissão parlamentar competente, para prestar esclarecimentos sobre a actividade da ERSE, sempre que lhes for solicitado.

Assim, verifica-se que continua a existir um controlo acentuado sobre a actividade da ERSE – no entanto, tal não consubstancia necessariamente uma falta de independência, dado que deverá sempre existir, qualquer que seja a natureza de um regulador, uma fiscalização à sua actividade.

b) Património e receitas próprias

Um bom exemplo de que uma entidade não está inserida numa estrutura, não dependendo de outra entidade que a financie, é se esta entidade for dotada de património e receitas próprias. Desde a sua formação que consta nos estatutos que a ERSE é dotada de património próprio e dotada de autonomia financeira, tendo receitas próprias⁶³. No actual artigo 50º é referido expressamente que a ERSE dispõe de receitas próprias, segundo o princípio da auto-suficiência⁶⁴. De acordo com o artigo 49ºB, a ERSE dispõe de património próprio, “*constituído pelos seus bens, direitos e obrigações de conteúdo económico*”.

⁶² Nomeadamente, e de acordo com o n.º 3 do artigo 59º, a ERSE deverá remeter ao Governo “*os relatórios previstos nos presentes estatutos e na legislação aplicável aos sectores regulados, nas datas neles referidas*”.

⁶³ Consta hoje também que a ERSE é dotada de autonomia de gestão.

⁶⁴ Segundo o n.º 2 do artigo 50º, constituem receitas da ERSE: *a) as contribuições cobradas na tarifa de acesso aos clientes de electricidade e de gás natural, que sejam necessárias para financiar o orçamento da ERSE, na proporção que anualmente vier a ser estabelecida no mesmo, atendendo à relevância e ao impacto de cada um dos sectores regulados no funcionamento da ERSE; b) 40% do produto das coimas, cuja aplicação seja da sua competência, nos termos da lei, revertendo os restantes 60% a favor do Estado; c) as importâncias cobradas por trabalhos ou serviços prestados pela ERSE, bem como pela venda de estudos ou outras publicações; d) Os rendimentos da alienação, oneração ou aplicação financeira de bens próprios; e) Outras receitas que lhe caibam nos termos da lei.*

Ora, estas características contribuem para que os decisores sejam menos influenciáveis por factores externos, nomeadamente no que concerne a financiamentos. Estes atributos, no que concerne às receitas, estão inclusivamente num grau de autonomia mais avançado que o estabelecido na LQER (no artigo 35º desta lei, na alínea d) do nº 2, está prevista, se bem que supletivamente, a possibilidade de atribuição de dotações do Orçamento de Estado às reguladoras, o que não está previsto nos estatutos).

c) Estatuto dos trabalhadores

A ERSE, aquando da sua formação, tinha a sua autonomia limitada quanto à gestão dos seus trabalhadores, dependendo o regulamento das respectivas carreiras e o regime retributivo de homologação governamental.

Tal situação foi apenas alterada substancialmente com o DL 84/2013, com a nova redacção do artigo 54º, que vem estabelecer que as condições de recrutamento, prestação e disciplina de trabalho são definidas em regulamento da ERSE, que deverá ser aprovado pelo conselho de administração (artigo 54º, nº 2). É agora também referido que o recrutamento de trabalhadores está sujeito a procedimento de tipo concursal, sendo estabelecidos os respectivos princípios (nº 3)⁶⁵. Este tema deixou então de estar sob a alçada do Governo, coincidindo com a norma constante da LQER (artigo 32º).

d) Controlo judicial

Uma boa prova da não inserção de uma entidade numa estrutura é a inexistência de recurso hierárquico das suas decisões para uma outra entidade administrativa, como por exemplo para o membro do Governo que tem a seu cargo a actividade económica regulada.

De acordo com o artigo 61º dos estatutos, a ERSE está sujeita à jurisdição administrativa, sendo que as decisões proferidas nos processos contra-ordenacionais são impugnáveis junto

⁶⁵ Os princípios que devem guiar o recrutamento são: a) Publicitação da oferta na página da ERSE e na Bolsa de Emprego Público; b) Igualdade de condições e oportunidade dos candidatos; c) Aplicação de métodos e critérios objectivos e detalhados de avaliação e selecção; d) Fundamentação da decisão tomada.

do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão. Inexiste, portanto, a previsão de recurso hierárquico.

e) Veto do presidente

Num ponto mais específico, refira-se que existiu nos estatutos, até à revisão do DL 212/2012, uma previsão normativa que era demonstrativa da sujeição da ERSE às ordens e orientações do Governo. Esta disposição era inclusivamente contrária à previsão constante do nº 1 do artigo 30^{o66}, que refere que “(...), *os membros do conselho de administração são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas*”. Assim, constava do artigo 33^o, nº 5, que o presidente ou o seu substituto legal poderiam opor o seu veto às deliberações que considerassem contrárias à lei, aos estatutos ou ao interesse público. No entanto, a eficácia da deliberação ficaria suspensa até que sobre ele se pronunciasse o membro do Governo responsável pela área da energia.

Com o DL 212/2012, foi removida esta suspensão de eficácia, podendo agora o Presidente opor o seu veto definitivamente às deliberações que considere indevidas pelos motivos referidos no parágrafo anterior. Tal redacção está em linha com a LQER (artigo 23^o nº 4).

7.3 Critério Relativo

Este critério, que se traduz na previsão de normas que assegurem a independência face aos interesses envolvidos na actividade regulada, para evitar fenómenos de “*captura*”, encontra também consagração em algumas normas dos estatutos da ERSE.

Assim, veja-se as já referidas normas que contêm as incompatibilidades e impedimentos dos membros do conselho de administração (que se estendem também aos trabalhadores desta Reguladora de acordo com o artigo 54^o, nº 5)). Estas normas visam assegurar a inexistência de situações que possam resultar numa menor independência dos órgãos da ERSE, evitando igualmente indesejadas situações de conflitos de interesses.

⁶⁶ Na redacção dada pelo DL 97/2002.

Igualmente, deverá ser referida que a actual composição dos conselhos consultivos e tarifários visa também mitigar e evitar quaisquer fenómenos de *captura*. Assim, como é referido no preâmbulo da DL 212/2012, foi alargada “*a representatividade dos diversos grupos dos diversos grupos de interesse no conselho consultivo e no conselho tarifário, sendo estabelecidas regras para garantir o equilíbrio das forças representadas nestes dois órgãos (...)*”. Assim, nos artigos 41º e 46º é definido que, caso se verifique uma relação de domínio ou de grupo entre as entidades representadas, estas entidades não podem, no seu conjunto, designar mais do que dois representantes por secção (de electricidade ou de gás natural) de cada um dos conselhos. Visa-se assegurar com esta norma, além de garantir um maior equilíbrio de forças entre todos os representados, que não há uma voz predominante que possa influenciar ou *capturar* os outros membros destes conselhos⁶⁷.

8. Análise crítica à independência da ERSE consagrada nos seus estatutos

Identificadas algumas disposições relevantes constantes dos estatutos da ERSE, cumpre então aferir se a ERSE pode ser considerada efectivamente uma entidade dotada de independência, ou se, por outro lado, toda a evolução legislativa desde a sua criação não contribuiu para que esta reguladora não deixasse de ser uma entidade condicionada por entidades e factores externos.

De facto, desde a sua criação, e principalmente com a revisão dos estatutos dada pelo DL 84/2013, houve avanços relevantes que contribuíram para uma progressiva mutação da natureza da ERSE, que caminhou evolutivamente para uma situação de cada vez maior independência. Para isso contribuiu também o Terceiro Pacote Energético, que estabeleceu que o molde pelo qual os Estados-Membros deveriam prosseguir a actividade de regulação deveria ser assente numa natureza independente e não condicionada. Igualmente, a LQER, cujos princípios basilares foram transportados para o DL 84/2013, acabou por igualmente contribuir para o aumento da autonomia da ERSE.

⁶⁷ Não obstante o conselho consultivo e o conselho tarifário da ERSE serem coordenados por representantes do Ministro da Economia da área da energia (artigo 41º nº 1 a) e artigo 46º nº 1 a)).

Assim, com a última revisão, verifica-se que grande parte dos critérios para determinação da independência nas autoridades reguladoras encontram consagração nos actuais estatutos da ERSE.

Desde logo o critério orgânico. Actualmente, a ERSE conta com diversas normas que visam garantir a independência dos titulares dos seus órgãos, como as normas que versam sobre (i) as características dos mandatos dos administradores (de duração longa, não renovável); (ii) a previsão de um amplo rol de incompatibilidades para o exercício de cargos nos órgãos; (iii) a definição de impedimentos aquando da cessação dos mandatos; e (iv) a possibilidade de dissolução do conselho ou destituição de um membro, que cada vez mais está menos dependente de um acto discricionário do Governo, sendo que outras entidades estão também envolvidas nos processos de exoneração.

Quanto ao critério funcional, verifica-se que os estatutos têm várias normas que indiciam a ausência (ou atenuação) de controlo de mérito e a não inserção numa estrutura hierárquica, como as normas que (i) afirmam a independência e a não sujeição a qualquer tutela por parte desta entidade reguladora; (ii) reduzem cada vez mais o controlo exercido pelo Governo, prevendo quais as situações em que o Governo pode não aprovar os documentos que a lei impõe que têm que ter a sua aprovação; (iii) consagram a autonomia financeira e patrimonial; (iv) conferem à ERSE o poder para fixar as condições de trabalho do seu pessoal; e (v) não conferem qualquer possibilidade de recurso hierárquico para o Governo das decisões tomadas.

Por fim, quanto a critério relativo, verifica-se que, além das já referidas normas de incompatibilidades e impedimentos já indicadas, que visam também evitar situações de conflitos de interesse, existem normas como a composição do conselho tarifário e do conselho consultivo que ajudam a prevenir situações de “captura”.

Elencadas todas estas normas que pugnam pela autonomia e independência da ERSE, cumpre não obstante apontar que existem ainda algumas situações que poderão ser condicionadoras dessa mesma independência.

Vários autores se debruçaram sobre esta temática, elencando motivos pelos quais a ERSE não deveria ser considerada uma entidade plenamente independente.

Desde logo, o Dr. Lourenço Vilhena de Freitas⁶⁸ qualifica a situação da ERSE como de semi-independência. Refere em primeiro lugar que há aspectos que claramente “*vincam autonomia e o carácter independente*” desta Reguladora, como o facto dos actos sujeitos a tutela serem escassos, ser prevista a inamovibilidade dos membros do conselho, sendo necessária a existência de uma falta grave para poder ocorrer a respectiva destituição, e a ERSE dispor de receitas e património próprio. Contudo, refere alguns pontos que limitam a independência desta entidade, como o facto de ser uma personalidade directamente escolhida pelo membro do Governo responsável pela área da energia a presidir ao Conselho Tarifário, e o facto da nomeação dos membros da administração ser feita pelo Conselho de Ministros, sem participação da Assembleia da República⁶⁹.

Igualmente, a Dra. Suzana Tavares da Silva⁷⁰ considera que a ERSE não é uma verdadeira entidade independente. De referir que também a posição desta autora é anterior às alterações introduzidas pelo DL 212/2012 e o DL 84/2013. De facto, a autora referia que, logo as disposições iniciais (entretanto alteradas), que identificavam que a ERSE era

⁶⁸ Lourenço Vilhena de Freitas, “*Direito Administrativo da Energia*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, p. 110.

⁶⁹ De referir contudo que a posição assumida por este autor foi tomada antes dos estatutos serem alterados pelos DL 212/2012 e DL 84/2013. Assim, o autor referia ainda como ponto limitador da independência a questão da possibilidade de veto por parte do presidente do conselho de administração, e o facto desse veto ser suspensivo até que sobre a decisão se pronunciasse o membro do Governo – como já foi referido, isso já não acontece após as últimas revisões legislativas. Igualmente, relativamente à eleição dos membros do Conselho de Administração, verifica-se que actualmente a Assembleia da República tem uma participação na designação dos membros, se bem que a escolha recai sempre no Conselho de Ministros.

⁷⁰ Suzana Tavares da Silva, “*Direito da Energia*”, Coimbra Editora, 2011, p. 165.

independente, sem prejuízo dos princípios orientadores de política energética fixados pelo Governo e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei, levantariam, nas palavras da autora, “*suspeitas quanto à verdadeira independência da ERSE*”. Suspeitas essas que eram dissipadas com disposições que condicionavam a independência no plano orgânico como a eleição dos membros do Conselho de Administração, que é pelo conselho de ministros, sob proposta do Ministro de Economia, e no plano funcional, estando a actividade da ERSE sujeitas aos princípios da política energética definido pelo Governo e ao poder de tutela nos casos previstos na lei. A autora refere assim que o modelo de entidade reguladora assumido é um que sofre de “*compressões conformativas*”, concluindo que o legislador acabou por adoptar um modelo de “*regulação económica de base tecnocrática, mas exercida num contexto de vigilância política, que garante a minimização dos eventuais custos de transacção na governance das políticas decorrentes do desacerto entre as directrizes governativas e as medidas regulatórias*”.

Não se concordando com a totalidade dos motivos apontados pelos dois autores⁷¹, concorda-se com a posição final assumida por estes. De facto, mesmo depois das alterações introduzidas pelos DL 212/2012 e DL 84/2013, o modelo de entidade reguladora adoptado não pode ser considerado como plenamente independente.

Assim, algumas das suas disposições revelam algum poder por parte do Governo sobre a ERSE, destacando-se:

- (i) Sendo certo que a remuneração dos membros do conselho é agora determinada por uma comissão independente, verifica-se que essa comissão é composta maioritariamente por representantes do Governo, que continua assim a ter grande controlo sobre esta matéria.
- (ii) Não obstante os actos de tutela terem vindo a diminuir, sendo inclusivamente exigidos por vezes requisitos para poderem ser utilizados (veja-se o caso dos documentos sujeitos a aprovação governamental, cuja recusa apenas pode ocorrer em condições expressamente

⁷¹ Não se concorda com o facto do conselho tarifário ser presidido por um representante do Governo poder ser um revés na independência, dado que, como foi exposto, a actual composição deste conselho acaba por ser bastante acauteladora de todos os interesses existentes, sendo que o presidente não detém poderes de substancial relevância.

definidas), a verdade é que ainda existem documentos internos da ERSE, como o seu relatório e contas, o seu orçamento, que têm que ter a validação por parte do membro do Governo responsável. Como já foi referido, existem também actos que, para poderem ser desencadeados, precisam da prévia autorização governamental (veja-se o caso da criação de delegações territorialmente desconcentradas). Assim, apesar de ter existido uma substancial atenuação, continua a existir controlo governamental.

(iii) Não obstante a redacção das disposições iniciais ter sido alterada (as que levantavam suspeitas à Dra. Suzana Tavares da Silva), a verdade é que, de acordo com o nº 3 do artigo 2º, a ERSE continua a estar vinculada aos princípios e orientações gerais de política energética fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais.

(iv) Quanto ao processo de nomeação dos membros do conselho de administração, verifica-se que o mesmo foi alargado, englobando agora outras entidades que não apenas o Conselho de Ministros, como a comissão parlamentar da Assembleia da República. No entanto, verifica-se que o ponto de partida e o ponto de chegada continuam idênticos – o membro a designar é proposto pelo Ministro responsável pela área da energia e a designação é concluída com a resolução do Conselho de Ministros. Podia porventura ser adoptada uma modalidade de designação semelhante ao que sucede nos Estados Unidos. Aqui, geralmente, o Governo escolhe quem deve pertencer às autoridades reguladoras independentes, sendo que os nomes escolhidos estão sujeitos a ratificação/confirmação por parte do Senado. Deste modo, poderia o Governo escolher os membros que considerasse aptos para um lugar no Conselho de Administração, mas esses nomes teriam que ser ratificados pela Assembleia da República.

(v) Como já foi referido, tem sido estabelecida uma cada vez maior inamovibilidade dos membros do conselho de administração. No entanto, o Governo continua a poder destituir estes administradores em certas situações, como por exemplo em caso de falta grave no exercício das suas funções. Sendo certo que, para se apurar esta falta grave, deve existir um inquérito instruído por uma entidade externa, tendo também que ser ouvido o conselho consultivo e a comissão parlamentar. Mas, mais uma vez, a palavra final está do lado do Governo. Considera-se que, também aqui, poderia a decisão tomada pelo Governo ser sujeita a confirmação por parte do Parlamento.

Face ao exposto, não obstante os grandes avanços tidos neste tema, verifica-se que a ERSE é ainda alvo de possíveis condicionamentos. Deverá não obstante ser referido que se considera que os actuais estatutos vão bastante longe no sentido de não permitir fenómenos de captura pelas entidades reguladas, ao conter exigentes disposições relativas a impedimentos e incompatibilidades para os membros do conselho de administração e obrigando a uma grande paridade e equilíbrio nos órgãos de consulta, o conselho consultivo e o conselho tarifário.

9. É necessário uma ERSE totalmente independente?

Analisados os estatutos da ERSE, concluiu-se que, apesar de se ter avançado consideravelmente no incremento da independência e autonomia desta entidade reguladora, a mesma não deve ser definida como uma entidade plenamente independente. Isto porque existem várias disposições que revelam claramente que a sua actuação pode ser condicionada, quer num plano orgânico, como num plano funcional.

É certo que muitas das normas que revelam esta tendência condicionadora, como a eleição dos membros do conselho de administração ou a aprovação de certos documentos fundamentais, poderiam, como já foi referido, ser concebidas de uma outra forma que levasse a que não existisse uma intervenção decisiva ou o controlo por parte do Governo. Por exemplo, poderia ser estabelecido que a eleição dos membros do conselho de administração fosse efectuada de forma a que a aprovação final da designação não fosse da competência do Governo.

Não obstante, deverá ser também referido que os actuais estatutos estão em linha com as directivas comunitárias do Terceiro Pacote Energético, sendo que inclusivamente nalguns pontos até são mais exigentes (por exemplos, as directivas aceitam que os mandatos dos administradores possam ter uma única renovação). Igualmente, verifica-se que os estatutos

estão, em grande parte, em consonância com a LQER, ainda que esta tenha sido publicada posteriormente.⁷²

Assim, verifica-se que este grau de independência e autonomia a que a ERSE chegou será porventura a desejada pelo nosso legislador e será também suficiente para a Comunidade Europeia.

Por outro lado, deverá ser referido que, num plano funcional, existem situações em que poderá fazer sentido a intervenção do Governo e/ou da Assembleia da República na actividade da ERSE (ou de qualquer entidade reguladora “independente”).

Como já foi referido *supra*, de acordo com o n.º 3 do artigo 2.º do estatutos, compete ao Governo, nos termos constitucionais⁷³ e legais, “*fixar as orientações gerais de política energética, designadamente em matérias relacionadas com a segurança de abastecimento, protecção dos direitos dos consumidores, negociação e celebração de acordos internacionais na área da energia, eficiência energética, sustentabilidade ambiental e sustentabilidade do Sistema Eléctrico Nacional*”. Este mesmo número refere ainda que a definição destas directrizes é da competência do Governo, sem prejuízo da independência que é conferida à ERSE, não podendo portanto o Governo dirigir recomendações sobre a actividade reguladora desta entidade.

De antemão, refira-se que se considera justificada a norma prevista no artigo 2.º, no seu n.º 3. Sendo certo que a ERSE não deverá ver a sua actividade controlada ou supervisionada

⁷² Constata-se contudo que os estatutos da ERSE deverão ainda ser alterados para contemplar pelo menos duas matérias referidas na LQER: (i) a necessidade de representação mínima de 33% para cada género no conselho de administração (art. 17.º, n.º6); (ii) os estatutos não prevêm, ao contrário da LQER (art. 32.º, n.º6), que os trabalhadores estão impedidos de trabalhar para empresas do sector regulado durante o prazo de dois anos após a cessação de funções na reguladora.

⁷³ De acordo com o artigo 81.º, que estabelece as incumbências prioritárias do Estado, compete-lhe prioritariamente, entre outros temas, “*adoptar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional*” (alínea m)).

por qualquer entidade, o estabelecimento da política energética, das orientações gerais e o rumo a tomar no sector em causa faz sentido que seja fixado pelo Governo, ou seja, por uma entidade cujos membros, se bem que indirectamente, ocupam o lugar em virtude de resultados eleitorais, espelhando portanto uma representatividade que em caso algum acontece com as autoridades reguladoras independentes. A entrega do poder de delinear os princípios da política do sector a uma entidade reguladora levantaria, conseqüentemente, um caso claro de falta de legitimidade.

À ERSE, e às restantes reguladoras denominadas independentes, cabe um papel fundamental, o de regular autonomamente e sem sujeição a tutela governamental um determinado sector. No entanto, a definição estrutural desse sector, a definição do caminho a seguir, deve ser conduzidas pelas entidades que, para todos os efeitos, representam a sociedade e que contêm governantes devidamente empossados de poderes de representação das suas vontades.

Obviamente que a entidade reguladora tem também um papel fundamental na estruturação do sector que regula, consubstanciado no aconselhamento e colaboração na formulação das respectivas políticas. Daí que, por exemplo, essa função conste especificamente das atribuições da ERSE (no nº 3 do artigo 3º).

De referir que pode ser argumentado que uma entidade reguladora deve regular, e não legislar, pelo que qualquer aferição de uma eventual independência deve ser feita dentro desta limitação estruturante. No entanto, tal como é referido pelo Prof. Pedro Gonçalves⁷⁴, a actuação das autoridades reguladoras desenvolve-se, executa-se, a partir de um quadro definido em actos legislativos os quais poderão ser reconduzidos a um sentido lato de regulação. Refere este autor que às entidades reguladoras compete uma “*actividade operacional*”, de “*execução de uma função administrativa*”. Assim, deverá ser tido em conta que a actividade de regulação engloba também todo o processo de emissão de

⁷⁴ Pedro Gonçalves, “*Regulação, Electricidade e Telecomunicações*”, Coimbra Editora, 2018, p. 20

legislação que organiza e orienta o sector regulado. E este processo de definição deverá ser entregue a quem tem legitimidade democrática para o efeito.

Igualmente, deverá ser referido que existem exemplos, onde o paradigma será os Estados Unidos, em que não existe uma tão clara distinção na actividade das autoridades reguladoras. De facto, os norte-americanos acabam por garantir às entidades reguladoras, como é referido por vários autores⁷⁵, funções “*tradicionalmente conferidas a outros poderes do Estado*”, ou seja, funções normativas e jurisdicionais. Dada a proibição de delegação de poderes existente, estas funções são definidas como “*quase legislativas*” e “*quase jurisdicionais*”, sendo não obstante demonstradoras de grande autonomia e independência, confundindo-se frequentemente com as tradicionais instituições detentoras do Estado. Daí que se apelidem as autoridades reguladoras independentes como o “*quarto poder (fourth branch)*”⁷⁶. Não obstante, deverá ser referido que as entidades reguladoras norte-americanas nascem no seio de um sistema jurídico que difere da grande parte dos sistemas dos países europeus, assente no *Common Law*, e no qual não existe a preponderância do Direito Administrativo existente na Europa. Assim, o modelo norte-americano dificilmente seria reproduzível em grande parte dos países europeus, cujos sistemas jurídicos assentam numa figura preponderante da Administração Pública, encabeçada pelos governos de cada estado.

Concluindo, concorda-se com o modelo de entidade reguladora definido actualmente na legislação portuguesa para a ERSE. De facto, sem prejuízo de se considerar que existem ainda matérias a nível orgânico que poderiam ser alteradas, de forma a garantir uma maior independência a esta entidade, considera-se que se tem avançado bastante nesta matéria.

Sendo a ERSE já dotada de uma considerável dose de autonomia e independência, deverá não obstante ser sempre salvaguardado o poder de definição das orientações gerais de

⁷⁵ Vital Moreira e Fernanda Maças, *ob. cit.*, p. 18.

⁷⁶ Vital Moreira e Fernanda Maças, *ob. cit.*, p. 19, invocando também o autor Michele Passaro.

política energética ao Governo. Assim, caberá às entidades reguladoras a tarefa administrativa de executar as orientações que lhe forem estabelecidas.

Essa tem sido a tendência na União Europeia, até porque a matriz de todas as legislações nacionais referentes a autoridades reguladoras tem sido a mesma, as directivas comunitárias do Terceiro Pacote Energético. Em muitos países, inclusivamente, os Estados têm optado por atribuir uma menor independência às autoridades reguladoras.

Veja-se o caso Espanhol, e a sua reguladora do sector energético, a *Comisión Nacional de Energía (CNE)*⁷⁷. De acordo com a *Ley 34/1998*, de 7 de Outubro, na disposição adicional 11.^a, a CNE é um também um organismo público com personalidade jurídica e património próprio. Também aqui, compete ao Estado estabelecer as orientações políticas. Igualmente, são estabelecidos regimes de incompatibilidades idênticos e funções semelhantes às da ERSE.

No entanto, verifica-se que a CNE é dotada de menor independência do que a sua homóloga portuguesa. Por exemplo, na disposição *supra* referida da *Ley 34/1998* (e no artigo 20º do diploma que publica o regulamento desta reguladora, o *Real Decreto 1339/1999*, de 31 de Julho) é definido claramente que a CNE está vinculada ao Ministério da Economia, podendo inclusivamente membros deste ministério participar nas reuniões do Conselho de Administração (se bem que sem poder de voto). Outros exemplos prendem-se com os mandatos dos administradores, de seis anos, que são renováveis por uma vez (portanto potencialmente mais influenciáveis) e o pesado controlo financeiro exercido pelo Governo. Contudo, o principal exemplo da menor independência da reguladora espanhola será a possibilidade de recurso das suas decisões para o Ministro da Indústria e Energia (disposição adicional 11.^a, 3.^a parágrafo, ponto 5).

⁷⁷ De referir contudo que a CNE irá ser substituída, a partir de Outubro de 2013, por uma reguladora que abarcará a regulação de grande parte dos sectores regulados e da própria concorrência, a *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (criada pela *Ley 3/2013* de 4 de Junho). Nesta entidade, os membros do ministério já não poderão participar nas reuniões, os mandatos dos administradores não são renováveis, e apenas está previsto o recurso judicial das decisões dos respectivos órgãos.

10. Conclusão

O advento das chamadas entidades reguladoras independentes marcou uma nova era na participação do Estado na Economia. Tendo tido origem nos Estados Unidos, o modelo acabou por ser transposto para os países europeus, tendo necessariamente que ser adequado às características completamente distintas dos respectivos sistemas jurídicos, na sua maior parte de matriz positiva, por contraposição ao *Common Law* americano.

Desta forma, as entidades reguladoras independentes foram categorizadas como entidades pertencentes à pesada administração pública. Daí que tenham nascido com bastantes “*compressões conformativas*”, nas palavras da Prof. Suzana Tavares da Silva.

Tal sucedeu também em Portugal. Assim, as entidades reguladoras portuguesas, aquando da sua criação, viram a sua actividade ser altamente condicionada pelo poder executivo do Governo. Tal acabava por ser decorrente da tradicional ideia que se tinha de uma entidade administrativa.

A ERSE não foi excepção, sendo inicialmente uma entidade claramente condicionada na sua actuação. Não obstante, deverá ser referido que o caminho seguido, impulsionado pelas directivas europeias que abordam os sectores da electricidade e do gás natural, tem sido claramente no sentido de garantir uma cada vez maior autonomia e independência a esta entidade reguladora. De facto, sendo certo que ainda não se poderá caracterizar a ERSE como uma entidade plenamente dotada de independência, também é certo que os condicionamentos existentes são cada vez menores.

Contudo, deverá ser apontado se é desejável, ou mesmo possível, dentro do nosso ordenamento jurídico, tornar a ERSE, ou qualquer entidade reguladora nacional, numa entidade provida de total independência. Como já foi referido, a regulação, num sentido lato, deve englobar também as políticas e normas estruturantes de um sector. E a definição destas não deve estar a cargo de uma autoridade independente, sem qualquer legitimidade democrática.

Tal tem sido o caminho seguido pelos Estados-Membros da Comunidade Europeia, sendo que é o que está definido nas directivas do Terceiro Pacote Energético, onde é defendido que a independência das entidades reguladoras, a não sujeição a ordens de qualquer entidade governamental, “*não prejudica as orientações políticas gerais emanadas do governo...*” (artigo 35.º, n.º 4 b) da Directiva 2009/72/CE e artigo 38.º, n.º 4 b) da Directiva 2009/72/CE).

11. Referências bibliográficas

CARDOSO, José Lucas, “Administração Independente”, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa, 2007

CARDOSO, José Lucas, “Autoridades Administrativas Independentes”, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa, 2007

CONFRARIA, João, “*Regulação e Concorrência – Desafios do século XXI*”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

COSTA E SILVA, Paula, “*As Autoridades Independentes. Alguns Aspectos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica*”, O Direito, ano 138.º, III, 2006

GONÇALVES, Pedro, “*Regulação, Electricidade e Telecomunicações*”, Coimbra Editora

LARSEN, Anders, PEDERSEN, Holm, SORENSEN, Moll, e OLSEN, Jess, “*Independent Regulatory Authorities in Europe*”, 2004, texto disponível em <http://sessa.eu.com/documents/wp/D73.1-Larsen.pdf>

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel, SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo e MATOS FORTE, André, “*Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

MOREIRA, Vital, “*Administração Autónoma e Associações Públicas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Maria Fernanda, “*Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

MOREIRA, Vital, “*Relatório e Proposta de Lei-Quadro Sobre Institutos Públicos*”, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, Lisboa, 2001

MOREIRA, Vital, “*O Regulador – História, Regime e Perspectivas da ERSE*”, apresentação constante do site www.relop.org, no seguinte link: [http://www.relop.org/eventos/Documents/Confer%C3%Aancia%20dedicada%20ao%20tema%20%E2%80%9CRegula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Energia%20nos%20Pa%C3%ADses%20de%20L%C3%ADngua%20Oficial%20Portuguesa%E2%80%9D/VitalMoreira290508\[1\].pdf](http://www.relop.org/eventos/Documents/Confer%C3%Aancia%20dedicada%20ao%20tema%20%E2%80%9CRegula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Energia%20nos%20Pa%C3%ADses%20de%20L%C3%ADngua%20Oficial%20Portuguesa%E2%80%9D/VitalMoreira290508[1].pdf)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende “*O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e a sua Recepção pelo Direito Brasileiro*”, Revista da EMERJ, v. 12, n.º 47, 2009

TAVARES DA SILVA, Suzana, “*Direito da Energia*”, Coimbra Editora, 2011

VARELA MARTINS, Rodrigo, “*Os poderes de Regulação da ERSE*”, Revista de Direito Público e Regulação, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro 2009

VILHENA DE FREITAS, Lourenço, “*Direito Administrativo da Energia*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012

WEARE, Christopher, “*The California Electricity Crisis: Causes and Policy Options*”, 2003, texto disponível em http://www.ppic.org/content/pubs/report/r_103cwr.pdf