

PREÇOS, TRIBUTOS E ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES: O CASO DO SECTOR DA ELECTRICIDADE^[*]

—
NUNO DE OLIVEIRA GARCIA

Advogado

ÍNDICE: 1. Introdução: do sector empresarial do estado às entidades reguladoras independentes; 1.1. As empresas públicas em Portugal e o sector empresarial do estado; 1.2. O estado regulador, o mercado liberalizado e as entidades reguladoras independentes; 2. A transição para o mercado liberalizado e os custos de transição; 2.1. Introdução: os custos de transição; 2.2. O pagamento dos “custos de transição” no mercado da electricidade (CMEC): um caso de estudo; 3. Receitas patrimoniais e tributos na transição para o mercado liberalizado; 3.1. Dificuldades iniciais; 3.2. Tarifas, taxas, e autoridades reguladoras; 3.2.1. Tarifas e taxas a favor das entidades reguladoras; 3.2.2. Os CMEC; 3.3. Preços, taxas e essencialidade; 4. Conclusões

[*] O presente escrito corresponde, com algumas alterações, a parte do relatório de mestrado apresentado na disciplina de Direito Financeiro na Faculdade de Direito (UL) em Setembro de 2006.

INTRODUÇÃO: DO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO AS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

AS EMPRESAS PÚBLICAS EM PORTUGAL E O SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO

Se nos dedicarmos, pela técnica do garimpeiro, a enumerar as referências à expressão “bem-estar”, na vasta doutrina que estudou o Sector Empresarial do Estado (SEE), cedo descortinamos que, se valesse ouro o que procurávamos, estaríamos endinheirados. E isto porque a prossecução do “bem-estar” é tarefa herdeira da concepção voluntarista da transformação das condições económicas, sociais e culturais da realidade, curiosamente tão subjacente à Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) como já era, numa total oposta configuração programática, na Constituição de 1933.

O princípio do bem-estar social surge, assim, como um elemento basilar de um Estado de Direito democrático resultante da Constituição de 1976. De acordo com o modelo teórico, um “Estado de bem-estar” determina uma mudança radical da configuração do papel do Estado herdadas dos períodos liberais, segundo a qual já não haveria sociedade sem Estado, nem o Estado podia ser entendido sem a sociedade^[1].

Seria a partir da década de 60 do século XX que surgiria um pouco por todo o Mundo, na esfera da política económica, uma confiança crescente na capacidade do Estado para se intrometer na economia, quer fosse pela mera planificação económica, quer mesmo através da produção directa de bens e serviços. Em

[1] Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, p. 13. Sobre o Estado Social de Direito, por todos, entre nós, v. Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional I*, Braga, 1979, pp. 297 e ss. Por outro lado, se a extensão da noção de Estado de Direito transcende o terreno da intervenção na economia, não se olvida que nesta intervenção reside um dos seus aspectos mais evidentes. A este respeito veja-se, no que importa ao modelo jurídico da economia, a exigência constitucional da actividade prestativa dos poderes públicos. Neste sentido, v. Luís Cabral Moncada, *Direito Económico*, Coimbra, 2000, p. 101.

Portugal, apesar do Estado Novo ter sido caracterizado pela sua ideologia intervencionista, a verdade é que até 1974 a criação de empresas públicas (EPs)^[2] não era profícua, o que não significava, todavia, que não existisse um sector público de relativa dimensão^[3].

Ficou-se, então, a dever-se aos momentos subsequentes à Revolução de 25 de Abril de 1974, o vasto programa de nacionalizações levado a cabo até à entrada em vigor da Constituição de 1976^[4] e do qual resultaria o SEE português^[5].

Apesar de uma relativa pró-actividade inicial, a verdade é que o isolamento exterior e a ausência de concorrência pré-revolucionários, condicionariam negativamente de forma significativa um SEE débil desde a sua constituição, incapaz de ser um factor de desenvolvimento de bem-estar. Ao referido isolamento acresceu a acumulação de prejuízos de graves intervenções tutelares o que se veio a revelar ruínosa para a sobrevivência deste sector.

[2] Sobre o conceito normativo de empresa pública, por todos, v. Augusto de Ataíde, *Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia*, CCTF (100), Lisboa, 1970, pp. 149 e ss. e Menezes Cordeiro, *Direito da Economia I*, Lisboa, 1986.

[3] A respeito do sector público, por todos, v. Freitas do Amaral, *As Modernas Empresas Públicas Portuguesas*, Lisboa, 1971, *maxime* pp. 12-23, A. Sousa Franco, *Finanças do Sector Público – Introdução aos Subsectores Institucionais*, Lisboa, 1991, pp. 3-66, e Eduardo Paz Ferreira, *Lições de Direito da Economia*, Lisboa, 2001, p. 359.

[4] Sobre a questão da apropriação colectiva ou pública dos meios de produção ter sido uma reminiscência do modelo económico marxista resultante do texto primitivo da Constituição, v. Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 153-154.

[5] Logo em 1974 procedeu-se as nacionalizações aos bancos emissores, e, no ano seguinte, foi executado um vasto programa de nacionalizações (com ressalva para as posições detidas por capital estrangeiro) incluindo, entre outras, as restantes instituições monetárias que não os bancos emissores, as seguradoras, os transportes, a siderurgia, a refinação e distribuição de petróleo, a produção e distribuição de energia eléctrica, a indústria cervejeira e tabaqueira, a rádio e a televisão e uma parte significativa da imprensa. Neste sentido, v. Nuno Sá Gomes, *Nacionalizações e Privatizações*, CCTF (155), Lisboa, 1988, pp. 53-62, e Eduardo Paz Ferreira, “Do Mito do Sector Empresarial do Estado ao Mito das Privatizações”, in *Revista da Banca* 9 (1989), p. 26 e, do mesmo autor, *Lições...*, p. 217 e ss.

Ao imperfeito funcionamento do SEE conjugar-se-ia um realinhamento político no sentido da adopção de políticas económicas liberais, realinhamento este que se tornou mais evidente com o fim do consenso político de 1976 em torno das virtudes de um sector público forte. Também, os exemplos vindos do resto da Europa levavam a que, já na década de 80 do século passado, se assistisse a uma tentativa de revisão da posição do Estado na economia, sobretudo no sentido da redução efectiva das suas funções a um mero garante do correcto funcionamento do mercado^[6].

Finalmente, a sedução de uma possível entrada no (então) restrito *clube* da Comunidade Económica Europeia (CEE) funcionaria também como pressão adicional (que se viria a revelar vital) para uma crescente abertura à concorrência do mercado nacional, nomeadamente através do processo de (re)privatizações^[7].

1.2. O ESTADO REGULADOR, O MERCADO LIBERALIZADO E AS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

Nas últimas décadas, a par do processo de (re)privatizações emergiu o fenómeno da *regulação económica* com o objectivo de encontrar formas mais adequadas de protecção do interesse público, consumada a passagem das unidades produtivas do sector público para o privado.

Em rigor, o fenómeno da regulação surge na sequência de diversas manifestações de políticas económicas de *desintervenção pública*^[8]. Entre as mais significativas, talvez se encontrem a aboli-

[6] O exemplo inglês do processo de privatizações – o programa pungente de privatizações levado a diante durante o segundo mandato de Margaret Thatcher – estendia-se à generalidade dos países de economia de mercado. Para uma análise comparativa dos processos de privatização no estrangeiro, ver Nuno Sá Gomes, *Nacionalizações...* pp. 428 e ss.

[7] Destaque para a Revisão Constitucional de 1989 (2.^a RC), pela qual, entre outros pontos fundamentais essencialmente centrados na organização económica, se suprimiu a regra que consagrava a irreversibilidade das nacionalizações posteriores a 25 de Abril.

[8] Sobre o tema, v. as obras de Eduardo Paz Ferreira, *Ensinar Finanças Públicas numa*

ção de serviços públicos (ou a simples restrição do seu financiamento), a concessão de serviços públicos a entidades privadas, ou ainda criação de fundações ou associações públicas sob a égide de direito privado^[9].

Tem-se, assim, entendido que a *regulação* é consequência de um processo denominado de *desintervenção*, processo este no qual ao Estado apenas restam atribuições como a definição por via legislativa de determinados objectivos ou a escolha dos instrumentos e meios para atingir tais objectivos (dotando ou não esses meios de coercibilidade)^[10]. Um pouco por todos os países europeus, este processo de *desintervenção* foi visível e significou uma separação entre responsabilidades administrativas e responsabilidades operacionais, sobre-

Faculdade de Direito, 2004, pp. 232-239, Paulo Otero, *Vinculação...*, pp. 13-22 e 150-176; AA.VV., *Privatizações e Regulação – A Experiência Portuguesa*, Lisboa, 1999, e Jorge Costa Santos, *Bem-estar Social e Decisão Financeira*, Coimbra, 1993, pp. 21 e ss.

[9] Destas manifestações, a *concessão de exploração* é a mais visível sobretudo por se encontrar actualmente relacionada, de forma quase “embrionária”, à execução de grandes projectos, *maxime* respeitantes a obras públicas de infra-estruturas. Para uma abordagem às principais questões colocadas pela concessão de exploração de Empresas Públicas, v. Sérgio Gonçalves do Cabo, *A Concessão de Exploração de Empresas Públicas*, Lisboa, 1992, pp. 1-29.

[10] De forma sucinta, seguimos aqueles para quem a regulação económica situa-se num espaço denominado de *convergência entre o Estado e a economia*, com o fim de actuar sobre aquelas falhas de mercado que podem ser corrigidas através do fornecimento de bens e serviços públicos mas também de bens e serviços privados por entidades públicas. Para uma descrição do desenvolvimento histórico do fenómeno da regulação *vide* Eduardo Paz Ferreira, *Lições...*, pp. 395-399. Reflectindo sobre este conceito de regulação presente na teoria anglo-saxónica, defende A. Sousa Franco que se confunde com “a actuação do Estado que interfere com as forças de mercado”, cit. *Noções de Direito da Economia*, 1982-83, p. 295. No sentido de que não existe apenas um sentido para o conceito de regulação, faz notar Saldanha Sanches: “A regulação, este sentido especial, é apenas a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas actividades(...) Nesse sentido “regulação” é a negação da mão invisível (...)”, cit. “A Regulação: História Breve de um Conceito”, in *ROA* (separata), Lisboa, 2000, p. 5.

[11] A este respeito, veja-se que o direito comunitário confere uma prevalência ao princípio da igualdade entre empresas públicas e privadas, nomeadamente excluindo a possibilidade daquelas empresas receberem auxílios públicos. Neste sentido, v. Paulo Otero, *Vinculação...*, p. 163.

tudo nas situações de monopólio público. Por outras palavras, o “Estado empresário” e o “Estado prestador” directo de serviços públicos tendem a ser substituídos por um “Estado essencialmente regulador” de uma economia cada vez mais submetida ao mercado.

Um dos grandes motores deste fenómeno de regulação por toda a Europa acabaria por ser a Comunidade Europeia (CE), nomeadamente a sua actuação em sectores estratégicos como sector eléctrico e o das telecomunicações. A acção da CE não seria, todavia, notória somente no que respeita ao fenómeno da regulação em concreto. Em rigor, o conjunto do ordenamento comunitário, visando sempre a defesa do mercado comum, tem revelado – à imagem de um modelo norte-americano, diga-se – uma tendência privatizadora da economia^[11].

Como temos vindo a referir, fruto da emergência de orientações liberalizadoras, o papel do Estado tem sentido alterações significativas. De facto, nas últimas décadas, uma tendência geral em matéria de *regulação* nos países europeus, seguindo a tradição norte-americana de mais de um século^[12], consiste em atribuir tarefas regulatórias a entidades públicas mais ou menos independentes do Governo e da “administração directa do Estado”^[13]. Surge assim a

[12] Tradição que remonta a 1887 com a criação da *Interstate Commerce Commission* com a finalidade de supervisionar a organização e a gestão do transporte ferroviário. Ver, por todos, Eduardo Paz Ferreira *Lições de Direito da Economia*, Lisboa, 2001, p. 395, e, para maior desenvolvimento, Vital Moreira, “As Entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça”, in *O Cidadão, O Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002 p. 94, e José A. Figueiredo Dias, “Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 641.

[13] Em pleno Estado Novo não faltavam comissões reguladoras, institutos e juntas nacionais – organismos de coordenação económica – mas, então, ao invés do que sucede agora, tratavam-se de organismos concebidos para actuarem em estrita ligação com o Estado, cfr. Sérgio Vasques, “Remédios Secretos e Especialidades Farmacêuticas: A Legitimação Material dos Tributos Parafiscais”, in *CTF* 413 (2004), pp. 141 e s.

criação de entidades de regulação, essencialmente independentes do Governo, e com finalidades próprias viradas para a garantia do funcionamento de um autêntico mercado concorrencial^[14].

Ora, também em Portugal a tendência da criação de entidades reguladoras independentes se tem afirmado desde há uma década e meia (com consagração constitucional no artigo 267.º n.º 3 da CRP). Além da “Entidade Reguladora dos Serviços Eléctricos” (ERSE)^[15], originalmente denominada por “Entidade Reguladora do Sector Eléctrico”, as primeiras manifestações dessa tendência foram o “Banco de Portugal” (como entidade reguladora das instituições de crédito) e a “Comissão do Mercado de Valores Mobiliários” (CMVM)^[16].

Perante a recente diversificação de entidades reguladoras independentes, não têm faltado autores que alertem para o facto das autoridades reguladoras independentes poderem não vir a demons-

[14] Na doutrina portuguesa, tem cabido a Vital Moreira o papel de destaque no estudo das características das entidades reguladoras, bem como da sua relação com o Governo, cabendo, nesta sede, restringir-nos aos aspectos mais importantes para o presente estudo. Segundo o investigador, juntamente com o fenómeno de *desintervenção* já aludido – pela qual o papel o Estado tende a tornar-se apenas regulador –, é a própria tarefa de regulação que se vem tornando confinada a organismos separados do Governo – as autoridades reguladoras independentes – fenómeno ao qual tem sido atribuída a denominação de *desgovernamentalização*. Por todos, v. Vital Moreira / Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)*, Coimbra, 2003.

[15] Por intermédio da publicação do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho.

[16] Depois desta primeira vaga, foi a vez da reconversão de organismos já existentes, nomeadamente institutos públicos, como o Instituto dos Seguros de Portugal (ISP) e o Instituto das Comunicações de Portugal que passou a Autoridade Nacional das Comunicações (ICP-ANACOM). Mais recentemente, foi criada a Autoridade da Concorrência (por intermédio da publicação do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro) como a entidade com competência para assegurar o respeito pelas regras da concorrência em toda a economia. Numa situação de “ambiguidade, resultante da atribuição de funções reguladoras a par com outras que não têm essa natureza” encontram-se o Instituto Nacional do Transporte Ferroviário – INTF, o Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC), e o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR).

trar, em todos os casos, um conhecimento preciso do que é o interesse geral^[17]. Também tem sido observado que estas autoridades reguladoras podem ser tentadas a seguir apenas a dimensão do interesse público que se mostra relevante no mercado, preterindo outras dimensões de interesse público que, não directamente ligadas à oferta e à procura, devem ser contudo também consideradas como missões do regulador^[18] [19].

Dos vários traços característicos das entidades reguladoras independentes^[20], a independência patrimonial financeira é o mais relevante para o presente texto pois é neste vector de independência que se vão encontrar as fundações das prestações cobradas pelos serviços prestados por essas entidades. Com efeito, as autori-

^[17] Neste sentido, Eduardo Paz Ferreira: “*A primeira dessas vias [a extinção do sector público empresarial] aparecia reforçada pela convicção dominante de que a privatização total das actividades económicas, por um lado, e a crescente passagem de funções anteriormente exercidas por entidades empresariais para as novas entidades reguladoras, por outro, apareciam como aptas a garantir, por si sós, a defesa do interesse geral.*”, cit. *Aspectos Gerais do Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Lisboa, 2000, p. 13. Do mesmo autor, e ainda sobre o “interesse público”, v. *Lições...*, p. 413.

^[18] Neste sentido, v. João Confraria, para quem, além dos problemas abreviadamente descritos, restaria ainda argumentar que: “*Em qualquer dos casos existe o problema de fiscalização da actividade reguladora por parte dos poderes constitucionalmente habilitados para o fazer – o governo ou uma câmara de deputados.*” cit. “As Autoridades Reguladoras Independentes e o Interesse Público na Prática da Regulação”, intervenção no 2.º Congresso da APCP, Janeiro de 2003, disponível em <http://www.apcp.pt/docs/t.asp?w=56>.

^[19] Também se assinala o risco de poder não vir a existir recursos humanos suficientemente qualificados para garantir uma regulação de forte componente técnica – Vital Moreira / Maria Manuela Leitão Marques, “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos”, in *Economia e Prospectiva*, vol. 3, n.º 2 (1998-99), p. 153. Entendemos, porém, que este risco deve ser minimizado atendendo ao mérito que, em regra, tem determinado a nomeação dos quadros técnicos destas entidades.

^[20] De forma concisa, tais entidades podem ser caracterizadas pelos seguintes traços essenciais: estabilidade do mandato dos reguladores (que só podem ser destituídos antes do seu termo se verificada falta grave), autonomia das funções reguladoras face às instruções ou orientações do Governo, natureza definitiva das suas decisões (o Governo não tem o poder de rever as decisões), autonomia substancial na gestão financeira e dos recursos humanos.

dades reguladoras têm assegurado recursos financeiros próprios, frequentemente através da forma de prestações pecuniárias, denominadas por taxas ou tarifas, às quais se juntam transferências anuais do Orçamento do Estado^[21] [22].

A opção pela independência financeira destas instituições tem conduzido a alguma criatividade no modo como são compostos os orçamentos dessas instituições. Um exemplo é a Autoridade da Concorrência que, como entidade com competência para assegurar o respeito pelas regras da concorrência em toda a economia, recebe, a título de receitas próprias, um valor – no máximo de 7,5% – do montante das taxas cobradas anualmente pelas restantes entidades reguladoras sectoriais^[23]. Este caso trata-se, a nosso ver, de um paradigma do modo como a transição para os mercados liberalizados não tem, por vezes, sido devidamente equilibrada com o pensamento estruturado sobre a densificação dos conceitos legais das figuras tributárias. É, pois, à luz da LGT e da CRP, duvidoso como a cobrança de taxas por determinados organismos possa conviver com a obrigação de financiarem outras entidades.

[21] Veja-se o artigo 2.º do recém aprovado “Regime de Taxas da ERC”: «Ao abrigo da alínea g) do artigo 50.º da Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, e sem prejuízo das transferências anuais provenientes do Orçamento de Estado, é anualmente fixado (...)» – Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho (sublinhado nosso).

[22] Em alguns casos, refere-se à garantia de um autêntico autofinanciamento. Sobre a CMVM, Escrevem A. Sousa Franco e Sérgio do Cabo: “Com efeito, a configuração legal da CMVM (...) teve sempre por base o princípio do autofinanciamento, traduzido na atribuição à CMVM de um conjunto de receitas próprias (cfr. Artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 473/99) que legitimam o regime de autonomia financeira e patrimonial a que está sujeita (cfr. Artigo 6.º da Lei de Bases da Contabilidade Pública) e que permitiriam fazer face às suas despesas de funcionamento (...)”, cit. “O Financiamento da Regulação e Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Coimbra, 2003, p. 451.

[23] Decreto-Lei n.º 30/2004, de 6 de Fevereiro. Para o ano de 2006, o valor a entregar à AdC foi fixo em 3,75% para o IRAR e INTF, e de 6,25% para as restantes entidades (ISP, ERSE, INAC, ICP-ANACOM, IMOPPI).

2. A TRANSIÇÃO PARA A CONCORRÊNCIA E OS CUSTOS DE TRANSIÇÃO

2.1. INTRODUÇÃO: OS CUSTOS DE TRANSIÇÃO

Pouco depois do 25 de Abril de 1974, a produção e fornecimento de bens e serviços essenciais foi, de uma forma geral, vedada à iniciativa privada na sequência da nacionalização de sectores inteiros (embora as nacionalizações não tenham sido efectuadas por sector mas empresa a empresa) e da criação de empresas públicas. A produção de electricidade foi também ela vedada à iniciativa privada, tendo sido criada a empresa pública EDP.

A abertura ao sector privado só viria a resultar da revisão de 1988 da “Lei de Delimitação de Sectores”, implementando a transformação de muitas EPs em sociedades de capitais públicos e o início da respectiva (re)privatização^[24]. Uma das fórmulas utilizadas passava por uma abertura à iniciativa privada mas sem que o Estado ficasse alheado de determinadas actividades, pelo que, em determinados sectores, concretizou-se sistemas mistos compostos por produção pública e produção em regime de concorrência. Foi o que sucedeu com o sector da electricidade no qual se produzia em regime de concorrência (era o regime de produção independente) a par da produção pública pelo regime da concessão com o Sistema Eléctrico de Abastecimento Público (SEP).

É corrente pensar que, em termos gerais, a transição para sistemas de concorrência revela-se, a todos os níveis, benéfica e não implica o confronto com princípios fundamentais do direito. E isto porque, na verdade, são muitas (e geralmente visíveis) as vantagens

[24] Privatizações que eram antecipadas pela transformação das empresas públicas em sociedades anónimas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos e de actos destinados a concentrar valor comercial, *eg.*, fusões entre EPs, aumentos de capital social e reavaliações de activos. Noutros casos, era através de cisões que se reestruturava o SEE com a sua reorganização por áreas de negócio ou geográficas, para assegurar que fossem transmitidas para o sector privado já com o adequado redimensionamento.

para os consumidores, bem como para as empresas que passam a actuar em sectores anteriormente vedados. No entanto, será que essa transição é mesmo benéfica para todos os agentes económicos e consumidores? Em princípio, a resposta é negativa ao pensarmos naquelas empresas que actuavam nos sectores vedados e que não sofriam, por isso, qualquer concorrência.

A experiência americana de transição para sistemas concorrenciais mostrou que esta transição ocasiona geralmente o que ficou denominado por *Competition Transaction Charge*^[25], expressão que pode ser traduzida como “Custos de Transição para a Concorrência”. Estes custos são aqueles que decorrem da necessidade de assegurar às empresas que actuam em determinado sector o direito à recuperação dos investimentos realizados, que se encontravam devidamente acautelados no modelo monopolista.

Os referidos *Competition Transaction Charge* também foram objecto de estudo na experiência espanhola de liberalização do mercado eléctrico, onde a doutrina tem atribuído a natureza jurídica de *direitos de crédito*, fundamentados no princípio da protecção da confiança legítima^[26]. A conclusão que resultou da experiência espanhola, californiana, mas também alemã^[27] – todas a respeito da liberalização do sector eléctrico – foi, essencialmente, a necessidade de permitir às empresas do sector que utilizem meios necessários à recuperação de investimentos realizados cuja amortização era expectável segundo as regras em vigor num determinado período, as quais, porém, vieram a ser alteradas posteriormente pelo legislador.

[25] A expressão terá sido utilizada no modelo americano de liberalização do mercado da electricidade do Estado da Califórnia – cfr. Juan Cruz Ferrer, *La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico*, Madrid, 1999 p. 238-245.

[26] Juan Cruz Ferrer, *La Liberalización...*, pp. 387-388.

[27] Jens-Peter Scheider, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Baden-Baden, 1999, pp. 510 e ss.

Contudo, em todas as referidas experiências, e para que os produtores se encontrassem habilitados a recuperar os investimentos realizados, tornou-se indispensável demonstrar, em concreto, a situação de confiança legítima mediante a prova de que o produtor efectivamente confiou na permanência da situação jurídica. Como também foi necessário demonstrar que a confiança era digna de tutela^[28], nomeadamente pelo facto do legislador nacional ter criado regras claras no sentido do cumprimento de obrigações^[29].

[28] Também entre nós o princípio da protecção da confiança legítima deve assumir um papel determinante nos casos de transição para sistemas concorrenciais. Efectivamente, é hoje tido por assente que o princípio da confiança, articulado com o princípio da segurança jurídica, é elevado a princípio jurídico-constitucional – princípio com valor constitucional – como princípio densificador do Estado de Direito. Por outras palavras, não podendo ser definido como um direito fundamental, o princípio da segurança jurídica assume um papel central como “axioma federador de muitas dimensões do sistema dos direitos fundamentais”, ou seja, um autêntico princípio sobre princípios. Assim, entre outros, v. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, tomo IV, 1993, p. 178, e J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 257. Também o TJCE tem vindo a aceitar este princípio desde a década de 50 do século XX como uma “regra que importa respeitar no quadro jurídico comunitário”. Vejam-se, entre outros, o caso *Algera/Assemblée Commune de CECA*, de 12 de Julho de 1957 e, mais recentemente, o caso *Alemanha/ Comissão*, de 24 de Novembro de 2005 (C-506/03). Sobre os princípios e direitos fundamentais na relação com a ordem comunitária, ver, entre outros, J. L. Cruz Vilaça, “A Protecção dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Comunitária”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 415-433.

[29] Pelo que ao legislador diz respeito, não deve importar apenas as exigências da técnica legislativa (“legística”) decorrentes da necessária formulação clara e completa dos preceitos legislativos. É que essa realidade diz respeito ao princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, princípio da maior relevância para a “doutrina de legislação”, mas não determinante para os problemas que nos propusemos dirigir. Ao invés, são os valores da coerência do sistema jurídico, da estabilidade e previsibilidade, que se encontram em lugar de destaque no teste do princípio da confiança na actividade legislativa. Entre nós, v. os estudos em Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Sousa, *A Feitura das Leis*, Lisboa, em especial o de A. Menezes Cordeiro, “Problemas de Aplicação da Lei no Tempo. Disposições Transitórias”, pp. 362 e ss., e Luís Cabral da Moncada, *Contributo para uma Teoria da Legislação*, Lisboa, 1998. Também abordam a doutrina ou teoria da legislação as obras de introdução ao estudo do Direito, vide, por todas, J. Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2001, pp. 393 e ss, e Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*,

2.2. O PAGAMENTO DOS “CUSTOS DE TRANSIÇÃO” NO MERCADO DA ELECTRICIDADE: UM CASO DE ESTUDO

Um exemplo de pagamento de “custos de transição” encontra-se hoje plasmado na legislação nacional referente ao mercado da electricidade^[30]. Aliás, a abertura do mercado da electricidade a um sistema concorrencial pode ser – face à importância do mesmo – entendido como um caso exemplo prático das linhas que se vem escrevendo e por objecto também do nosso estudo^[31].

Na verdade, pelo Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto, o Estado empreendeu um conjunto de alterações nas bases de organização e nos princípios reguladores do exercício das actividades que integram o Sistema Eléctrico Nacional (SEN) no sentido de

Coimbra, 2002 (reimp.) pp. 229 e s. Na vertente prática, v. David Duarte, Alexandre Pinheiro, Miguel Romão e Tiago Duarte, *Legística – Perspectivas sobre a Concepção e Redacção de Actos Normativos*, Coimbra, 2002.

[30] Em Espanha a garantia de compensação destes custos ficou consagrada na *Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de Noviembre)*, através de uma cláusula de disposição transitória.

[31] Conforme já referimos *supra*, a propósito do sector da electricidade, a transição para sistemas de concorrência pode conduzir a que determinadas empresas vejam recuperados os investimentos que realizaram numa perspectiva de que o sector onde se inserem manter-se-ia vedado à concorrência. A possibilidade de recuperação destes custos foi aceite em Espanha, na Alemanha, no Estado norte-americano da Califórnia e, como veremos adiante, em Portugal. Contudo, o pagamento desses “custos de transição” a um conjunto individualizado de empresas nacionais de um determinado Estado-Membro implica a questão prévia de se apurar até que ponto a garantia desse pagamento se insere no conceito de auxílios estaduais no âmbito do direito comunitário, tornando-se, por isso, necessário a sua prévia comunicação e apreciação pela Comissão Europeia. A questão chegou a ser discutida pela Comissão Europeia que emitiu mesmo uma “Comunicação relativa à metodologia de análise dos auxílios estaduais referentes a custos de transição para a concorrência” (http://europa.eu.int/comm.competition/state_aid/legislation/), segundo a qual os pagamento daqueles custos não consubstancia um auxílio estadual proibido pelo Tratado da UE. No caso concreto do sector eléctrico, a Comissão realçou que a liberalização não foi acompanhada de uma aceleração tecnológica (como aconteceu no caso das telecomunicações), nem de um aumento da procura e, pelo contrário, teve lugar um aumento dos níveis de exigência em matéria de protecção ambiental, de segurança e da regulação económica, o que trouxe mais custos.

orientar a sua forma de funcionamento para um regime de mercado eficiente, livre e concorrencial^[32].

Por um lado, a necessidade de tal evolução prendia-se com regime da Directiva n.º 2003/54/CE, de 26 de Junho, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno da electricidade^[33]. Por outro lado, impunha-se dar os passos necessários para a concretização dos princípios implícitos na constituição de um Mercado Ibérico de Electricidade (MIBEL) entre Portugal e Espanha^[34] [35].

Sucede que no contexto do desenvolvimento daquelas regras e princípios, seriam identificados alguns aspectos que não permitiam a desejável convergência dos sistemas eléctricos dos dois países ibéricos. Um desses aspectos consistia no facto do modelo organizacional do SEN em vigor até 2005 permitir que os produtores englobados no Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP) mantivessem uma relação comercial exclusiva com a entidade concessionária da rede nacional de transporte de electricidade (RNT). Acrescia que

[32] Assim, v. Paz Ferreira, *Lições...*, pp. 405-410.

[33] Em rigor, a liberalização do sector da electricidade é uma exigência comunitária desde 1996. Na verdade, a Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro, já estabelecia regras para o mercado interno da electricidade. Em Portugal, a reestruturação do sector iniciou-se com a aprovação dos Decretos-leis n.ºs 182/95 e 186/95, ambos de 27 de Julho, e do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março. Tratou-se, contudo, de uma reestruturação assente, essencialmente, na “desverticalização” do modelo de organização da empresa EDP e na criação de operadores a funcionar em determinados sectores de produção, transporte e distribuição, tudo isto ao mesmo tempo que se verificava um processo de reprivatização da própria EDP.

[34] Veja-se, para maior desenvolvimento, o “Acordo para a Constituição de um Mercado Ibérico de Electricidade”, celebrado entre Portugal e Espanha em 20 de Janeiro de 2004, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 33-A/2004 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19-B/2004, ambos de 20 de Abril, e, mais recentemente, o acordo celebrado em 1 de Outubro de 2004, no âmbito da Cimeira Luso-Espanhola realizada em Santiago de Compostela.

[35] Sobre a organização do sector da electricidade em Espanha v. Ariño Ortiz/ /López de Castro, *El Sistema Eléctrico Español, Regulación y Competencia*, Madrid, 1998, pp. 25 e ss, e Jorge F. Utray, *Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*, Madrid, 2004.

essa relação comercial era consubstanciada em contratos de aquisição de energia (CAE) de longo prazo, nos quais eram previstos tanto os proveitos expectáveis dos produtores como as compensações a que as partes tinham direito em caso de incumprimento, alteração ou rescisão por motivos que não lhes sejam imputáveis.

Como se compreende, o estabelecimento das regras comuns para o mercado interno de electricidade e a construção do MIBEL forçaram a alteração radical da descrita relação comercial entre a entidade concessionária da RNT e os produtores que operam no SEP. Olhando à luz das páginas que já se escreveram, podemos concluir que os produtores anteriormente englobados no SEP assistiram à transição do antigo sistema de relação comercial exclusiva para o actual modelo concorrencial, com a certeza dos prejuízos que essa transição necessariamente acarretou.

Ora, a cessação antecipada dos CAE^[36], resultado directo do novo modelo de relação comercial entre os produtores de energia eléctrica e outros agentes de mercado, implicou o estabelecimento de medidas compensatórias e indemnizatórias que assegurassem a apropriada equivalência económica relativamente à posição de cada parte no CAE^[37].

[36] Veja-se a autorização legislativa concedida pela Lei n.º 52/2004, de 29 de Outubro, e o Decreto-Lei n.º 12/2005, de 7 de Janeiro.

[37] Medidas estas que pressupõem a existência de um dever indemnizatório do Estado dada a perturbação da protecção da estabilidade jurídica por medidas legislativas posteriores. Efectivamente, a solução que se assemelha mais coerente com a “tendência reguladora”, parece ser a de compensar os entes prejudicados via indemnização. Se de acordo com a jurisprudência comunitária a indemnização de danos de protecção da confiança tem enquadramento no instituto da responsabilidade do Estado, já no que respeita à CRP a resposta poderá não ser linear. É verdade que, a nível nacional, o princípio geral da responsabilidade dos poderes públicos está proclamado no artigo 22.º da CRP (artigo 21.º no texto inicial) porém, apesar do preceito constitucional ser explícito na afirmação da responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas, fica-se por conhecer quais as funções cujo exercício por titulares de órgãos pode dar origem ao accionamento da responsabilidade civil. Sendo quase inédito em Direito comparado, é um preceito sobre o qual persistem divergências sobre o seu sentido e alcance,

As referidas “medidas compensatórias” foram recentemente criadas pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro^[38], assentes na proclamação do direito ao recebimento – mediante um mecanismo de repercussão universal nas tarifas eléctricas – de compensações pecuniárias pela cessação antecipada dos CAE. O que a doutrina estrangeira denominou de custos de transição, o legislador preferiu “custos para a manutenção do equilíbrio contratual” (CMEC).

Vejamos, com recurso à letra da lei, melhor:

“Artigo 2.º

Cessação dos CAE e atribuição do direito a compensação

N.º 1 – Os CAE celebrados entre a entidade concessionária da RNT e os produtores são objecto de cessação antecipada nos termos previstos no presente diploma (...).

N.º 2 – A cessação de cada CAE confere a um dos seus contraentes, entidade concessionária da RNT ou produtor, o direito a receber, a partir da

o que, todavia, não prejudica a sua dimensão subjectiva de reparadora de danos. Assim, v. Jorge Miranda, *Manual...*, p. 179. Em concreto, a questão central passa por conhecer até que ponto é que a responsabilidade civil por acções ou omissões no exercício da actividade administrativa e da função legislativa se insere no artigo 22.º CRP. É sabido, pelo menos desde Martinho Nobre de Melo, que quem legisla ou edita normas administrativas deve, observados os pressupostos da responsabilidade – culpa, ilicitude e nexos de causalidade –, ser responsabilizado, cfr. *Teoria Geral da Responsabilidade de Estado*, Lisboa, 1914, pp. 105 e s. A questão não está, porém, terminada posto que nos casos de transição para modelos concorrenciais não estamos perante actos verdadeiramente ilícitos. Essencial, em qualquer caso, é que exista um prejuízo, pois não se vê como possa haver responsabilidade sem prejuízo – e prejuízo subjectivado. A análise do constitucionalista de Lisboa sobre o conteúdo do artigo 22.º da CRP, a qual aderimos, leva-o a concluir que a referência a “violação” contempla a responsabilidade por actos ilícitos, já a referência a “prejuízo” a responsabilidade por actos lícitos.

^[38] De acordo com a redacção da Declaração de Rectificação n.º 1-A/2005, de 17 de Janeiro. Este Decreto-Lei estabelece também a metodologia de determinação do montante dessas compensações, bem como as formas e o momento do seu pagamento e os efeitos de eventuais faltas de pagamento. Não deixa de ser curioso notar que o mesmo Decreto-Lei seria, por lapso, novamente publicado (entretanto já revogado) sob o n.º 12/2005, de 7 de Janeiro.

data da respectiva cessação antecipada, uma compensação pecuniária, designada por custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC), destinada a garantir a manutenção do equilíbrio contratual entre as partes contraentes, subjacente ao respectivo CAE, e a obtenção de benefícios económicos equivalentes aos proporcionados por esse contrato que não sejam adequadamente assegurados através das receitas expectáveis em regime de mercado.”

3. RECEITAS PATRIMONIAIS E TRIBUTOS NA TRANSIÇÃO PARA O MERCADO LIBERALIZADO

3.1. DIFICULDADES INICIAIS

Os organismos de coordenação económicos criados entre os anos trinta e sessenta do século XX cobravam tributos parafiscais assentes, na generalidade, sobre a importação e exportação de produtos. À época, a produção contínua e desordenada de tributos parafiscais não encontrava limites e por isso proliferavam um pouco por toda a economia^[39]. O ingresso na Comunidade Europeia constituiria o primeiro entrave à manutenção daqueles tributos. Anos depois, a publicação da LGT veio colocar um segundo entrave consagrando directivas para uma clara distinção dos tributos vigentes em Portugal.

No que respeita ao financiamento dos actuais institutos públicos e entidades reguladoras não existe, contudo, qualquer regulamentação. Os institutos públicos têm direito aos tipos de receitas previstos na legislação aplicável aos fundos e serviços autónomos – artigo 37.º da Lei Quadro para os Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro) – o que lhes permite cobrar taxas e outros tributos sem que, no entanto, exista qualquer disciplina para a

[39] Sobre o tema, v. José Motas de Freitas, “Taxas dos Organismos de Coordenação Económica 1965-1967”, in *CTF* 71 (1969) e, recentemente, Sérgio Vasques, “Remédios Secretos...”, *maxime* pp. 136-145.

ceitos de imposto e taxa, compreendendo que só uma análise casuística (“receita a receita”^[44]), poderia em casos de subtis dissimilaridades obter verdadeiro sucesso^[45].

Contudo, este “afunilamento” na jurisprudência – no sentido em que grande parte dos esforços e recursos centraram-se apenas nesta questão^[46] – conduziu a um extremar dos dois institutos^[47]. Em alguns casos ao se procurar a distinção entre imposto e a taxa, esta quase se confundiu com a figura do preço público. Recorrendo a uma imagem organizada verticalmente, com o imposto na extremidade superior e o preço público na extremidade inferior, diríamos que o esforço pela distinção das figuras tributárias no nosso ordenamento jurídico se fez do “meio para cima” (entre a taxa e o imposto) e muito raramente “do meio para baixo” (entre taxa e o preço).

Saldanha Sanches e J. Taborda da Gama, “Taxas Municipais pela Ocupação do Subsolo”, in *Fiscalidade*, 19/20 (2005), p. 10, nota de rodapé n.º 21. V. também Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, pp. 42-43, e o nosso *Taxa de Ocupação do Subsolo – Acórdãos n.os 20/2003 e 515/2003 do Tribunal Constitucional*, CTF 413 (2004), em especial pp. 454-456.

^[44] Diferentes prestações tributárias tornaram-se alvo, mais do que frequente, do olhar crítico, como sejam, entre outras, a taxa de realização de infra-estruturas urbanísticas e a taxa pela ocupação do subsolo por *pipelines* ou depósitos de combustível cobradas pelos municípios, os emolumentos notariais e registais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos cobrados pela DGRN e, mais recentemente, as taxas sobre a comercialização de produtos farmacêuticos cobradas pelo INFARMED.

^[45] Em rigor, foi a “Ciência das Finanças” que mais contribuiu com critérios para a distinção das duas figuras. Estes critérios seriam depois amplamente utilizados pelo Tribunal Constitucional (e mesmo antes pela Comissão Constitucional). Para uma resenha concisa sobre os critérios e princípio em causa nesta na distinção da taxa de imposto, v. Eduardo Paz Ferreira em *Ensinar Finanças Públicas...* p. 185-187.

^[46] Para uma análise da jurisprudência, v. Margarida Palha, “Sobre o Conceito Jurídico de Taxa”, in *Estudos (vinte anos CEF)*, vol. II, (1993), Lisboa, pp. 583 e ss., e J. Casalta Nabais, “Jurisprudência do Tribunal Constitucional em Matéria Fiscal”, in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 254 e s.

^[47] Já Sérgio Vasques, em citado estudo sobre tributos parafiscais, se escusa desta tendência dirigindo a sua atenção a *contribuições* e tributos *paracomutativos*, figuras que, segundo o investigador, se situam a “meio-caminho” entre taxa e imposto, *cf.* “Remédios Secretos e Especialidades Farmacêuticas...”, p. 183.

estruturação daqueles tributos. O mesmo se diga para as entidades reguladoras cujo financiamento passa, via de regra, pela cobrança de taxas e tributos parafiscais que o legislador não se preocupou em regulamentar. No estudo destas figuras, a ausência de um regime próprio para as taxas e tributos parafiscais cobrados pelos institutos públicos e entidades reguladoras não pode deixar, assim, de constituir uma primeira dificuldade.

Uma segunda dificuldade encontramos na distinção dos tributos. De acordo com a lei ordinária, tudo sugere a divisão tripartida dos tributos – a LGT classifica entre impostos, taxas e contribuições financeiras a favor de entidades públicas^[40]. Em rigor, a LGT diz-nos um pouco mais: são impostos, taxas e contribuições financeiras e “outras espécies tributárias criadas por Lei”. Por seu turno, a Lei Constitucional parece preferir uma divisão binária: aquando do seu nascimento só conhecia os impostos, sendo a sua criação dependente da aplicação em pleno do princípio da legalidade^[41]; anos depois com a Revisão do texto em 1997, passa a reconhecer as taxas e a prever a criação do seu regime geral^[42].

Como é sabido, o diferente regime jurídico-constitucional aplicável à criação de impostos e taxas, levou a que, desde cedo, se procurasse distinguir ambas as figuras. Na verdade, a intensa busca por essa distinção – que motivou uma vasta jurisprudência sem paralelo em Portugal (pelo menos na jurisdição tributária) – cedo ocupou um papel de destaque no estudo da natureza das receitas tributárias. Também a doutrina^[43] se encarregaria da distinção dos con-

[40] Cfr. artigo 3.º n.º 2 da LGT.

[41] Cfr. artigo 167.º alínea o) da CRP (versão 1976). Outras referências a impostos nos artigos 103.º, n.º 2, 106.º e 107.º da CRP (versão 1976). Para uma análise integral do princípio constitucional da legalidade, v. Ana Paula Dourado — *O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, FDL (polic.), 2005, pp. 35 e ss.

[42] Cfr. actual artigo 165.º, n.º 1, alínea i) da CRP.

[43] Uma resenha da extensa doutrina que tratou do tema pode ser encontrada em

ceitos de imposto e taxa, compreendendo que só uma análise casuística (“receita a receita”^[44]), poderia em casos de subtis dissemelhanças obter verdadeiro sucesso^[45].

Contudo, este “afunilamento” na jurisprudência – no sentido em que grande parte dos esforços e recursos centraram-se apenas nesta questão^[46] – conduziu a um extremar dos dois institutos^[47]. Em alguns casos ao se procurar a distinção entre imposto e a taxa, esta quase se confundiu com a figura do preço público. Recorrendo a uma imagem organizada verticalmente, com o imposto na extremidade superior e o preço público na extremidade inferior, diríamos que o esforço pela distinção das figuras tributárias no nosso ordenamento jurídico se fez do “meio para cima” (entre a taxa e o imposto) e muito raramente “do meio para baixo” (entre taxa e o preço).

Saldanha Sanches e J. Taborda da Gama, “Taxas Municipais pela Ocupação do Subsolo”, in *Fiscalidade*, 19/20 (2005), p. 10, nota de rodapé n.º 21. V. também Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, pp. 42-43, e o nosso *Taxa de Ocupação do Subsolo – Acórdãos n.os 20/2003 e 515/2003 do Tribunal Constitucional*, CTF 413 (2004), em especial pp. 454-456.

[44] Diferentes prestações tributárias tornaram-se alvo, mais do que frequente, do olhar crítico, como sejam, entre outras, a taxa de realização de infra-estruturas urbanísticas e a taxa pela ocupação do subsolo por *pipelines* ou depósitos de combustível cobradas pelos municípios, os emolumentos notariais e registais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos cobrados pela DGRN e, mais recentemente, as taxas sobre a comercialização de produtos farmacêuticos cobradas pelo INFARMED.

[45] Em rigor, foi a “Ciência das Finanças” que mais contribuiu com critérios para a distinção das duas figuras. Estes critérios seriam depois amplamente utilizados pelo Tribunal Constitucional (e mesmo antes pela Comissão Constitucional). Para uma resenha concisa sobre os critérios e princípio em causa nesta na distinção da taxa de imposto, v. Eduardo Paz Ferreira em *Ensinar Finanças Públicas...* p. 185-187.

[46] Para uma análise da jurisprudência, v. Margarida Palha, “Sobre o Conceito Jurídico de Taxa”, in *Estudos (vinte anos CEF)*, vol. II, (1993), Lisboa, pp. 583 e ss., e J. Casalta Nabais, “Jurisprudência do Tribunal Constitucional em Matéria Fiscal”, in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 254 e s.

[47] Já Sérgio Vasques, em citado estudo sobre tributos parafiscais, se escusa desta tendência dirigindo a sua atenção a *contribuições* e tributos *paracomutativos*, figuras que, segundo o investigador, se situam a “meio-caminho” entre taxa e imposto, *cfr.* “Remédios Secretos e Especialidades Farmacêuticas...”, p. 183.

Não se tivesse discutido tanto a distinção entre imposto e taxa, e talvez os tribunais tivessem sentido menores dificuldades na definição de outras figuras que, não sendo tributos, são de capital importância para compreender o universo das receitas do Estado e Administração indirecta – caso dos preços públicos.

Mas, quanto às receitas patrimoniais (*eg.*, preços) também são muitas as dificuldades na sua exacta compreensão e ligação ao fenómeno da regulação e, mais propriamente, às entidades reguladoras. De facto, é infrutífero procurar por uma “Lei Geral de Preços Públicos”, ou mesmo por uma referência legal mais desenvolvida nesta matéria. Diferentemente dos impostos, das taxas e das contribuições especiais, não existe qualquer suporte legal que auxilie na definição de preço público. A jurisprudência e a doutrina, em consequência da escassez legislativa nesta matéria, pouco se dedicou aos preços públicos.

A isto acresce que o legislador nacional empregou durante anos as denominações “preço”, “tarifa” e mesmo “taxa” para situações muito semelhantes, sem que tenha densificado uma clara distinção das figuras. A Lei das Finanças Locais (LFL), na redacção da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, foi um claro exemplo onde taxas, tarifas e preços (para não falar de multas e coimas) pululavam no capítulo destinado às “Receitas das autarquias locais”^[48] e, em especial, nos artigos 19.º e 20.º.

3.2. TARIFAS, TAXAS E AUTORIDADES REGULADORAS

3.2.1. TARIFAS E TAXAS A FAVOR DAS ENTIDADES REGULADORAS

Na aproximação aos tributos cobrados pelas entidades reguladoras e institutos públicos impõe-se, a nosso ver, dois testes diferentes.

[48] Cfr. artigo 16.º alíneas c) e d). Esta última alínea contém o elenco das três figuras prevendo como receita autarca: “o produto da cobrança de taxas, tarifas e preços resultantes da prestação de serviços pelo município”.

Um primeiro teste que consiste em apurar se tais tributos são autênticas taxas de regulação (o que sugere uma intenção extrafiscal de orientação de comportamentos), ou um mero expediente de angariação de receita. Depois, um segundo teste, mais difícil, o de saber que tipo de tributo está em causa e qual o regime aplicável.

No que toca ao primeiro teste não está em causa a admissibilidade das taxas orientadoras de comportamentos (*Lenkungsgebühren*)^[49]. Importa averiguar se um determinado tributo cobrado tem uma finalidade unicamente relectora (*Sonderabgaben mit Finanzierungszweck*), situação que, dada a inexistência de contraprestação, entendemos por inadmissível para as taxas, tarifas e preços.

Quanto ao segundo teste, a premissa assenta no facto da designação que o legislador atribui a uma receita não alterar a substância desta. A década passada foi fértil em situações nas quais receitas denominadas por taxas foram consideradas pelos Tribunais e pela doutrina como verdadeiros impostos. Ao nível de outras figuras, caso da tarifa, o mesmo pode suceder. Não temos, pois, nenhuma razão válida para não colocar a hipótese de existirem tarifas em vigor que, de acordo com o seu regime, sejam antes materialmente figuras diferentes.

Tanto mais que, ao contrário do “preço público”, o termo “tarifa” sempre esteve presente ao longo da legislação nacional (era o caso da LFL na versão de 1998), sobretudo quando se trata da retribuição por serviços públicos. E está assim hoje presente também no que toca ao fornecimento de energia eléctrica – são as tarifas do sector eléctrico^[50].

[49] Para uma defesa desta admissibilidade, v. A. Sousa Franco / Sérgio Gonçalves do Cabo, “O Financiamento da Regulação...”, pp. 427 e s.

[50] De acordo com a lei em vigor, as tarifas de venda de energia eléctrica aos clientes finais são regulamentadas através do Regulamento Tarifário, cuja elaboração e actualizações é da competência da ERSE – cfr. artigos 32.º, n.º 1 e 49.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 162/95. O Regulamento tarifário foi aprovado pela ERSE pelo Despacho n.º 18413-

Mas, se assim é, como se define uma tarifa? Uma dificuldade subtil surge logo com a raiz etimológica da palavra “tarifa”, onde o consenso apenas existe quanto à sua origem na palavra árabe “tarifa” ou “ta’arif”. Assim, para alguma doutrina nacional, tarifa significa “informação”^[51] ou, noutra versão, “notificação”^[52], enquanto que a doutrina brasileira defende tratar-se de uma directa referência a direitos alfandegários, direitos estes que eram cobrados na cidade moura de *Tarife* ^[53].

No que respeita à definição material de um conceito de tarifa as dificuldades não são menores, tanto mais que apenas alguma doutrina nacional se ocupou com tal tarefa. Também em Espanha a doutrina tem preferido dividir as categorias tributárias entre impostos, contribuições especiais e taxas (distinguindo esta última do preço público^[54]).

-A/2001, de 1 de Setembro de 2001, e prevê vários tipos de tarifas: i) a tarifa de venda a clientes finais, ii) tarifas de energia e potência, iii) tarifas de uso global do sistema, iv) tarifas de uso da rede de transporte, v) tarifa de venda da entidade concessionária da RNT, vi) tarifas de uso da rede de distribuição, vii) tarifas de comercialização de redes, viii) tarifas de comercialização no SEP e ix) tarifa de venda do distribuidor vinculado em MT e AT aos distribuidores vinculados em BT.

[51] Aníbal Almeida, “Sobre a Natureza Jurídica das Taxas de Infra-estruturas Urbanísticas”, in *Estudos de Direito Tributário* (2.ª Ed.), Coimbra, 1999, p. 62.

[52] Casalta Nabais, “Tarifa e Questões Fiscais: Competência dos Tribunais Tributários”, in *Justiça Administrativa*, n.º 6 (1997), nota de rodapé n.º 1 (p. 48).

[53] Bernardo Ribeiro de Moraes, “A Transferência do Pedágio – Uma Injusta e Ilegítima Concessão”, in *Revista Dialéctica de Direito Tributário*, n.º 12 (1996), São Paulo, p. 9.

[54] É o que sucede com a maioria dos manuais de direito financeiro e tributário mais representativos, entre outros, AA.VV (Escuela de la Hacienda Pública), *Compencio de Derecho Financiero y Sistema Fiscal Español*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid/Cartagena, 1990, pp. 77-87 e 1089 e ss.; José Juan F. Lapatza, Juan M. Queralt, Francisco C. Hernández, Fernando Pérez Royo e José Tejerizo López, *Curso de Derecho Tributário, parte especial: Los Tributos en Particular* (15.ª Ed.), Madrid, 1999, pp. 811-862, Juan M. Queralt, Carmelo L. Serrano e Francisco P. Blanco, *Derecho Tributário*, Navarra, 1999, pp. 34-41; R. Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero* (5.ª Ed.), vol. I, Madrid, 2001, p. 145-150.

A doutrina nacional divide-se então entre aqueles para quem a tarifa não é mais do que a norma regulamentar na qual se fixam taxas e preços, e os que defendem que a tarifa é susceptível de constituir uma figura com estatuto próprio^[55].

No primeiro grupo de autores destaca-se a posição de Alberto Xavier, segundo o qual a prestação de serviços públicos efectua-se em contrapartida de preços ou taxas. Em ambos os casos, segundo o autor, as normas regulamentares que fixam a respectiva contraprestação denominam-se por tarifas^[56]. Esta posição é seguida por Aníbal de Almeida que coloca a tónica na imprecisão terminológica corrente na legislação fiscal^[57].

No sentido de encontrar alguma independência material na figura da tarifa encontramos a posição embrionária de Nuno Sá Gomes para quem a tarifa é “*contraprestação das prestações de certos serviços públicos não administrativos, exercidos directamente pelos entes públicos, ou concessionados*”^[58], mas também este investigador apressa a esclarecer que a tarifa “*pode assumir a natureza de preço e de taxa mas, em princípio, cobrindo o custo dos serviços prestados*”^[59].

Só mais recentemente, pela pena de Casalta Nabais – após reconhecer a natureza polissémica da figura (detectando quatro sentidos para o termo: o normativo, o financeiro, o tributário e o adua-

[55] Também a jurisprudência tem sentido dificuldades em prosseguir com um trilho uniforme no que respeita à tarifa. A 2.ª Secção do STA, em dois acórdãos separados por meros quatro meses, confirma este busílis. Segundo o acórdão de 31 de Janeiro de 2001, respeitante ao processo n.º 025 685, “*O conceito de tarifa não coincide com o conceito de taxa*”; já para o acórdão de 30 de Maio de 2001 respeitante ao processo n.º 026 109, “*A tarifa é uma taxa prevista como contraprestação pela utilização dos bens semipúblicos (...) segundo critérios alheios às regras de mercado*”.

[56] Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, vol. I, 1974, Lisboa, p. 59-60.

[57] Aníbal Almeida, “*Sobre a Natureza...*”, pp. 62-63.

[58] Cit. Nuno de Sá Gomes, *Manual de Direito Fiscal* (9.ª Ed.), vol. I, 1998, Lisboa, p. 77.

[59] Cit. Nuno de Sá Gomes, *Manual...*, p. 77.

neiro) – se defende a definição da tarifa como “*um especial tipo de taxas que tem de específico o facto de não dizerem respeito a serviços públicos que sejam por essência da titularidade do Estado, uma vez que não correspondem às funções institucionais fundamentais próprias da Administração Pública nem visam, por conseguinte, a realização dos fins estaduais primários*”^[60]. Desenvolvendo a sua posição, o autor vem reconduzir a figura da tarifa àquelas taxas que exprimem não apenas uma *equivalência jurídica*, mas também uma *equivalência económica* característica dos preços. Nas palavras do próprio, são “*taxas (economicamente) equivalentes*” e, à laia de definição, conclui que tarifas são preços de serviços públicos autoritariamente fixados^[61].

Curiosamente, a doutrina que procura um conceito próprio para a tarifa invocou o referido artigo 20.º da LFL na versão de 1998^[62]. Sucede que, de acordo com a nova LFL, o termo “tarifa” foi substituído por “preço”^[63].

Em todo o caso, como referimos atrás, o termo tarifa continua a ser utilizado frequentemente, não tanto na legislação das receitas

[60] Cit. Casalta Nabais, “Tarifa e Questões Fiscais...”, p. 49.

[61] Cit. Casalta Nabais, *Direito Fiscal* (3.ª Ed.), Coimbra, pp. 30-31.

[62] Artigo 20.º (Tarifas e preços)

1 – As tarifas e preços a cobrar pelos municípios respeitam, designadamente, às actividades de exploração de sistemas públicos de: a) Distribuição de água; b) Drenagem de águas residuais; c) Recolha, depósito e tratamento de resíduos sólidos d) Transportes colectivos de pessoas e mercadorias; e) Distribuição de energia eléctrica em baixa tensão.

2 – Os municípios podem ainda cobrar tarifas por instalação, substituição ou renovação dos ramais domiciliários de ligação aos sistemas públicos de distribuição de água e de drenagem de águas residuais.

3 – As tarifas e os preços, a fixar pelos municípios, relativos aos serviços prestados e aos bens fornecidos pelas unidades orgânicas municipais e serviços municipalizados, não devem, em princípio, ser inferiores aos custos directa e indirectamente suportados com o fornecimento dos bens e com a prestação dos serviços.

[63] Se no momento da constituição do Grupo de Trabalho para a reforma da LFL ainda perduravam dúvidas, pois coabitavam no texto de apresentação referências tanto a preços como a tarifas, já a proposta final de lei apenas continha menção a preços.

locais, mas nas receitas obtidas pelos operadores em mercados regulamentados ou supervisionados por autoridades reguladoras independentes. É o que sucede com o mercado de energia e as tarifas cobradas pela ERSE aos operadores (*eg.*, tarifas de acesso) e por estes aos consumidores finais (tarifas de electricidade).

É significativo o exemplo do mercado da electricidade para compreender que o legislador não abandonou a designação tarifa. A figura parece assim ser preferencialmente utilizada como a contraprestação de um serviço público ou semipúblico. O facto de cada vez mais determinados serviços públicos serem prestados por entes privados – *eg.*, empresas concessionárias – não põe em causa a utilização da expressão tarifa^[64].

Chegados aqui, e apesar da falta de consenso quanto à natureza das tarifas na doutrina nacional, podemos ensaiar que aquelas se tratam de preços de serviços públicos autoritariamente fixados. Uma vez que a liberalização dos mercados conduziu à criação das entidades reguladoras independentes, talvez seja mais preciso referir-nos a preços de serviços fixados de acordo com as regras e princípios da actividade reguladora do Estado.

Isto não significa que todos os serviços prestados por empresas em regime de concessão tenham por contrapartida, necessariamente, uma tarifa, mas sim que a figura da tarifa tem vindo a ficar,

[64] Neste sentido, Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal...*, p. 59 e Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 9.^a ed. (2.^a reimp), tomo II, Coimbra, 1983, pp. 1083-1084. Curiosamente, alguma doutrina brasileira defende a utilização da expressão tarifa exactamente para a prestação de serviços públicos em regime de concessão. Neste sentido, v. Régis Fernandes de Oliveira, seguindo a doutrina de Celso Antônio, para quem as tarifas têm identidade própria como a contraprestação (remuneração no original) paga pelos utentes por serviços públicos prestados mediante contrato de concessão ou por outros pelos quais o Estado transferiu a obrigação de prestação. Ao invés, se for o Estado a prestar tais serviços, e a cobrar a receita, os mesmos autores defendem tratar-se de uma taxa. – Régis Fernandes de Oliveira, *Receitas Não Tributárias (taxas e preços públicos)*, 2.^a ed., São Paulo, 2003, p. 61.

em regra e de acordo com o actual acervo legislativo, progressivamente relegada para estes casos.

Como vimos, a doutrina mais recente (Casalta Nabais) vem reconduzindo a tarifa a um tipo especial de taxas na qual não se verificará uma equivalência jurídica mas também já uma *equivalência económica*, como é característico dos preços. Mas, como também defendemos, o invólucro tarifa pode encontrar-se nas mais variadas prestações pecuniárias^[65].

Por isso entendemos que a tarifa – enquanto figura polissémica ou de denominação genérica – terá de ser analisada casuisticamente afim de se saber, caso a caso, a que tipo de receita uma determinada tarifa constitui. Em conclusão, tendo em conta o enquadramento legislativo e jurisprudencial nacional, bem como os contributos doutrinários, não nos apresenta totalmente viável admitir a tarifa enquanto um instituto autónomo pois seria temerário, entre as dificuldades já referidas, preencher juridicamente tal conceito com uma natureza jurídica própria lado a lado de taxas e preços^[66]. Basta atentar no facto da jurisprudência superior classificar as tarifas como taxas (no que respeita ao escrutínio do princípio da legalidade), não reconhecendo às primeiras uma autonomia material absoluta^[67].

Mas, como já mencionámos, o financiamento das entidades reguladoras, e bem assim das de supervisão, não se realiza apenas atra-

[65] Desde a tarifa do metropolitano (próxima da figura do preço) ao tarifa do táxi (de natureza de norma regulamentar de um preço).

[66] Certamente consciente destas dificuldades, Sousa Franco, privilegiando a clareza indispensável ao método pedagógico presente nas lições do saudoso professor, prefere dividir a sua lição entre receitas patrimoniais e receitas tributárias e, nestas últimas, entre imposto, taxa, contribuições especiais e tributos parafiscais – A. Sousa Franco, *Finanças Públicas...*, pp. 473-507.

[67] Neste sentido, v. Nuno de Oliveira Garcia, “Isenção de Tarifa Municipal/Vigência de Isenção Atribuída em 1955 – Acórdão STA de 6 de Outubro de 2004”, in CTF 416 (2005), *maxime* pp. 338-340.

vés da cobrança de prestações denominadas por tarifas. Em rigor, pela sua função extrafiscal, as entidades reguladoras são, preferencialmente, financiadas por taxas cobradas aos operadores de um determinado mercado, sendo que estes cobram um preço aos consumidores finais.

Assim, são também muitos os casos em que a prestação cobrada pela entidade reguladora é denominada, à partida, por taxa. É o que sucede, entre outros exemplos, com o financiamento da regulação e supervisão do mercado de valores mobiliários. Efectivamente, as entidades reguladoras prestam serviços específicos dentro da sua actividade reguladora (*eg.*, análise de novos candidatos) para além de contribuírem para a manutenção de um mercado concorrencial equilibrado. Os beneficiários desta actuação são as empresas que actuam nos mercados regulados e por isso, são essas empresas que devem suportar a taxa.

Em qualquer caso, sempre que o *quantum* cobrado (pela entidade reguladora) for manifestamente superior aos custos desse serviço, poderemos estar perante uma figura equivalente à do “imposto”, para fins do princípio da legalidade e/ou da igualdade conforme a vasta jurisprudência do TC tem sufragado. Ao legislador cabe assim a liberdade de conformação do modo de financiamento dos serviços públicos.

3.2.2. OS CMEC

Atrás aludimos à componente tarifária da repercussão dos encargos tidos pelos fornecedores do mercado monopolista com a liberalização do sector. Tomemos por exemplo a imposição dos CMEC devidos pela cessação antecipada de contratos celebrados por empresas produtoras de energia eléctrica e a concessionária repercutidos na tarifa da electricidade. Que tipo de prestação pecuniária temos aqui?

Em primeiro lugar, não temos dúvidas que se trata de uma obrigação coactiva imposta por lei. Contudo, e em segundo lugar, não nos parece que tal prestação possa ser entendida como reportando

a um “encargo normal” do sistema do fornecimento de electricidade, mas antes a um verdadeiro custo derivado de uma opção política de reorganização (liberalização) do mercado. Nessa medida, aproxima-se de um tributo de natureza unilateral^[68].

Segundo a LGT (n.º 2 do artigo 4.º), na senda da jurisprudência e doutrina, as taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem de domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico à actividade dos particulares. Ao invés, no caso dos custos de transição (eg., CMEC) não se vislumbra qualquer utilização de um bem do domínio público ou a prestação de um serviço, nem mesmo o levantamento de um obstáculo à actividade dos particulares. Aliás, tais encargos não se inserem na definição de

[68] Note-se que o legislador foi sensível à protecção do consumidor, o que se afere da referência directa na exposição de motivos que procede o Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro, a saber: “*A solução legal consagrada no presente diploma visa possibilitar que o processo de cessação antecipada dos CAE e a atribuição das correspondentes compensações seja favorável para os consumidores, quer porque viabiliza a liberalização e o aumento da concorrência no sector eléctrico quer porque os custos com a compensação dos produtores têm por contrapartida a cessação dos custos inerentes aos CAE quer ainda por a repercussão dos primeiros na tarifa se efectuar de forma diluída, por um período previsto de 23 anos, de modo a tutelar adequadamente os direitos e os interesses económicos dos consumidores de energia eléctrica.*” (sublinhado nosso). Em causa encontra-se, assim, o direito à protecção dos interesses económicos do consumidor – n.º 1 do artigo 60.º da CRP e alínea e) do artigo 3.º e artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor. Sucede que, em rigor, sempre que o Estado faz incluir uma componente pecuniária a pagar pelos utilizadores, não estamos mais no âmbito de uma pura relação entre consumidor e fornecedor de energia eléctrica, antes perante um tributo autoritariamente fixado pela utilização individualizada de um bem semipúblico: não a energia, mas a *reorganização* do mercado de energia eléctrica. Entendemos assim que, no que respeita aos CMEC, encontramos-nos no âmbito de uma relação tributária, ainda que se assemelhe, à primeira vista, tratar-se de uma mera relação de consumo. Nessa medida, a ponderação da satisfação das necessidades financeiras do Estado, nomeadamente promovendo a correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e rendimento, adquire uma posição central no estudo dos CMEC relegando, em certa medida, a protecção do consumidor. É um equilíbrio difícil o necessário para garantir que o cumprimento das necessidades financeiras do Estado não colida com os princípios do Estado de Direito.

quantias pagas pela utilização individualizada dos particulares, nem satisfazem necessidades que exige a procura pelo consumidor.

Assim, pode-se reconduzir tais custos à figura das *contribuições especiais* [cfr. alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º CRP], espécie que não goza entre nós de um regime jurídico próprio, mas geralmente reconduzida ao regime jurídico do impostos posto que tendem a apresentar-se como tributos unilaterais^[69].

3.3. PREÇOS, TAXAS E ESSENCIALIDADE

A distinção que separa os preços cobrados pela prestação de serviços das taxas continua uma das mais difíceis do Direito Financeiro^[70]. No plano normativo já nos referimos para o facto da CRP referir-se a impostos e taxas, e da LGT acrescentar a figura da contribuição de melhoria. Já os preços públicos não têm vindo a contar com esforços legislativos em prol da sua regulamentação. Recentemente, Espanha surge como o grande exemplo em matéria de regulamentação de preços públicos com a *Ley de Tasas y Precios Públicos* (Ley 8, de 13/4/1989)^[71].

Os preços têm sido tradicionalmente distinguidos das taxas através de dois principais vectores: i) o facto destas corresponderem a bens e serviços que são *por essência* da titularidade do Estado (de

[69] Ao invés, aqueles que subsumem a “reorganização do sector do mercado da energia eléctrica” no conceito de bem/serviço público ou semipúblico, serão tentados a concluir que os encargos em causa são antes taxas repercutidas pelos utilizadores desse bem/serviço.

[70] Alberto Xavier, *Manual...*, p. 53.

[71] Forte e Marchese reconhecem que em Itália são comuns os preços públicos cobrados pela prestação de serviços públicos pelo Estado ou pela actuação de empresas públicas ou privadas no âmbito do direito público, mas advertem para o facto de não existir qualquer densidade normativa – F. Forte e C. Marchese, *Prezzi Pubblici e Tariffe*, Milano, 1984, pp. 12-14. No Brasil, também Aliomar Baleeiro destaca a ausência de regulamentação dos preços públicos, cfr. Aliomar Baleeiro, *Direito tributário Brasileiro* (11.ª Ed.), Rio de Janeiro, 1999, p. 320.

acordo com a concepção política dominante numa sociedade) o que não sucede com os preços que correspondem aqueles serviços que, por não serem por essência da titularidade do Estado, são objecto de oferta e procura num mercado; ii) o facto do preço resultar de um acordo de vontades, enquanto que a obrigação da taxa reveste a natureza de uma obrigação legal^[72]. Temos, assim, dois critérios de distinção: i) o critério da *essencialidade*, e ii) o critério da verificação da ocorrência de emissão/manifestação da livre vontade.

Ora, como vimos atrás, as céleres alterações que o papel do Estado tem vindo a sofrer, sobretudo na sua incumbência de regulador, conduziram a que um número crescente de “utilidades” seja hoje exercido por autoridades reguladoras independentes, financiadas pela criação e cobrança de taxas e tarifas.

Assim, tem sido defendido que as taxas que se destinam, por exemplo, a financiar a supervisão do mercado de valores mobiliários não são indiferentes ao conjunto de utilidades geradas pela supervisão financeira, a qual constitui incumbência prioritária do Estado, constitucionalmente consagrada em sede de protecção da poupança e de regulação dos mercados (artigos 61.º, n.º 1, 80.º, alíneas c), e), e f), 86.º e 101.º da CRP^[73]).

Pugliese, autor do clássico *La Tassa Nella Dottrina Scientifica* (1955), é um dos teóricos da *essencialidade* da taxa. Num estudo datado de 1930, o autor italiano defende que as taxas são obrigatórias por duas razões principais: em primeiro lugar porque a priva-

[72] Por todos, A. Sousa Franco, *Finanças – Lições* (policopiado), Lisboa, 1971-1972, p. 421 e *Finanças Públicas...*, pp. 484-485 e 494-496, Alberto Xavier, *Manual...*, pp. 54-55, Eduardo Paz Ferreira, “Ainda a Propósito da Distinção...”, p. 66, Casalta Nabais, “O Regime das Finanças Locais em Portugal”, in *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, p. 585. Colocando a tónica sobretudo na questão da emissão da livre vontade, v. Teixeira Ribeiro, “Noção Jurídica de Taxa”, in *RLJ* 3727 (1985), pp. 289-290, e Aníbal de Almeida, “Sobre a Natureza Jurídica ...”, pp. 60-61.

[73] Neste sentido, v. A. Sousa Franco e Sérgio do Cabo, “O Financiamento da Regulação...”, pp. 445-446.

ção do respectivo serviço seria intolerável para o “indivíduo comum”, em segundo lugar, porque tal serviço é do interesse da colectividade. Nas palavras do autor: “*le tasse sono tributi e no prezzi, perchè corrispondono sempre a prestazioni proprie ed esclusive dello Stato che hanno per oggetto – prevalentemente – no un’ entità economica bensì un’ entità giurídica*”^[74].

Como sempre sucede, Pugliese terá sido induzido pelo ambiente socioeconómico da época. Assim, conferiu às taxas o papel de custear os serviços públicos prestados exclusivamente pelo Estado, o que, até ao último quartel do século passado, se mostrou inteiramente válido. Porém, como vimos *supra*, as últimas décadas trouxeram mudanças significativas na importância do Estado como prestador de serviços.

Por isso, numa sociedade em que as mudanças socioeconómicas são cada vez mais súbitas, o carácter de *essencialidade* não pode ser absolutamente rígido ao ponto de assentar em parâmetros previamente definidos. E isto porque, os mercados a merecer regulamentação parecem hoje quase infinitos perante a expansão de autoridades reguladoras independentes com recurso, como vimos, à cobrança de taxas.

Acresce que não encontramos razões suficientemente válidas para refutar o entendimento segundo o qual a distinção entre taxas e preços se mantém mesmo quando subjacentes a estes se encontra a prestação de utilidade essencial à colectividade – por outras palavras, um serviço ou o uso de um bem público pode revelar-se essencial e, concomitantemente, a sua prestação ser um preço público. Neste início de século XXI, não existem serviços essenciais cujo financiamento se encontre assente na cobrança não especulativa de preços públicos?

[74] Cit. Mario Pugliese, *La Tasse – Nella Scienza e nel Diritto Positivo Italiano*, Padova, 1930, p. 33-34.

Tomemos os exemplos das telecomunicações e dos transportes públicos. Desde que se verifique um controlo para evitar situações desfavoráveis para a população (*eg.*, aumentos exponenciais de preços sem justificação aparente), o financiamento daqueles serviços poderá ser sustentado em preço-públicos^[75]. E não são, afinal, *essenciais* o direito ao abastecimento público de água e o saneamento de águas residuais? Certamente que sim, mas a nova LFL (versão 2007) faz corresponder a remuneração destes serviços, e outros, a preços.

Também neste aspecto, o mercado da electricidade prova que é possível a cobrança de um preço público sem a diminuição das garantias dos consumidores. Efectivamente, a tarifa final cobrada aos consumidores individuais não passa de um preço, como se evidencia pela possibilidade dos consumidores finais escolherem diferentes tarifários conforme a sua conveniência^[76]. Se existiam dúvidas a respeito da natureza dessa tarifa antes da liberalização do mercado, com a liberalização do sector essas dúvidas dissipam-se^[77].

Em conclusão, com a passagem de determinados sectores para sistemas concorrenciais, as actividades consideradas como essenciais ou fundamentais à sobrevivência das populações podem não ser, neces-

[75] Os aumentos constantes do preço do petróleo que se têm verificado nos mercados internacionais têm conduzido a sucessivos aumentos das “tarifas” aplicáveis nos mais diversos transportes públicos.

[76] Em rigor, como referimos *supra*, temos duas figuras distintas em momentos diferentes: a ERSE cobra taxas devidas pela regulação do sector, que serão repercutidas nas tarifas (preços) a praticar aos consumidores finais.

[77] Do mesmo modo, é possível conjecturar exemplos através dos quais bens não essenciais, pelo menos para uma parte da população, poderão ser financiados por verdadeiras taxas – caso da taxa cobrada à entrada de um museu. Escolheu-se, propositadamente, um exemplo controverso para revelar como a questão é delicada e sujeita a contornos subtis. Não se dúvida que o acesso a museus pode mostrar-se *essencial* considerando o direito à cultura e educação, mas se for assim questiona-se: quais as áreas e políticas económicas que, de forma directa ou indirecta, não correspondem a direitos fundamentais?

sariamente, financiada através de taxas^[78]. Assim, actualmente, a distinção de taxa e preço parece dever assentar mais sobre o vector da emissão da livre vontade do que no critério da *essencialidade*.

O que se acabou de escrever não significa que a *essencialidade* não legitime a existência de tributos bilaterais para o necessário financiamento de institutos públicos e autoridades reguladoras. Ao invés, tenta significar que essa *essencialidade* pode manifestar-se noutras figuras não tributárias, também destinadas ao financiamento dos mesmos institutos e entidades, como sejam os preços. É por isso que temos vindo a assistir nos tempos mais recentes, a uma proliferação de receitas denominadas por “tarifas”, que mais não são, na sua maioria, do que preços, ainda que, por vezes, autoritariamente fixados.

4. CONCLUSÕES

I – As alterações decorrentes da privatização das empresas outrora monopolistas e, de forma mais ampla, do processo de liberalização dos mercados, obrigam a reformular os quadros jurídico-normativos tradicionais.

II – Associada à liberação dos mercados, ou ao movimento de transição para sistemas concorrenciais, surge o papel cada vez mais preponderante das recém-criadas autoridades reguladoras independentes.

III – A transição para o mercado liberalizado implica a aplicação de princípios de direito com o fim de proteger a posição daqueles que operavam num mercado monopolizado subitamente liberalizado e, concomitantemente, os consumidores finais.

[78] Talvez seja pelo facto de não ser norma em Portugal a caracterização das figuras pela análise ao seu conceito, que se julga – pelo menos o Autor destas linhas – viver-se num mundo de taxas, nas quais o indivíduo se encontra “cercado” de figuras denominadas de taxas!

IV – O eventual dever indemnizatório do Estado perante operadores que se encontravam em situação de monopólio ou oligopólio tem sido concretizado – verificada a existência de violação de expectativas legítimas e de efectivos prejuízos – através do pagamento de montantes pecuniários destinados a compensar os denominados “custos de transição para o mercado”. Foi o que sucedeu na liberalização do sector da electricidade em Espanha, na Alemanha e nos EUA (Califórnia).

V – A liberalização do mercado nacional da electricidade serve de caso de estudo para as considerações que fluem das conclusões já referidas. Também em Portugal, a cessação antecipada dos CAE, resultado directo do novo modelo de relação comercial dos produtores de energia eléctrica com outros agentes de mercado, implicou a criação de “medidas compensatórias”. Tais medidas, denominadas de “custos para a manutenção do equilíbrio contratual” (CMEC) foram criadas pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro e encontram-se assentes na proclamação do direito ao recebimento – mediante um mecanismo de repercussão universal nas tarifas eléctricas – de compensações pecuniárias.

VI – Actualmente, a contraprestação de vários serviços prestados são cobrados por entidades administrativas independentes. Contudo, por falta de regulamentação, tais prestações pecuniárias nem sempre se encontram em conformidade com os critérios fixados pelo Estado e princípios considerados relevantes para os respectivos sectores.

VII – As alterações decorrentes da transição para a concorrência, *maxime* a criação das autoridades reguladoras com independência patrimonial e financeira, bem como a posição permissiva do Tribunal Constitucional quanto à fixação de taxas, fez com que esta figura tributária passasse a contribuir, de forma tendencialmente maioritária, para o financiamento da actividade pública.

VIII – Os preços públicos, enquanto receitas coactivas, necessitam de regulamentação própria, para que o futuro desta figura não

venha a padecer dos mesmos erros incorridos nas últimas décadas na criação de taxas e que obrigou, como é sabido, ao quase permanente escrutínio por parte do Tribunal Constitucional.

IX – No que respeita aos CMEC não se vislumbra a utilização de um bem do domínio público ou a prestação de um serviço. Assim, uma vez que tais encargos não se inserem na definição de quantias pagas pela utilização individualizada dos particulares, nem satisfazem necessidades que exige a procura pelo consumidor, entendemos que os mesmos se devem reconduzir à figura das *contribuições especiais*.

X – Com o surgimento de sucessivos mercados a merecer regulamentação, o carácter da *essencialidade* da taxa deve ser reflectido. Na verdade, constatamos que, actualmente, um serviço ou o uso de um bem público pode revelar-se essencial e, concomitantemente, a sua contraprestação constituir um preço público, o que demonstra que a *essencialidade* pode ser encontrada em figuras não tributárias.