

ISSN 0870-8118

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Director

Dr. Eridano de Abreu

Sub-Director

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

Comissão de Redacção

Dr. Fernão Fernandes Thomaz Prof. Doutor Diogo Leite de Campos
Prof. Doutor José Oliveira Ascensão Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor José Sérvulo Correia Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha
Dr. José Osvaldo Gomes
Dr. Rui Chancerelle de Machete
Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa
Bastonário Mário Raposo
Dr. Carlos Olavo
Dr. Alberto Luís

Secretária

Dr.^a Isabel Cambezes

Delegado do Conselho Geral

Dr. Carlos Olavo

Propriedade da Ordem dos Advogados

Edição do Centro Livreiro da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração:

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-060 Lisboa — Portugal

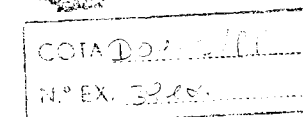
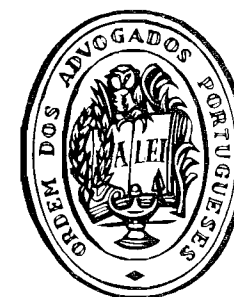
Distribuição gratuita a todos os advogados inscritos na Ordem

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 60

2 0 0 0



OFERTA

L I S B O A

A REGULAÇÃO:
HISTÓRIA BREVE DE UM CONCEITO

Pelo Prof. Doutor José Luís Saldanha Sanches

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Entre os vários sectores de articulação permanente entre o ordenamento jurídico e a economia temos a área da “regulação da economia”.

E o conceito de regulação, ⁽¹⁾ é aqui utilizado não para designar a normal operação de legislação ou regulamentação de uma qualquer realidade social, mas apenas um pequeno fragmento desta actividade juridificante:

A regulação, neste sentido especial, é apenas a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas actividades, um especial modo de acesso a certos bens ou o exercício de certas actividades comerciais. Em certas áreas da economia no sentido de intervenção estatal nessas mesmas áreas. Disciplina legal de certos sectores *versus* a pura e simples ordenação do mercado.

Nesse sentido “regulação” é a negação da mão invisível: a mão invisível, corporizando a autoregulação do mercado, deveria

⁽¹⁾ O vocábulo “regulação” que tal como o termo inglês *regulation* que tem como raiz a expressão latina *regula* encontra-se há muito tempo acolhido na língua portuguesa. MORAIS, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 5.ª ed., 1844, usa-o no sentido de “acção de regular” louvando-se em VIEIRA, *História do Futuro* e num Alvará de 1797. Mas usamo-lo aqui, tal como sucede no inglês, num sentido especial desta acção de regular.

operar “uma involuntária reconciliação de vontades individuais com interesses sociais. Uma reconciliação cujo automatismo reflectiria “o mecanicismo estóico: um *Deus ex machina* que será frequentemente designado por heterogénese dos fins” (2).

Se existe regulação em vez da mão invisível temos o tipo de intervenção que vai conduzir a uma economia contemporânea onde mais facilmente se pode encontrar, no lugar desta, a mão confiscadora do Estado que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na sociedade (3). Passamos da mão invisível para uma outra mão com uma natureza largamente ablativa.

E mão ablativa (para fugirmos do excesso contido no termo confiscadora) no sentido de uma sistemática actividade de atribuição de direitos/redução de direitos no que podemos chamar a criação de mecanismos de “expropriação parcial” (4).

É contra estas formas de intervenção sistemática com a consequente compressão dos direitos de propriedade que vemos o aparecimento de uma posição de radical hostilidade à intervenção do Estado.

Hostilidade à intervenção do Estado em nome de uma defesa dos direitos individuais ameaçados pela sua onipotência, especialmente em matéria de direitos de propriedade (5): surgindo assim como forma de legitimação jurídica para a posição radicalmente desreguladora que considera que a intervenção do Estado,

(2) FERNANDO ARAÚJO, *Adam Smith, O Conceito Mecanicista de Liberdade* (Lisboa 1998) ed. polic. 387.

(3) SHEIFLER/VISHNY, *The Grabbing Hand, Government Pathologies and Their Cures* (Harvard University Press 1998).

(4) Para o estudo da actual jurisprudência da *Supreme Court* em que se colocou em confronto a regulação e a constituição e da doutrina que afirma que o dever de indemnizar por expropriação abrange também os casos em que existe uma situação de expropriação parcial, numa mudança da posição anterior (*taking property*) pela regulação v. FARBER/FRICKEY, *Law and Public Choice — A Critical Introduction* (The University of Chicago 1991). Uma questão semelhante se colocou à jurisprudência do Conselho de Estado a propósito da *responsabilité de l'État au fait des lois*. Mas sem que aí se possa detectar a viragem doutrinária da jurisprudência norte-americana. LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador* (Coimbra 1998) 148-154.

(5) Uma análise dos limites da propriedade criados pelas leis de defesa do ambiente — e a tentativa de definir o ponto em que o *regulatory taking* implica o dever de indemnizar pode ser encontrada em MARZULA/MARZULA, *Property Rights — Understanding Government Takings and Environmental Regulation* (Rockville, Maryland 1997).

qualquer intervenção do Estado na economia, conduz sempre a males maiores do que aqueles que pretende evitar. Sem levar em conta que é a própria manutenção dos direitos individuais que implica um preço a ser pago pela colectividade; na raiz da maior oneração do particular pelo Estado estão os custos inerentes à garantia e tutela efectiva desses mesmos direitos (6).

Podemos ter assim a crítica à regulação e ao movimento regulador transformada na adoração do Deus da mão invisível sem atender à sua natureza de *Deus ex machina*.

Tal como podemos ter, em alternativa, uma crítica menos comprometida da regulação como a que faz um PAUL SAMUELSON que passou a incluir no seu *lendário manual de economia* (7) alguns dos resultados empíricos da investigação da escolha pública. Investigações que demonstraram que, nalguns casos de intervenção pública em situações de monopólio, os preços se tornaram mais elevados do que seriam sem tal intervenção (8). Comprovado este facto — e alguns estudos empíricos fazem-no — temos de concluir que há uma tendência perversa para a captura dos reguladores pelos regulados. E que um certo tipo de intervenções pode atingir resultados inteiramente opostos a aqueles que originariamente pretendia obter.

O que não impede que em alguns sectores da economia a necessidade da regulação esteja quase acima de controvérsia. Como sucede, por exemplo, com os mercados financeiros onde a criação de regras para a produção de informação surge como uma consequência directa da necessidade de salvaguardar a eficiência do mercado de capitais.

(6) Para esta interessante demonstração v. HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights — Why Liberty Depend on Taxes* (N. York 1999) ou numa perspectiva inteiramente distinta a visão da relação jurídico tributária como uma relação de cidadania contra a versão vulgar que a encara como uma simples relação de oneração e restrição de direitos patrimoniais JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos — Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo* (Coimbra 1998).

(7) Embora já feito em cooperação com NORDHAUS. SAMUELSON/NORDHAUS, *Economics* 12.ª ed. (McGraw-Hill 1985) 521-527.

(8) Para uma análise do quadro geral, com propostas de critérios para a definição de méritos e deméritos da regulação v. BALDWIN/CAVE, *Understanding Regulation — Theory, Strategy and Practice* (Oxford University Press 1999). Sobre alguns aspectos ou regulação v. também VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, (Coimbra 1997).

Uma vez que o mercado de capitais, onde constantemente se compram e vendem coisas incorpóreas, não pode funcionar sem regras claras sobre os requisitos da informação financeira sobre essas mesmas realidades ⁽⁹⁾.

Podemos ter vários tipos de regulação nos mercados financeiros: a auto regulação, com normas produzidas por corpos profissionais e associações públicas ou, em alternativa, a hetero-regulação, a pura norma pública que define as normas de conduta dos agentes interventores do mercado financeiro ⁽¹⁰⁾.

O que dificilmente vamos encontrar é mercados de capitais sem regulação que é uma condição da eficiência e do bom funcionamento do sector privado.

E convirá recordar que certas formas de regulação que pareciam ser há bem pouco tempo meras relíquias do passado, como o controlo de câmbios, voltam hoje a ser consideradas como hipótese de instrumentos de intervenção. Ainda que só sejam defendidos como instrumentos de intervenção localizados e temporários perante certas crises ⁽¹¹⁾.

Podemos assim caminhar para a aceitação da necessidade da intervenção pontual da máquina do Estado ao mesmo tempo que reconhecem todos as suas tradicionais taras e limitações: a máquina estatal, à medida que cresce e alarga, está sujeita, como é

⁽⁹⁾ Entre a muita bibliografia existente, WHITE/SONDHI/FRIED, *The Analysis and Use of Financial Statements* 2.^a ed (New York 1997). NÖBES/PARKER, *Comparative International Accounting* — (London 1991). Entre nós a actividade de regulação pública dos mercados financeiros foi estudada por COSTA PINA, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários* (Coimbra 1999), numa cuidadosa análise da regulamentação da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários que só peca pela ausência de cotejo das suas normas com os princípios gerais da informação financeira. Para uma visão global destes problemas no Brasil v. QUIROGA MOSQUERA org. por...), *Aspectos Actuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais* (S. Paulo 1999).

⁽¹⁰⁾ Ver sobre isto, do autor, *Problemas Jurídicos da Contabilidade*, in *Ab Uno Ab Omnes*, 75 Anos da Coimbra Editora (Coimbra 1998) 469-496.

⁽¹¹⁾ Analisando a crise brasileira de 1998 PAUL KRUGMAN diz ser difícil evitar a conclusão que os controlos de câmbios poderiam ser temporariamente necessários no estado de sítio temporário para evitar a fuga de capitais. KRUGMAN, *The Return of Depression Economics* (London 1999) 164. Além de defender a necessidade de regular os *hedge-funds* pela sua potencialidade de criação dos tradicionais pánicos financeiros. *Ib.* p. 162.

bem sabido, a todo o tipo de males, que aumentam com a sua dimensão.

A começar pela da corrupção quando o sector público vê alargados os seus poderes no campo da economia: com toda a ineficiência e desperdício de recursos que está ligada a este modo de funcionamento da economia ⁽¹²⁾.

A questão está em saber se esses aspectos negativos se limitam a colocar um problema da legitimação da intervenção (porque intervir? até onde e durante quando? Porque meios?), ou se, como alguns pretendem, a vem pura e simplesmente excluir.

Exclusão que é um artigo de fé para as escolas de pensamento mais radicalmente hostis ao papel do Estado. Independentemente das suas consequências.

2. O CONCEITO DE REGULAÇÃO

2. Tentando avançar um pouco mais na definição do conceito de regulação, temos que reconhecer que ele é pelo menos tão fugidio e ambíguo como o conceito de direito económico ou constituição económica.

Podemos estar numa área do direito totalmente direccionada para a regulamentação da economia, como sucede quando tratamos do direito das sociedades comerciais, sem que estejamos a falar de regulação da economia. E ainda menos a alguém isto poderia ocorrer quando dos direitos de propriedade sobre um prédio rústico ou urbano.

Em ambos os casos estamos a tratar da regulação da economia — no outro sentido do termo regulação que não é o que aqui nos interessa — feita pelo Estado e o seu ordenamento jurídico: mas estamos também a falar de normas jurídicas que se inserem nas zonas tradicionais dos direitos reais ou do direito comercial. Áreas do direito que tratam da economia sem que se possa falar de direito económico.

⁽¹²⁾ Para uma demonstração da ineficiência da corrupção v. o capítulo "corruption" in SHEIFLER/VISHNY, *The Grabbing Hand. Government Pathologies and Their Cures* (Harvard University Press 1998).

Zonas tradicionais, há muito estudadas pelo juristas.

Mas para tentar definir a regulação não podemos contar com um critério de antiguidade: o Estado português começou a regular emissão de moeda e a definir os direitos e os deveres do banco que se ia tornar banco central (uma zona típica da regulação prudencial da banca) ⁽¹³⁾ muito antes de proceder à codificação do direito comercial

Contudo, como objecto específico de estudo a regulação da economia tal como o conjunto de temas, de limites nebulosos, que costumam ser agrupados no chamado direito económico, é um tema novo.

Como objecto de estudo: uma vez que podemos encontrar o fenómeno da regulação da economia em todas as áreas onde o mecanismo, de regulação autónoma, da mão invisível e da concorrência entre os agentes económico não funciona, tornando por isso necessário (ou levando a considerar necessário) a intervenção da norma jurídica.

Por isso temos a regulação da economia como um mero sector de uma realidade mais vasta tratada pelo chamado direito económico. Devendo aqui ser feita uma importante distinção: a autonomização de um conjunto mais ou menos variados de temas jurídicos sob a designação conjunta de direito económico foi feita mais ou menos ao abrigo da ideia que o Estado deveria, mediante uma actividade de planeamento económico ou por outras formas, exercer a direcção da economia.

O direito económico, seria assim a consequência de uma mudança de rumo da Constituição quando esta, depois da mudança de paradigma simbolizado pela Constituição de Weimar, passa a chamar a si a tarefa de dirigir a economia: E por isso o Estado deverá, através da sua organização económica, disciplinar, conformar e dirigir a economia ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Com um enquadramento que lhe dava uma natureza ambígua, oscilando entre as funções de banco público e de banco de emissão e desconto. JAIME REIS, *História do Banco de Portugal — das Origens a 1914-1* v. (Lisboa 1996) 80-114.

⁽¹⁴⁾ Ver esta formulação base do direito económico em BADURA, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in *Besondersverwaltungsrecht*. SCHMIDT-ASSMAN (org. por...) 10.^a ed. (Berlin 1995) 207. No mesmo sentido, por exemplo, STÖBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht* (Stuttgart 1996) 301 ss. quando este considera o plano como uma das formas como a administração económica pode exercer a direcção da economia.

A erosão desta crença na capacidade do Estado e da administração económica para exercer a direcção da economia, que actuava como um cimento agregador na novel disciplina “direito económico” contribuiu para uma certa dispersão dos vários objectos que esta albergava.

Uma vez que não existem especiais dificuldades metodológicas na definição de uma disciplina como direito administrativo económico que vai tratar, entre outras, das estruturas públicas de regulação da economia.

Tal como é incontroversa a existência de matérias como o direito da concorrência ou do direito do consumo. A defesa do ambiente ou o direito do urbanismo são questões centrais do universo jurídico contemporâneo.

O problema está em sabermos se estamos perante disciplinas autónomas, ramos e sub-ramos de um conhecimento jurídico cuja complexidade cresce na razão directa da complexidade social que constitui seu ponto de partida e o seu ponto de aplicação, ou se estamos perante uma disciplina coesa a que podemos chamar direito económico.

Mas não é exactamente disso que nos propomos tratar: ficaremos pela regulação da economia (depois de dadas as nossas razões para aceitarmos o termo) como um dos muitos problemas do diálogo permanente do direito e da economia.

Uma vez que ao contrário do que se pode passar com o direito económico a regulação, sendo apenas uma mero aglomerado de problemas e soluções com idênticos perfis, começa a ser um tema dos mais candentes dos ordenamentos jurídicos:

Desde a regulação de novos objectos como a Internet — deverá esta ser regulada por normas estatais ou ser objecto de auto-regulação? — até aos problemas da privatização e regulação/desregulação de áreas tradicionalmente públicas como os correios ou as telecomunicações nacionais e internacionais ⁽¹⁵⁾. A regulação da

⁽¹⁵⁾ Sobre isto v. SCHEURLE, *Grundzüge der Privatisierung und Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation*. MEIERHOFER, *Privatisierung aus der Sicht des Bundesamtes für Post und Telekommunikation als Regelungsbehörde*. GERLOFF, *Privatisierung und Regulierung aus der Sicht der Deutschen Pst AG als betroffenem Unternehmen* in KÖNIG/BENZ (Org. por...) *Privatisierung und Staatliche Regulierung — Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk* (Baden Baden 1997).

desregulação é em si mesmo um problema jurídico: e a sua admissibilidade levanta problemas jurídicos, muitas vezes de nível constitucional, tão sérios como a regulação.

3. A REGULAÇÃO COMO UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL: O CASO LOCHNER

3. Os problemas principais da regulação enquanto intervenção do Estado na economia e no livre funcionamento das leis do mercado, sem interferência pública a não ser na criação do quadro geral dos direitos de propriedade que são uma condição do normal funcionamento do mercado, podem ser facilmente sublinhados pela análise do caso Lochner.

O caso *Lochner v. New York*, uma decisão da *Supreme Court* em 1905, marcou o começo de uma era — a chamada era Lochner em que os tribunais norte-americanos declararam a inconstitucionalidade de um conjunto de normas protectoras dos direitos dos trabalhadores que, nessa fase, se tinham já tornado de aplicação corrente na Europa.

O objecto do litígio era uma norma do Estado de Nova Iorque que criava um limite legal para o horário de trabalho dos padeiros. Interferindo deste modo com a liberdade de definição das relações laborais e por isso violando, de acordo com os seus detractores, a liberdade de contratar livremente ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ A fase inicial desta disputa foi marcada pela decisão do juiz federal do Estado de Nova York, Learned Hand, que considerou a decisão constitucional. Tendo em 1905 a decisão da *Supreme Court* provocado um célebre voto de vencido de OLIVER WENDEL HOLMES. GUENTHER, *Learned Hand, The Man and the Judge* (New York 1994) 119. Para uma análise circunstanciada das condições políticas e sociais que conduziram a esta decisão e às suas consequências v. KENS, *Lochner v. New York — Economic Regulation on Trial* (University Press of Kansas 1998). Sobre Learned Hand ver também DWORKIN, *Learned Hand*, in *Freedom's Law, The Moral Reading of American Constitution* (Harvard University Press 1996) 332-347. GUENTHER, *Learned Hand* (1994) 119. Note-se que um autor como POSNER considera o voto de vencido de Holmes não apenas uma boa tomada de posição judicial mas a maior tomada de posição judicial dos últimos cem anos: em causa estava o facto de Holmes não ter tentado precisar o conceito de *due process of law* mas de lhe ter dado um conteúdo material e demonstrado que ele não incorporava a doutrina do darwinismo social. POSNER, *Overcoming Law* (Harvard University Press 1995) 195.

Como argumentação principal contra esta atribuição por norma jurídica de direitos aos trabalhadores de um certo sector, direitos que não poderiam ser derogados na normal definição de direitos e deveres feita pelos contratos de trabalho de forma individual ou colectiva, estava uma aplicação material do princípio da inviolabilidade do *due process of law*. Não apenas como mera regularidade formal da criação de normas mas como análise material da sua compatibilidade com este princípio ⁽¹⁷⁾.

O caso Lochner foi assim, apenas, o mais famoso de uma série de casos em que os tribunais e a *Supreme Court*, até à viragem de 1937 ligada à grande depressão, se consideraram mandados para declarar a nulidade de qualquer lei que se não inserisse no escopo considerado adequado para as actividades de uma entidade pública americana: não podendo por isso ser aceite nenhuma lei que viesse limitar de forma, nesta perspectiva necessariamente, arbitrária a liberdade da actividade económica.

O que atribuía aos juízes amplos poderes discricionários sobre as leis que tinham como objecto a regulação da economia com ou sem a atribuição de direitos sociais, como o salário mínimo ⁽¹⁸⁾. A disputa da constitucionalidade centrava-se aqui sobre a admissibilidade de um conjunto de normas que no nosso sistema constitui hoje o direito do trabalho: direito do trabalho como o conjunto de normas aplicáveis ao trabalho subordinado e que assentam na necessidade de proteger o trabalhador ⁽¹⁹⁾.

E temos aqui a regulação de um sector muito especial da economia: um direito de regulação que se autonomizou e cuja pertinência ao já referido direito económico nunca se colocou. A vocação autonomista, que a sua importância lhe atribuiu, transformou-o em mais um ramo do direito sem especial relação com o direito económico.

Mas que compartilha dos principais problemas constitucionais da regulação — o caso Lochner ilustra isto muito bem — pela

⁽¹⁷⁾ GUENTHER, *Learned Hand...* (1994) 119. Sobre o *due process of law* ver também ATYAH/SUMMERS *Form and Substance in Anglo-american Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions* (Oxford 1987) 44.

⁽¹⁸⁾ ROTUNDA / NOWAK / YOUNG, *Constitutional Law* 5.^a ed. (St. Paul 1995) 384-386.

⁽¹⁹⁾ Para a criação e evolução deste ramo do direito MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* (Coimbra 1991) 33-104.

sua natureza intrínseca de criação e restrição de direitos: a atribuição de direitos à parte mais fraca da relação laboral e a correspondente restrição dos direitos da contra-parte.

Não é por isso compatível com um puro princípio de economia liberal: uma razão de eficiência económica que fazia parte da pré-compreensão das decisões judiciais da *Supreme Court* até que a emergência da grande depressão viesse provocar uma legitimação económica da intervenção do Estado na economia.

O que motivou a crítica posterior de uma excessiva restrição dos poderes do legislativo em nome de uma espécie de direito natural de liberdade de contrato que, em caso algum, poderia ser invadida pelo poder legislativo ⁽²⁰⁾.

4. A CRÍTICA ECONÓMICA DA REGULAÇÃO

4. Os argumentos de eficiência económica e da necessidade de regulação da economia que justificaram o crescimento incessante do sector público e a ampla atribuição de direitos sociais, no período situado entre a grande depressão e os nossos dias, abriram também caminho para um outro ângulo de análise: a discussão de natureza tópica sobre a ineficiência produzida por alguns casos particulares de regulação em que os efeitos eram precisamente o contrário do objectivo pretendido.

Não que haja aqui uma novidade absoluta: desde ADAM SMITH que se sabia que muitas vezes os efeitos obtidos pelo legislador, quando procurava estimular este ou aquele sector da economia, eram inteiramente distintos daqueles que este pretendia obter. SMITH tinha demonstrado que quando o Estado criava subsídios à exportação de cereais conseguia apenas aumentar o seu preço interno e criar assim dois impostos.

Um imposto directo para obter fundos para pagar o subsídio à exportação e um outro, indirecto, que se manifestava pelo aumento do preço a pagar pelos consumidores internos do cereal ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ POSNER, *Overcoming Law* (1995) 196.

⁽²¹⁾ ADAM SMITH, *On Bounties*, cap. V, *The Wealth of Nations*, Ed. Everyman (1966) 6-42. Para não referir as suas célebres críticas às leis portuguesas que, proibindo a saída do ouro, o faziam sair de contrabando com um aumento de preço no exterior que em nada beneficiava Portugal.

E é esta lógica bem conhecida dos efeitos perversos das normas jurídicas a que se vai apelar para tratar dos efeitos perversos da regulação: e para a desmontagem e exposição pública do mecanismo de interesses que a sustentam.

Num regresso à economia política, com a sua análise dos interesses e dos grupos sociais, depois de um largo período dominado pela assepsia técnica das *economics*, a escola de Chicago vai escolher a regulação como um dos seus temas predilectos: com o fim de demonstrar como a aliança entre os interesses especiais e o sistema político conduz a situações nefastas para os interesses do consumidor. Um dos temas centrais da escola da escolha pública que constitui a parte principal deste regresso à economia política ⁽²²⁾.

Num trabalho que se tornou famoso, STIGLER vem formular como “tese central”, que a regulação constitui uma aquisição das empresas e actua basicamente em seu benefício ⁽²³⁾.

Os casos seleccionados são a indústria petrolífera e a aviação. Nessa época a indústria petrolífera beneficiava de uma norma que, por razões ditas de defesa e segurança nacionais, impunha uma quota rígida de importação de petróleo: o que conduzia a uma subida de preços que permitia aos produtores locais de petróleo, com custos mais elevados, permanecer no mercado. E ter lucros adicionais pela diferença entre o custo do petróleo na importação e preço de venda no mercado norte-americano. Ora, como sustenta o autor a forma mais simples de manter a produção interna por razões estratégicas seria uma tarifa de importação: com a diferença que nesse caso a receita seria do Tesouro e não das companhias.

Ao contrário deste sistema de restrição de importações que, elevando os preços internos, proporcionava às empresas petrolíferas uma receita adicional de 5 biliões de dólares, em tudo equivalente a um subsídio público.

⁽²²⁾ Para uma análise desta tema entre nós, ver. C. PINTO CORREIA, *A Teoria da Escolha Pública: Sentido, Alcance e Limites* (Coimbra, 1998). Para um aprofundamento do tema, MUELLER (Org. por...) *Perspectives on Public Choice: a Handbook* (Cambridge University Press 1997) *Public Choice II -- A Revised Edition of Public Choice* (Cambridge University Press 1989).

⁽²³⁾ STIGLER, (org. por...), *The Theory of Regulation* Chicago Studies in Political Economy (Chicago University Press 1988) 209-233.

Com uma importante vantagem: enquanto o subsídio público deveria ser partilhado com as novas empresas que entrassem neste sector, a indústria petrolífera, mediante o controlo do esquema de concessão de licenças de importação, conseguia garantir que o bónus não fosse dividido por mais beneficiários.

A conclusão de STIGLER é que as empresas procuram obter do Estado, não puros e simples subsídios, mas vantagens mais duradouras e não sujeitas a partilha por empresas recém-chegadas.

E, por isso, a regulação pode ser uma forma mais sofisticada de conseguir que o Estado ponha ao seu serviço poderes de coacção pública para conseguirem vantagens de natureza económica, *maxime* pela atribuição de monopólios⁽²⁴⁾.

Monopólios ou oligopólios de natureza legal conseguidos mediante a criação de obstáculos legais: licenças ou alvarás, permissões especiais. Destinadas a limitar ou, pelo menos, condicionar de qualquer modo a entrada nos seus sectores: o caso típico da aviação comercial que era, nessa época nos Estados Unidos, uma indústria fortemente regulada. Como ainda hoje sucede na Europa⁽²⁵⁾.

Mecanismos coercivos usados pelo Estado e justificados por um pretense interesse público para conseguir vantagens para um sector económico⁽²⁶⁾.

O passo seguinte da teoria económica da regulação é a análise do custo global dos esforços que devem ser feitos para obter a legislação que consagra situações de vantagem: para conseguir um monopólio em situações de incerteza (quem vai obter a licença?) os interessados deverão desencadear uma campanha de pressões sobre os decisores públicos actuando directamente ou procurando influenciar a opinião pública.

⁽²⁴⁾ Tendo esta actividade de obtenção de vantagens económicas por meio de uma legislação favorável (desde o exclusivo legal, ao benefício fiscal ou ao subsídio), a designação *rent seeking*. V. MUELLER, *Public Choice II, Rent seeking*, 229-246. SHEIFLER/VISHNY, *The Grabbing Hand... Why Is Rent Seeking so costly to growth* (1998) 81-89.

⁽²⁵⁾ Sobre os problemas principais deste sector v. WAASAENBERGH/VON DER DUNK, *Deregulation and Regulation of the European "Airscape"* (Köln 1997).

⁽²⁶⁾ Recordemos que o caso de hiper-regulação chamado política agrícola comum foi justificado, no início da construção europeia, com a necessidade de manter a auto-suficiência alimentar da Europa, em caso de guerra. O paralelismo com o caso das quotas de importação de petróleo é flagrante.

Com os custos do monopólio a corresponder muitas vezes à necessidade de suportar os gastos numa campanha que não teve êxito.

E em casos extremos recorrendo a um suborno que vai transferir parte da renda de monopólio da empresa para o decisor público⁽²⁷⁾.

O que tem justificado, por exemplo, a evolução que encontramos nos Estados Unidos ou na Grã Bretanha no modo como se procede à afectação do bem escasso que é o espaço de emissão das estações de televisão: em vez da atribuição desse espaço por meio de uma decisão de uma comissão que procede à avaliação do interesse público do projecto, procede-se a um puro e simples leilão do espaço disponível⁽²⁸⁾.

Deste modo, em vez de uma actuação oculta de obtenção de influências e favores públicos temos uma disputa aberta com regras transparentes.

E em vez de financiamentos de partidos ou de subornos de decisores públicos temos uma receita do Estado.

5. OS MECANISMOS JURÍDICOS DA REGULAÇÃO: REGULAÇÃO E CONCESSÃO

5. O conceito jurídico de regulação como um produto do sistema jurídico anglo-americano tem um pressuposto que, pela sua extrema clareza, não precisa de ser explicitado: a produção de bens destinados ao consumo, privado ou público, é uma actividade que deve ser confiada ao mercado e só ao mercado.

As funções do Estado são a produção de bens públicos como a coacção (interna) e a defesa (externa), a obtenção de recursos mediante a tributação e proceder, em certos casos, à redistribuição de rendimentos.

⁽²⁷⁾ POSNER, *The Social Cost of Monopoly and Regulation* in STIGLER, (org. por...) *Chicago Studies in Political Economy* (1988) 283-284.

⁽²⁸⁾ POSNER, *The Social Cost* (1988) 297. Noutra perspectiva. ALBERT, *Entwicklung der Privatisierung und Regulierung im Bereich des Rundfunks*, in KÖNIG/BENZ (Org. por...) *Privatisierung* (1997).

Depois, mas só depois, vem a necessidade de regular certos aspectos da economia: impedir horários de trabalho desumanos, disciplinar o fornecimento de energia, luz e telecomunicações às grandes cidades, regular os caminhos de ferro ou a aviação, impedir que cheguem ao mercado medicamentos que possam pôr em risco a saúde pública e outros casos semelhantes.

Em todos estes casos encontramos uma legitimação da actividade do Estado mediante a natureza específica daqueles bens ⁽²⁹⁾. Podemos, pois, ter intervenção: mas apenas quando os objectivos que esta prossegue não são atingidos espontaneamente pelo mercado.

Não existe regulação na produção dos computadores que utilizamos todos os dias porque o mercado criou espontaneamente sistemas compatíveis e uniformizados, como já antes tinha sucedido com os automóveis.

Tivemos normas imperativas sobre as qualidades técnicas das instalações eléctricas, primeiro em espaços nacionais e depois de forma global, porque só isso tornou possível ligar esses mesmos computadores a qualquer sistema de fornecimento de energia eléctrica.

A actividade reguladora da economia constitui assim, com toda a nitidez, uma situação excepcional a exigir legitimação.

E se uma mudança acaba com a escassez do espaço radioeléctrico que se torna mediante a digitalização dos sistemas os monopólios das telecomunicações podem ser desmantelados: sucedeu isso nos Estados Unidos e por arrastamento no espaço europeu.

Como elemento comum a todas estas situações encontramos no tipo de capitalismo norte-americano uma intervenção do Estado por via legislativa apenas nas zonas onde a mão invisível parece não funcionar ⁽³⁰⁾: ou onde a evolução da economia, como sucede

⁽²⁹⁾ Em oposição a um conceito de licença para o exercício da actividade empresarial que no exemplo paradigmático da Alemanha pode ser negado em determinadas situações. Ver vários casos desta actividade administrativa em FROTHER, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltungsrecht* 2.^a ed. (München 1994) 124-134.

⁽³⁰⁾ Essa mesma questão foi estudada no pensamento financeiro português a propósito da produção de bens públicos nos casos das falhas ou incapacidades do mercado. SOUSA FRANCO — *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4.^a ed. 2 vols.. (Coimbra, (1992) 25-45. No caso da regulação o bem público produzido é apenas a actividade legislativa.

no caso da legislação *anti-trust* contra os monopólios, levou a que ela deixasse de funcionar.

E tal intervenção leva a uma atribuição e restrição de direitos, como o caso Lochner ilustra muito bem e que, para além de certos limites, pode atingir a figura da expropriação parcial que deve ser indemnizada.

Nada disto encontramos no direito público português.

O paradigma básico na Constituição de 1933 era um certo papel dirigente do Estado na economia e a cultura dominante era a da necessidade de expressa autorização pública para o exercício das actividades económicas.

Por isso a figura mais próxima da regulação que encontramos no direito administrativo português parece-nos ser a tradicional figura de direito administrativo que é a concessão, ao menos numa parte das suas possíveis e múltiplas configurações.

O que é a concessão?

Podemos ter a figura da concessão para a exploração ou gestão de bens dominiais ⁽³¹⁾. Existem bens do Estado cuja exploração envolve uma concessão. E não é exactamente isso que aqui nos interessa. Mas com contornos muito mais fluídos temos o caso muito especial da concessão de serviços públicos: em que tem sido poucos estudadas duas questões prévias que estão por explicitar:

O que são serviços públicos? E quando é que o Estado deve regular um certo sector da economia considerando-o serviço público?

Uma vez que, como salientou MARCELLO CAETANO, “o concessionário de um serviço público goza, regra geral de um exclusivo” ⁽³²⁾. Um exclusivo que tem raízes históricas: a fraqueza da

⁽³¹⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo* 10.^a ed. (Coimbra 1991 reimpressão) 948. *Domínio público que pode ser maior ou menor e que no caso do direito continental vai incluir, por exemplo as minas, que são tratadas com instrumento de propriedade privada no caso do direito anglo-americano. O carácter alternativo destas duas técnicas é tratado por GARCIA de ENTERRIA/TOMAS-RAMON FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo*, 4.^a ed. II, (Madrid (1993) 151.

⁽³²⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual* (1991) 1121. Desenvolvendo este aspecto temos PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos* (Coimbra 1999) 101 ss. Que outros termos, “o concessionário pode ter o direito de gerir a sua actividade em regime de monopólio” GALLI, *Curso di Diritto Amministrativo* (Padova (1996) 558.

iniciativa privada no século passado (e nos seus prolongamentos neste século) levava a que os grandes projectos (caminhos de ferro, água, electricidade, telefones) fossem sempre atribuídos com um longo período em regime de monopólio.

O que conduzia a um exemplo extremo da regulação. Com a abertura e a consequente desregulação da economia portuguesa as questões hoje têm de ser colocadas de forma diversa.

E de forma diversa porque a definição de serviço público que continua a ser utilizada “O serviço público é uma tarefa administrativa que a lei atribui a um ente público”⁽³³⁾ tem uma natureza de tal modo formal que pode abranger qualquer actividade económica: como se vê pelos exemplos que se seguem (distribuição de água, transportes rodoviários)⁽³⁴⁾.

E essa impossibilidade de definição cria um problema de fronteiras: considerando a tutela da liberdade de empresa aceite pela ordem constitucional portuguesa e a liberdade de estabelecimento da ordem jurídica comunitária suscitam sempre a questão de saber até onde poderá ir a regulação encoberta criada pelo “serviço público”.

Numa nova abordagem destes problemas onde, em vez da utilização da figura tradicional da concessão, talvez devamos empregar os conceitos situados à volta da regulação da economia: como instrumento conceptual mais adequado para a definição das actuais relações entre o Estado e a economia.

6. EM CONCLUSÃO: OS PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS DA DESREGULAÇÃO

6. Os movimentos regulação/regulação correspondem geralmente a um avanço ou a um recuo da intervenção do Estado na economia⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão...*(1999) 108.

⁽³⁴⁾ Tentando encontrar a *introuvable* definição de serviço público LINOTTE/MESTRE/ROMI, *Services Publiques et Droit Publique Economique* 3.^a ed (Paris 1995) 48, acabam por concluir que se não distinguir entre actividades de interesse geral e outras que o não sejam.

⁽³⁵⁾ Ver a este respeito a síntese de STÖBER, *Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht — Zur Deregulierungsdebatte in Deutschland* (München 1997).

E se os problemas da constitucionalidade da regulação se colocam, principalmente, na restrição/amputação de direitos que costuma ser uma parte essencial desta, a constitucionalidade da desregulação tem uma conexão mais intensa com os direitos que o Estado atribui ou consagra por meio da regulação.

E por isso, voltando aos problemas da regulação do Estado no caso do direito do trabalho, não podemos ter dúvidas que um movimento de desregulação global poria em causa os direitos constitucionais dos trabalhadores.

No polo oposto, a desregulação das emissões de televisão, com a pura e simples venda do espaço disponível num regime de leilão, só seria um problema constitucional se a Constituição tornar obrigatória a existência de um serviço público de televisão. Num espaço de pura decisão política, tal como sucede com zonas tradicionalmente sujeitas a uma intensa regulamentação como os serviços de correios ou as carreiras de aviação: nesta zona trata-se apenas de saber como conseguir um óptimo de eficiência, com maior ou menor recurso ao mercado e sem permitir a formação de situações de monopólio.

Em zonas intermédias temos zonas de intensa intervenção pública, também sob mandato constitucional, como a defesa do ambiente ou dos direitos dos consumidores: a possibilidade constitucional de desregulação nestas zonas tem que ser considerada sob a condição de serem atingidos, por formas alternativas de intervenção, os objectivos constitucionais.

No caso do consumo, tal como no direito do trabalho, a legitimação da intervenção pública reside na diversa força negocial das duas partes: empregado/empregador, produtor/consumidor. Mas a desigualdade é mais intensa no primeiro destes casos.

A regulação e a desregulação têm assim que ser consideradas como uma mera realidade instrumental⁽³⁶⁾: que podem colocar problemas constitucionais apenas se forem colocadas ao serviço de objectivos que colidam com princípios básicos que a Constituição

⁽³⁶⁾ E por sua vez implicam a escolha de diversos modos ou instrumentos de intervenção. Sobre isto v. KAUFER, *Theorie des Öffentlichen Regulierung* (München 1981) 45-86.

contém para a relação entre Estado e economia no sentido mais amplo deste termo.

Com os imperativos constitucionais a deverem ser considerados dentro da situação fáctica criada pela concreta evolução da técnica em cada momento concreto.

A exploração da rede telefónica que exigia a intervenção legislativa quando estava entregue a um único explorador, pode passar a situar-se nos domínios em que a optimização se consegue pela concorrência quando esta se torna economicamente possível. A energia eléctrica terá que ter os seus preços regulados por uma qualquer comissão de natureza pública se o consumidor, ou enquanto o consumidor, não puder optar entre vários fornecedores.

A regulação mostra assim a sua natureza de meio ao serviço de certos fins: que em alguns casos, por constituírem direitos sociais constitucionalmente consagrados, terão de ser atingidos por uma qualquer forma de intervenção pública: com a consequente liberdade política e administrativa quanto à escolha dos meios mais adequados para esse fim.

APONTAMENTO SOBRE AS NORMAS DE APLICAÇÃO NECESSÁRIA PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS E O ART. 21.º DO CÓDIGO CIVIL DE MACAU (*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro (**)*

SUMÁRIO:

Introdução

I. As normas de aplicação necessária vigentes na ordem jurídica interna

- A) Conceito de norma de aplicação necessária
- B) Determinação das normas de aplicação necessária
- C) O art. 21.º do Código Civil de Macau

II. A relevância de normas imperativas estrangeiras

- A) Identificação do problema
- B) Principais teses sobre a relevância das normas imperativas estrangeiras
- C) Posição adoptada de *iure condendo*
- D) Posição adoptada de *iure constituto*
- E) Relevância de normas imperativas de terceiros Estados no quadro do Direito material da *lex causae*

Introdução

O tema das normas de aplicação necessária tem merecido grande atenção por parte dos internacionalprivatistas portugueses,

(*) O presente texto corresponde, com pequenas alterações, à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Civil e Comercial: o Código Civil e o Código Comercial de Macau, que se realizaram em Macau em Setembro de 1999.

(**) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa