

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO



ANO V • NÚMERO 17
JANEIRO - MARÇO 2014

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

LUÍS SILVA MORAIS • PAULO DE SOUSA MENDES

presidência do conselho científico

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação

CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo

JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL


ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano V • Número 17

janeiro – março 2014

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

MAIO 2015

DEPÓSITO LEGAL

304538/10

TIRAGEM

500 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 15 DOUTRINA
- 17 **Doutrina geral**
- 19 Joseph Dale Mathis – *European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions*
- 65 Ricardo Pedro – *Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013*
- 97 **Dossier temático**
- Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*
- 99 Luís Silva Morais – *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*
- 139 João Confraria – *Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes*
- 171 Luis Guilherme Catarino – *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*
- 239 Tânia Cardoso Simões – *Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro*
- 271 LEGISLAÇÃO
- 273 **Legislação nacional**
- 273 Legislação nacional de regulação – janeiro a março de 2014
- 277 JURISPRUDÊNCIA
- 279 **Comentário de Jurisprudência**
- 279 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, *Delta Pekárny A.S. c. República Checa* – Helena Gaspar Martinho
- 305 **Jurisprudência Geral**
- 305 Jurisprudência nacional de concorrência – janeiro a março de 2014
- 307 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2014

311 BIBLIOGRAFIA

313 Recensão

313 Cláudia Dias Soares/Suzana Tavares da Silva – *Direito das Energias Renováveis*, Coimbra: Almedina, 2014 – André Fojo

319 **Novidades Bibliográficas** – janeiro a março de 2014

323 NOTAS CURRICULARES

329 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

331 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Luís Silva Morais

Paulo de Sousa Mendes

No presente n.º 17 da C&R, assumimos como propósito estudar um regime jurídico recente, que constitui, sem dúvida, uma peça importante no complexo ordenamento que norteará a aplicação do direito da concorrência e da regulação económica em Portugal nos próximos anos. Referimo-nos à chamada Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, a qual, por seu turno, desencadeou um amplo processo de revisão dos estatutos de cada uma das Autoridades Reguladoras abrangidas pelo referido regime jurídico. Seguindo um modelo frequentemente utilizado pela C&R, este novo regime jurídico é analisado criticamente no Dossier Temático incluído no atual número da Revista,

With No 17 of C&R we purport to deal with a recent regime that represents an important piece in the legal puzzle of the enforcement of competition law and economic regulation in Portugal for the coming years. We refer here to the so called Framework Law of Independent Regulatory Authorities, approved through Law No 67/2013, of 28 August, which in turn, has determined a comprehensive process of review of the statutory rules of each Regulatory Authority covered by the regime. Following an approach that C&R frequently uses this new regime is critically analysed in the Special Thematic File included in the current No

quer de vários pontos de vista estritamente jurídicos, mas também do ponto de vista da análise e compreensão económicas do mesmo.

Para além do Dossier Temático, o n.º 17 da C&R divulga ainda outros artigos, desta feita incluídos na secção de Doutrina Geral, que cruzam o direito da concorrência com a regulação económica. Um desses artigos, da autoria de Joseph Dale Mathis, resume paradigmaticamente a referida combinação das questões de concorrência e regulação, pois foca, com grande atualidade, uma evolução que estará seguramente destinada a provocar enorme impacto nos mercados de cartões de pagamento (os quais, por sua vez, condicionam decisivamente a economia em geral e o sector do retalho em particular, ademais sendo este último um sector especialmente sensível, aliás como se comprova, por exemplo, pela iniciativa da Comissão desenvolvida no decurso de 2013 e depois traduzida num Estudo do Retalho finalmente apresentado em 2014, o qual foi orientado para a compreensão do impacto económico que o moderno comércio de retalho exerce sobre a escolha e a inovação no sector dos produtos alimentares, no âmbito da União Europeia).

Queremos aqui referir-nos ao regime jurídico proposto pela Comissão para as comissões interbancárias, que, na esteira do julgamento pelo

of the Review, both from various legal angles but also in terms of an economic analysis or understanding of the same regime.

Beside this Special Thematic File, No 17 of C&R also includes Articles in its section of General Doctrine, which combine competition law and economic regulation. One of those Articles, authored by Joseph Dale Mathis, somehow epitomises this combination of competition and regulation issues, dealing in a most topical manner with a recent development that is bound to have a large impact in the payment cards markets (which, in turn, has a decisive influence in the economy in general and especially in the retail sector, in itself a most sensitive area as illustrated, e.g., by the initiative of the Commission with its Retail Study, on the economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector developed in the course of 2013 and presented in 2014).

We refer here to the Commission's proposed interchange fee Regulation that, in the wake of European Court of Justice's recent MasterCard judgment and other relevant case law envisages, inter alia, establishing significant caps in various charges associated with

Tribunal de Justiça da União Europeia do caso MasterCard e outros casos, visa, *inter alia*, estabelecer significativos limites aos vários custos implicados nos múltiplos mecanismos dos cartões de pagamento. Este é, nitidamente, um caso paradigmático de intervenção regulatória baseada, em certa medida, na experiência de aplicação do direito da concorrência e que procura enfrentar as potenciais distorções da concorrência associadas ao funcionamento dos mercados, assaz complexos, dos cartões de pagamento. O artigo analisa, de forma abrangente, um texto compromissório relativo ao regime jurídico das comissões interbancárias proposto pela Comissão, texto esse que resultou de um acordo preliminar negociado ao nível do Parlamento Europeu (o qual prepara claramente o caminho para a adoção do texto final do referido regime jurídico, não obstante a intensa discussão que o tema gerou). O artigo aborda os prós e os contras da regulação de alguns aspetos relacionados com os cartões de pagamento, ao mesmo tempo que outros ficaram sem regulação, além de que coloca em perspetiva – tanto quanto isso é possível no atual estágio desta intervenção regulatória e considerando o que há de polémico nesta matéria – os efeitos previsíveis desta intervenção para os principais interessados afetados pela dinâmica dos mercados dos cartões de paga-

multiple schemes of payment cards. This clearly represents a paradigmatic case of regulatory intervention somehow based on a previous track-record of competition law enforcement addressing potential competition distortions associated with the functioning of the rather complex payments cards markets. The Article extensively analyses a compromise text of such Commission's proposed interchange fee Regulation, on the basis of a preliminary agreement reached at the level of the European Parliament (which clearly paves the way for the final adoption of the Regulation in spite of the intensive discussion it has kindled). It discusses the pros and cons of regulating some schemes of payment cards while leaving other unregulated and puts into perspective – as much as this is feasible at the current stage of this regulatory intervention and given the highly debatable nature of the matter – the foreseeable effects of such intervention for the key stakeholders affected by the dynamics of these payment cards markets, namely, retailers or merchants, banks and final consumers (addressing, e.g., specific concerns about possible adverse effects of the regulation on cardholders and vulnerable consumers).

mento, nomeadamente retalhistas ou comerciantes, bancos e consumidores finais (considerando, em especial, as preocupações relacionadas com os possíveis efeitos secundários da regulação sobre os titulares dos cartões e consumidores mais vulneráveis). Esperemos que este artigo sirva de ponto de partida para uma discussão aprofundada destes tópicos em Portugal, no contexto da mais vasta discussão ao nível da União Europeia, considerando sobremaneira que esta intervenção regulatória em curso nos mercados dos cartões de pagamento não andará longe de representar uma mudança estrutural destes mercados, cujas consequências e ramificações terão de ser acompanhadas nos próximos anos, concitando, em especial, a renovada atenção por parte das Autoridades Nacionais de Concorrência e também dos Reguladores dos sectores financeiro e dos pagamentos.

O outro artigo da secção de Doutrina Geral, da autoria de Ricardo Pedro, aborda um importante tópico no contexto da reforma pela União Europeia do regime jurídico dos auxílios de Estado (um domínio que tem vindo a ser amplamente tratado, a vários níveis, em números precedentes da C&R). Neste caso, o artigo discute o novo regime jurídico dos auxílios *de minimis* (Regulamento n.º 1407/2013), que é da maior importância para melhorar a segurança

Considering that this ongoing regulatory intervention in payment cards markets is no short of representing a structural change of these markets the consequences and ramifications of which will have to be followed in the coming years, with renewed focus in the matter on the part of Competition Authorities and also sectoral regulators dealing with the financial sector and payments, we hope that this present Article may represent the starting point of an overall discussion in Portugal in the context of the wider discussion at EU level.

The other Article of the Section of General Doctrine, authored by Ricardo Pedro, deals with an important topic in the context of the comprehensive EU reform of state aid (a field that has been largely covered at various levels in preceding Numbers of C&R). In this case the Article discusses the new de minimis State aid Regulation (Regulation No 1407/2013), which has fundamental importance in terms of enhancing the legal safety of States and undertakings (given, on the one hand, the burdensome nature of the notification procedures of State aid and, on the other hand, the risks inherent to the lack of timely and proper notification

jurídica dos Estados e das empresas (considerando, por um lado, os pesados requisitos dos procedimentos de notificação de auxílios de Estado e, por outro lado, os riscos inerentes à falta de notificação oportuna e completa de medidas que possam ser qualificadas como auxílios de Estado). Consequentemente, o artigo orienta-nos através das novas regras, com vista a uma apreensão dos elementos basilares deste novo regime jurídico dos auxílios *de minimis*.

De volta ao Dossier Temático sobre a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras de 2013, cabe agora elencar os quatro artigos da autoria, respetivamente, de Luís Silva Morais, João Confraria, Luís Guilherme Catarino e Tânia Cardoso Simões.

Na esteira da adoção da Lei-Quadro de 2013 – nessa altura ainda integrada no pacote de medidas impostas pelo Programa de Ajustamento Económico e Financeiro que foi executado entre 2011 e 2014, sob o escrutínio da Comissão Europeia, do Banco Central Europeu e do Fundo Monetário Internacional –, os diversos artigos agora publicados oferecem uma visão panorâmica dos mais variados aspetos do regime e fundamentos jurídicos e económicos que presidiram ao quadro normativo das chamadas Entidades Reguladoras Independentes, assim como do primeiro estágio da implementação da referida

of measures that may be qualified as State aids). Accordingly the Article guides us through the new rules in order to apprehend the basic elements of this framework of de minimis State aid.

Coming back to the Special Thematic File on the 2013 Framework Law of Independent Regulatory Authorities, it includes four Articles authored by Luís Silva Morais, João Confraria, Luís Guilherme Catarino and Tânia Cardoso Simões.

In the wake of the adoption of such 2013 Framework Law – at the time still comprehended in the set of measures imposed by the economic adjustment Program which has been executed between 2011 and 2014 and the scrutiny of the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund – these Articles provide an overall picture, both of the basic features of the regime and the legal and economic grounds to establish a comprehensive normative discipline to the so called Independent Regulatory Authorities and of the first stages of enforcement of the said Framework Law (which involve the review of the statutory regimes of the various Regulatory Authorities, a process that

Lei-Quadro (incluindo a revisão dos estatutos das diversas Autoridades Reguladoras, um processo que se revelou afinal mais lento e complicado do que inicialmente se esperaria).

No tocante ao primeiro nível de análise, refira-se que o novo regime jurídico trazido pela Lei-Quadro é devidamente contextualizado, nomeadamente através de uma ampla análise crítica em que a necessidade da regulação independente é questionada do ponto de vista teórico do interesse público, mas também do interesse privado da regulação (sobretudo no artigo da autoria de João Confraria). Ainda neste primeiro nível de análise, as razões que levaram à adoção deste regime jurídico são também discutidas em articulação com a justificação para o raio de ação das Autoridades Reguladores estipulado por esse mesmo regime (especialmente no que tange às possíveis exigências específicas da supervisão do sector financeiro e também às particularidades das Autoridades Públicas cuja componente de supervisão económica há de prevalecer sobre a regulação económica). Sendo estas questões sobretudo discutidas no artigo da autoria de Luís Silva Morais, já o problema subjacente da prestação de contas por parte dos Reguladores e a forma como a Lei-Quadro o enfrentou (ou, parcialmente, falhou nesse aspeto) é analisado em vários artigos,

has been slower and to some extent more cumbersome than might have been initially expected).

As regards the aforementioned first level of analysis, the legal discipline of the Framework Law is put in context, through a wider critical analysis of the need for independent regulation, which is discussed from the point of view of both the public interest and the private interest theories of regulation (mainly in the Article authored by João Confraria). Also at such first level of analysis, the reasons that led to the adoption of this regime are also discussed in combination with the justification for the perimeter of Regulatory Authorities covered by the same regime (particularly as regards the possible specific requirements of supervision of the financial sector and also the particularities of Public Authorities in which the component of economic supervision prevails over the component of economic regulation). These issues being mainly discussed in the Article authored by Luís Silva Morais, an underlying problem of accountability of Regulators and the way the Framework Law has dealt with it (or partly failed to deal with it) is addressed in various of these Articles

mas especialmente no artigo de Luís Guilherme Catarino.

No tocante ao segundo nível de análise, um balanço ainda provisório do primeiro estágio da implementação da Lei-Quadro é fornecido pelo artigo da autoria de Tânia Cardoso Simões, que traça igualmente uma imagem global do movimento em prol das agências de regulação independentes em Portugal desde os anos 80 do século passado, enfatizando os mecanismos jurídicos criados para garantir a independência, a prestação de contas e a eficiência neste domínio.

Considerando a natureza aberta dos delicados debates que são travados neste domínio, assim como o processo permanente de transformação da paisagem regulatória em Portugal e em vários Estados-Membros da União Europeia (em certos casos, envolvendo mesmo a fusão ou a reestruturação radical de várias Autoridades Reguladoras), esta é seguramente uma área que teremos de visitar em futuros números da C&R, seja através de novas análises críticas da Lei-Quadro, seja através de análises mais direcionadas, numa perspetiva vertical, para certas áreas sectoriais da regulação e não esquecendo a sua relação com o domínio transversal de aplicação do direito da concorrência a todos os sectores económicos em geral.

but particularly in the Article authored by Luís Guilherme Catarino.

As regards the second aforementioned level of analysis a first provisional balance of the first phase of execution or application of the Framework Law is attempted in the Article authored by Tânia Cardoso Simões, which also provides a wider picture of the regulatory agency movement in Portugal since the 80s, emphasizing the legal instruments implemented to ensure independency, accountability and efficiency in this domain.

Considering the open nature of the sensitive debate in this field, and the continuing process of transformation of the regulatory landscape in Portugal and in various EU Member States (in some cases involving the merger or extensive restructuring of various Regulatory Authorities), this is in area that we make a point of revisiting in future Numbers of C&R, either through new critical analyses of the Framework Law or through specific analysis, from a vertical perspective, of certain sectoral areas of regulation and its interplay with the horizontal field of enforcement of competition law to all economic sectors in general.



C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral



DOCTRINA GERAL



EUROPEAN PAYMENT SERVICES: HOW INTERCHANGE LEGISLATION WILL SHAPE THE FUTURE OF RETAIL TRANSACTIONS

*Joseph Dale Mathis*¹

ABSTRACT: *On October 15, 2014, the European Council released a compromise text of the Commission's proposed interchange fee regulation. The most recent text includes welcome changes and is overall likely to benefit consumers, competition, and innovation. However, in light of the underlying rationale for market intervention and the European Court of Justice's recent MasterCard judgment, several final changes should be considered before the full 'payments package' enters into force. First, since three party schemes do not meet any of the market failure identified they should be fully exempt from legislation. There is no evidence that leaving such schemes unregulated will impede the functioning of the single market or result in an "un-level playing field." Second, interchange fees should be banned. Although the proposed weighted-average interchange fee caps for four-party schemes are in line with commitments offered by the (dominant) card schemes in the context of competition law proceedings, interchange fees are currently considered illegal under EU competition law (under certain conditions). Settling for a methodology that can result in constantly changing "optimal" MIF levels will only subject regulatory intervention to continued scrutiny and keep the debate alive. For those worried about possible adverse effects of the regulation on cardholders, additional protection offered by Directive 2014/92 should alleviate concerns that banks will pass on lost revenue to vulnerable consumer groups. Finally, surcharging should be banned entirely as merchants will benefit significantly from lower costs and choice.*

SUMMARY: I. Introduction. II. Two-sided markets, card schemes, and MIF's. A. Two-sided markets. B. Card schemes and interchange fees. Debit vs. credit cards. III. European antitrust proceedings. A. Theory of harm. B. Remedies. C. Conclusions. IV. European Regulation of Interchange Fees. A. The need for legislation. B. The Commission proposal. C. Changes adopted by the Parliament and Council. V. The Effects of Regulation. A. Empirical evidence from regulatory intervention in the US and Australia. 1. The Durbin Amendment in the US. 2. The Reserve Bank of Australia – card reforms. B. Potential effects of the proposed European Payments Package. VI. Conclusion.

¹ BSc in Organization Economics; LL.M in European Competition Law. The author is self-employed. All views are his own.

I. INTRODUCTION

On September 11, 2014, the Court of Justice of the European Union (the “ECJ”) confirmed the Commission’s 2007 MasterCard Decision² and held that the long-standing practice of fixing multilateral interchange fees (“MIFs”) for card payment transactions is incompatible with European law.³ This judgment, in combination with a number of other competition enforcement and regulatory developments, marks the beginning of the end of a fierce battle between the European Commission and four-party payment card schemes that has lasted over two decades.⁴

In parallel to its antitrust investigations, the Commission adopted a comprehensive legislative package on July 24, 2013, consisting of a revised Payment Services Directive (“PSD2”) and a Regulation on Interchange Fees (the “IF Regulation”).⁵ The package aspires to codify a comprehensive solution to the competition concerns and identified market failures in the payment industry, as well as create a common European framework to fill the gap between diverging national regulatory practices. After enduring months of heated debate, the European Parliament (“EP”) adopted amendments to both texts on April 3, 2014,⁶ and more recently, the Council of the European Union (“Council”) released a compromise text of the IF Regulation on October 15, 2014.⁷

This paper will attempt to provide a concise overview of the concerns that have arisen in the market for card-based payments; in particular, those resulting from multilateral interchange fees and related network rules imposed by four-party card schemes. In light of the identified concerns, the latest version

2 Commission Decision of December 19, 2007, Joined Cases COMP/34.579 *MasterCard*, COMP/36.518, *EuroCommerce*, and COMP/38.580 *Commercial Cards*, (together, “MasterCard I”).

3 Case C-382/12 P, *MasterCard Inc., MasterCard International Inc., and MasterCard Europe SPRL v Commission*, September 11, 2014. Although this judgment only directly concerns MasterCard’s MIFs for cross-border payment transactions within the EU, the effects-based theory of harm, at its core, applies equally to all MIFs. See also Commission Decision of February 26, 2014, Case COMP/39.398 *Visa MIF* (Commission secured commitments from Visa to reduce its credit card MIFs to 0.3% in all countries where Visa sets the rate directly) and Case COMP/40.049 *MasterCard II* (Commission investigation into MIFs in relation to payments made by cardholders from non EEA countries).

4 The first complaint concerning MIFs was brought by UK retailers in 1992.

5 See http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/index_en.htm (accessed on October 30, 2014).

6 European Parliament, 2014.

7 European Council, 2014.

of the proposed legislative package is likely to benefit European consumers and enhance the functioning of the Single Market. In particular, legislation is expected to greatly increase acceptance of card-based transactions, thus enhancing the usage of the most efficient means of payment. The current package will also introduce measures to allow pan-European market entry by third party payment service providers (i.e. non-bank entities). This will allow a wide range of new payment services to compete with the traditional players, which will increase competition and consumer choice.

Some of the proposed measures, however, are slightly misguided and should be amended appropriately before a final version is adopted. The underlying reason for regulating interchange fees is the existence of a “*market failure*” where “*schemes and/or scheme participants [can exercise market power] to impose restrictive rules and business practices on other market actors.*”⁸

In light of the underlying rationale, in particular, this paper concludes that three-party schemes should be fully exempt from the scope of the IF Regulation and should not be subject to the open access requirement in the PSD II. The exemption of “corporate cards” also seems to be directly at odds with extending regulation to three-party schemes when they use select licensees to issue their cards. Secondly, if interchange fees (as a “mechanism”) are conducive to collusion between financial institutions, it would be desirable to either: (i) consider an absolute ban or (ii) adopt certain amendments to the applicable interchange fees for “cross-border acquiring” in the event that Member States will be allowed to impose alternative caps at a “domestic level.” From a consumer perspective, considering the significant benefits and choice for merchants that will result from regulatory intervention, surcharging should be banned entirely.

II. TWO-SIDED MARKETS, CARD SCHEMES, AND MIFS

A. Two-sided markets

In all classic examples of two-sided markets there are two distinct user groups that use a certain platform to interact with each other. The platform operator will need to get enough users on both sides “on board” in order to ensure the platform’s success (*i.e.* it must create membership or network externalities).⁹

⁸ European Commission, 2013: 15-16.

⁹ See e.g. Rochet & Tirole, 2004: 3, 40.

Demand for the platform on one side is dependent on demand on the other side, and vice versa.¹⁰ Generating a critical user base can be achieved by adopting an asymmetric pricing strategy which, for example, takes into account the willingness to pay on each side. According to Rochet & Tirole (2006) for a market to be truly two-sided, a change in price *structure* must affect the volume of transactions on the platform (*i.e.* it must create usage externalities).¹¹

When taking the market for card-based payments as an example, the user groups are cardholders on the one hand, and merchants on the other, with the card scheme as the platform. Merchants will, in principle, only choose to accept a certain scheme if enough cardholders are on board, and vice versa, one would expect that cardholders will only use a scheme if enough merchants are “on board”. Once there are enough users on both sides, the scheme will try to stimulate usage externalities by adopting an appropriate price structure.

B. Card schemes and interchange fees

Two main types of card schemes can be distinguished; four-party schemes and three-party schemes.

Four-party schemes are the most ubiquitous (*i.e.* Visa, MasterCard) and consist of four distinct parties in addition to the scheme itself: (i) issuing banks, (ii) cardholders, (iii) acquiring banks, and (iv) merchants. Cardholders have a direct relationship with their issuing banks and merchants contract directly with acquiring banks.¹² The card scheme provides its services to issuing and acquiring banks through a system of membership/ joint ownership.¹³

10 One can imagine, for example, that a video game platform would be useless for gamers if no developers would create games for them to play Vice versa, no developers would want to create games for a platform if no gamers were on board.

11 See e.g. Rochet & Tirole, 2006: 35. “A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board.” [Emphasis added].

12 In practice, *inter alia*, where retail banking markets are concentrated, for a given transaction both the acquirer and issuer may very well be the same financial institution. Such transactions are often referred to as “on us” transactions.

13 Four-party schemes such as MasterCard were originally set up by banks to develop a common network for card-based payment services. They later evolved into membership-based organizations that were governed de-centrally by its member banks, where the largest national or regional banks would have the largest influence in determining the applicable network rules and fees. Both MasterCard and Visa respectively floated their organizations on the stock market in 2006 and 2008.

The scheme levies distinct fixed and variable network fees to its members for the processing of payment transactions (including authorization, clearing and settlement), designing product-specific reward and loyalty programs, marketing, and other services.¹⁴

An interchange fee is a mechanism typically imposed by four-party payment card schemes’ “network rules” that contractually binds acquiring banks to “pay” a pre-determined fee to issuing banks for each card transaction. These fees are set at different levels for different types and brands of cards (*e.g.* debit/credit cards subdivided into premium/non-premium or corporate brands) and can vary significantly between Member States.¹⁵ Interchange has been justified by schemes on a number of grounds, among others, as a necessary mechanism to “reimburse issuers for a portion of their costs”¹⁶ or *balance costs* to increase the scheme’s output. Interchange fees are mostly multilateral, *i.e.*, they are (collectively) imposed through the card scheme for all acquiring member banks alike, as opposed to *e.g.* a “bilateral” alternative that would allow acquiring and issuing banks to negotiate the level of interchange amongst themselves.

At a transactional level, when a cardholder purchases goods or services from a merchant, the issuing bank will transfer the purchase price to the acquiring bank after deducting the applicable MIF. The acquiring bank, in essence, fully passes on the costs of the MIFs to the merchant in the fees charged for acquiring services (the merchant service charge (“MSC”)).

On the other side of the platform, the cardholder’s account will be debited by the full amount of the purchase price but will ultimately pay its retail bank a “blended fee” for the entire package of retail banking services (usually an annual account fee). Unlike merchants, cardholders often do not know the precise cost they incur from using cards or the benefits they receive from interchange fees.¹⁷

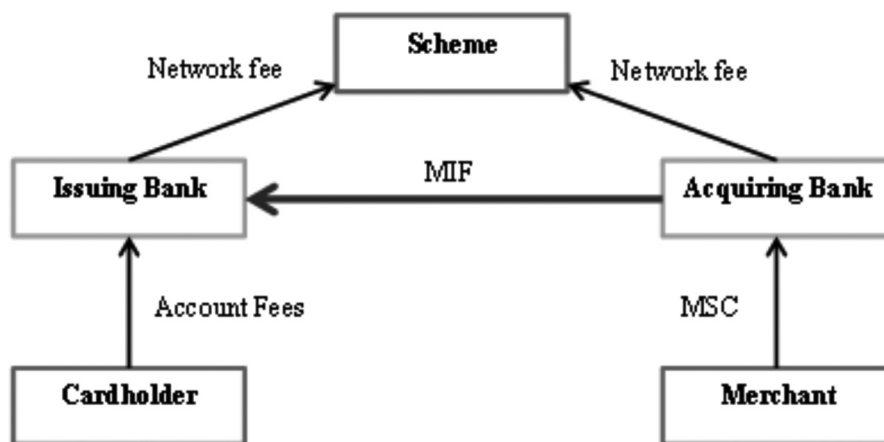
14 See *e.g.* MasterCard 2013 Annual Report, p. 4, available at: <http://www.ezodproxy.com/mastercard/2014/ar/HTML2/tiles.htm> (accessed on October 31, 2014).

15 See *e.g.* Börestam & Schmiedel, 2011: 20. In 2010, the ESCB shows that on a €100 debit card transaction fees varied between €0.01 and €1.55.

16 See *e.g.* MasterCard 2013 Annual Report, p. 6. “Generally, interchange fees are collected from acquirers and paid to issuers to reimburse the issuers for a portion of the costs incurred by them in providing services that benefit all participants in the system, including acquirers and merchants.”

17 Merchants often face “blended” fees as well, making it impossible to discern the exact cost per-transaction for accepting distinct cards. Merchants do however see and incur the total costs of card acceptance quite clearly in their invoices.

FIGURE 1 – Basic operation of a four-party scheme

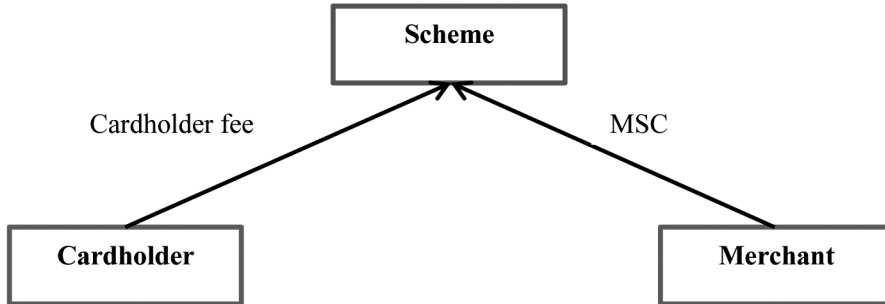


Three-party schemes (such as American Express and Diners Club) are distinct from four-party schemes in the sense that (usually) banks are not involved as intermediaries. The scheme itself serves as an issuer and acquirer and reaches agreement on pricing by (individually) negotiating with both sides. Even when three-party schemes use third party “licensees” to issue or acquire transactions; these are usually limited to select financial institutions with which the scheme will negotiate the applicable costs and services.¹⁸ It is sometimes argued that three party schemes have an “implicit” MIF because they can use the fees levied on one side to subsidize the other. Such statements are slightly misguided as the ability to price discriminate between both sides is an inherent quality of a two-sided market and bears little resemblance to the multilateral nature (M)IFs.¹⁹

18 See e.g. American Express’ response to the Commission’s Green Paper consultation of April 5, 2012. Available at: https://circabc.europa.eu/sd/a/4756f6e7-66f9-40a8-beed-a26acb64c5bb/non_reg-uk_amex_en.pdf. (accessed on October 31, 2014).

19 Article 28 (2-c) of Directive 2007/64/EC (the PSD I) defines three-party schemes as: “*payment systems where a sole payment service provider (whether as a single entity or as a group) – acts or can act as the payment service provider for both the payer and the payee and is exclusively responsible for the management of the system, and – licenses other payment service providers to participate in the system and the latter have no right to negotiate fees between or amongst themselves in relation to the payment system although they may establish their own pricing in relation to payers and payees [emphasis added].*”

FIGURE 2 – Basic operation of a three-party scheme



C. Debit vs. credit cards

Debit cards are intrinsically linked to a consumer’s personal checking account. These cards have become essential to access the funds available on a bank account. Debit cards can be used to withdraw cash from automated teller machines (“ATMs”) or purchase good/services directly at merchant outlets (otherwise known as Points of Sale “POS”). Debit card transactions “immediately” deduct funds from the cardholder’s account – usually within 48 hours after authorization. Over the past decades, debit cards have helped to significantly reduce banks’ costs by, *inter alia*, allowing them to close unnecessary branches and move away from more costly and insecure means of payment (such as checks). According to the European Central Bank (“ECB”), widespread (debit) card usage beyond a certain “tipping point” reduces the per transaction cost of debit cards to the lowest amongst payment methods in the EU. The ECB concludes that in terms of societal benefit, the countries with the lowest social costs of payments are those in which non-cash payments are predominant.²⁰

Credit card transactions are debited from the cardholder’s account at regular (often monthly) intervals. A distinction can be made between ‘pure’ credit cards and ‘deferred debit’ cards. Credit cards offer a credit facility (a loan) that allows cardholders to pay off their bill in installments (against hefty interest payment).²¹ When cardholders do not make use of the revolving credit facility

²⁰ See European Central Bank, 2014, p.26.

²¹ At ING in the Netherlands, for example, the Annual Percentage Rate of Charge (“APR”) can range between 13% and 27.5% depending on the card type and credit amount. See: <https://www.ing.nl/particulier/betalen/creditcards/voorwaarden-gespreid-betalen-cards.html> (accessed on November 1, 2014).

on the card, it turns into a de facto ‘deferred debit card’, and the bill is deducted from their current account in full at a fixed interval.

Corporate cards are only issued to businesses and must be used for ‘business related transactions’, whereas consumer cards are intended for general use.

III. EUROPEAN ANTITRUST PROCEEDINGS

A. Theory of harm

Since 2002, the European Commission consistently adopted the same underlying theory of harm in its investigations of interchange fees – one which has recently been fully upheld by European Union’s highest court.²² According to the Commission, MIFs form a restriction of competition by effect under Article 101(1) TFEU on the acquiring market as they result in a price floor (or minimum price) on the MSCs charged by all acquiring banks to merchants.²³ The Commission concluded that MIFs could make up as much as 70% of the total cost incurred by merchants for accepting cards.²⁴ In the absence of MIFs, individual issuing and acquiring banks would be able to determine their own pricing policies under competitive conditions. At the same time, MIFs restrict the ability for merchants to negotiate a price of acceptance below the collectively determined fees.

The Commission concluded that MIFs are not objectively necessary for the viability of four-party schemes (without denying the existence of potential two-sided market specificities). According to the Commission, the only *necessary* conditions that need to be imposed for a four-party scheme to function (in addition to common technical standards) are an obligation to accept payments on the network and a prohibition of ex-post pricing. A mechanism that shifts revenue to issuing banks is not necessary as both sides of the market could simply recover costs from their respective consumer groups. In support of these conclusions, the Commission provided examples

22 Case C-382/12 P, *MasterCard Inc., MasterCard International Inc., and MasterCard Europe SPRL v Commission*, September 11, 2014.

23 See Commission decision of July 24, 2002, Case COMP/29.373, para. 64; Commission decision of December 19, 2007, Joined Cases COMP/34.579 *MasterCard*, COMP/36.518 *EuroCommerce* and COMP/38.580 *Commercial Cards*, para. 400; Commission decision of February 26, 2014, Case COMP/39.398 (*Visa MIF*), para. 23.

24 Joined Cases COMP/34.579 *MasterCard*, COMP/36.518 *EuroCommerce* and COMP/38.580 *Commercial Cards*, paras. 428-438.

of a number of domestic four-party card schemes that operate efficiently without MIFs.²⁵

The Commission's analysis of harm under 101(1) TFEU also covers the effects of MIFs on inter-system competition (between schemes). Without a mechanism in place that forces issuing banks to pass-on MIF revenue to cardholders, competition between Visa and MasterCard has a ratchet effect on the level of interchange, which in turn, increases harm on the acquiring market. In four-party systems, issuing banks ultimately dictate which scheme's cards will wind up in cardholders' pockets. Therefore, in order to entice banks to issue one scheme over the other, schemes have the incentive to compete by creating an "upward spiral" in the level of interchange fees.²⁶

Although each of the investigations was brought under Article 101 TFEU as a decision of an "*association of undertakings*"²⁷, the Commission clearly emphasized the respective strong position(s) of Visa and MasterCard on the relevant European markets. This conclusion is not only necessary for finding an 'appreciable effect on competition' under Article 101 TFEU, but also points to a degree of market power that could justify intervention through other means. In its MasterCard decision, the Commission found that Visa was the only other scheme that could match MasterCard in terms of network size in the EEA. In terms of cards issued, Visa and MasterCard each had market shares of roughly 45% in 2004.²⁸ In terms of acceptance, both Visa and MasterCard were accepted by approximately 5 million merchants in the EEA.²⁹

The Commission considers that the anticompetitive effects of MIFs are reinforced by a number of additional scheme rules and transparency

25 Such schemes include: Pankkikortit (FI), Bancomat (LUX), Dankort (DK), Pin (NL), and Bax (NO). See Joined Cases COMP/34.579 *MasterCard*, COMP/36.518 *EuroCommerce* and COMP/38.580 *Commercial Cards*, Table 9 at para. 556.

26 Commission decision of July 24, 2002, Case COMP/29.373, para.80; See also Case T-111/08, *MasterCard and Others v Commission*, May 24, 2012, para.255.

27 This was disputed in the MasterCard proceedings as MasterCard changed its corporate form in 2006 and became a publicly traded company. The ECJ, however, held that that given the specificities of the case "*both the banks' residual decision-making powers after the IPO on matters other than the MIF, and the commonality of interests between MasterCard and the banks, were both relevant and sufficient for the purposes of assessing whether, after the IPO, MasterCard could still be considered to be an 'association of undertakings', within the meaning of Article 81 EC.*" Case C-382/12 P, *MasterCard Inc., MasterCard International Inc., and MasterCard Europe SPRL v Commission*, September 11, 2014, para. 72.

28 Joined Cases COMP/34.579 *MasterCard*, COMP/36.518 *EuroCommerce* and COMP/38.580 *Commercial Cards*, Diagram 1 at para. 110.

29 *Ibid*, para. 115.

issues. These include the so-called Honor all Cards Rule³⁰ (“HACR”), the Non-Discrimination Rule³¹ (“NDR”), the restriction of cross-border acquiring³², and the practice of offering “blended fees” to merchants.³³

B. Remedies

In its 2002 Visa decision, the Commission acknowledged the two-sided nature of the market and granted Visa a temporary exemption subject to a modified MIF. The Commission accepted, in theory, that a MIF set at an appropriate level could contribute to technical and economic progress by stimulating usage on the cardholder side (by reducing costs for issuing banks) which could create positive network externalities.³⁴ In 2007 the Commission took a more reasoned and restrictive approach, finding that the evidence put forward by MasterCard was (ex-ante) insufficient to justify the applicability of Article 101(3) TFEU. MasterCard, simply said, only based its efficiency claims on a general assertion that balancing demand through a MIF is necessary to optimize system output. Although MasterCard also provided theoretical models on which its interchange fees would be based, the Commission found that these failed to include relevant variables that would lead to a justifiable level of MIFs. In its assessment of potential consumer benefits, the Commission did not find sufficient proof that network externalities would offset merchant harm, nor did MasterCard produce objective data to quantify the willingness to pay on the cardholder side that would justify interchange at the prescribed level.³⁵

MasterCard temporarily repealed its cross-border MIFs in 2008 and offered unilateral commitments to set its interchange fees at a level that

30 The HACR requires merchants to automatically accept all brands of cards issued by a given scheme.

31 The NDR limits the ability for merchants to surcharge cardholders for using a specific form of payment card.

32 Cross-border acquiring restrictions limit the ability and incentives for merchants to use the services of an acquiring bank in another Member State, as the scheme rules will force merchants to pay the MIF rate in the country where the transaction takes place (as opposed to the rate applicable in the acquirer’s country or the cross-border MIF)

33 See Commission Decision of February 26, 2014 (2014/C/1199), paras. 23-25.

34 Commission Decision of July 24, 2002, Case COMP/29.373, para. 83.

35 See Joined Cases COMP/34.579 *MasterCard*, COMP/36.518 *EuroCommerce* and COMP/38.580 *Commercial Cards*, paras. 731-751.

would, essentially, mitigate the harm on the acquiring market in 2009.³⁶ The Commission and MasterCard agreed to use an economic model developed in the literature called the “tourist test” that caps the weighted average interchange fee at a level at which merchants would be indifferent between accepting cards and cash.³⁷ The Commission accepted that the cumulative conditions of Article 101(3) TFEU could be met when applying this methodology. The commitments resulted in a reduction of MasterCard’s cross-border (intra-EEA) credit and debit card MIFs to 0.3% and 0.2% respectively.³⁸ This same basis was later used in 2010 and 2014 to secure commitments from Visa for *all* its domestic, cross border, and international³⁹ debit- and credit card MIFs (where Visa sets the fees itself).⁴⁰

In 2009, MasterCard committed to introduce transparency measures that would allow merchants to distinguish the applicable interchange fees for each type of card in their invoices from acquirers (as opposed to “blended” rates). Visa offered similar, if not more far-reaching transparency measures in 2010 and 2014. Visa and MasterCard also offered to *inform* merchants that the acceptance of debit card transactions is not conditional on the acceptance of credit cards, and vice versa (a clarification that the HACR does not apply between card *types*). In addition, Visa committed to open cross-border acquiring for all transactions at either (i) the intra-EEA averages of 0.3% and 0.2%, or (ii) the domestic rates applicable in the country of the acquirer. This commitment will enter into force on January 1, 2015. MasterCard’s cross-border acquiring rules are still under investigation, as well as the HACR (with respect to its credit card *brands*) and the MIFs applicable to international transactions.⁴¹

36 See European Commission, 2009.

37 Also referred to as the Merchant Indifference Test (“MIT”). For the theoretical basis, see: Rochet & Tirole, 2008.

38 Prior to the commitments, depending on the card, MasterCard’s cross-border MIFs for credit cards ranged from 0.80% to 1.90% in 2007, and its debit card MIFs ranged from 0.40% to more than 0.75%. See: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-515_en.htm?locale=en (accessed on November 6).

39 Where the cardholder’s issuer is located outside the EEA.

40 See Commission Decision of December 8, 2010 (2011/C 79/05); Commission Decision of February 26, 2014 (2014/C/1199). In countries where Visa does not set the MIFs itself, these are usually determined multilaterally by domestic bank associations. When the commitments were proposed in 2010, the countries concerned were Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Malta, Sweden, Luxembourg and the Netherlands.

41 See European Commission Press Release of April 9, 2013, available at: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-314_en.htm?locale=en.

C. Conclusions

The recent Court of Justice ruling confirms that MIFs, under certain conditions, are incompatible with European law. This could be rephrased by stating that MIFs are now *illegal* in the EU. This conclusion, however, is potentially limited by the specificities of the MasterCard case.

First, the judgment only concerns *multilateral* interchange fees. It is after all the multilateral nature that brings these fees within the scope of Article 101(1) TFEU. The European Commission has never, to my knowledge, scrutinized *bilateral* interchange fees (*i.e.* fees individually negotiated between issuing and acquiring banks). The Commission even uses examples of schemes based on bilateral fees to support the commercial viability of lower cost domestic systems. The Court explicitly mentions this consideration in paragraph 11 when it summarizes the scope of the Commission's infringement decision.

Second, the MasterCard decision only covers intra-EEA (cross-border) MIFs. The cross-border scope of the investigation is a result of the jurisdictional "effect on trade" criterion embedded in Article 101 TFEU. This limitation, however, does not necessarily affect the broader implications of the judgment. The Commission's theory of harm is fundamentally based on the price-floor effect of MIFs on the acquiring market, set by a scheme that is able to exert (collective) market power. This will hold true for any multilateral interchange fees, including those set at a Member State level. Since harm on the acquiring market will also arise when non-EEA cardholders use their cards at merchant outlets in the EEA, the scope would seem to extend to 'international' MIFs as well.

As briefly alluded to above, the theory of harm seems to be intrinsically linked to the notion of *market power*. I find it hard to imagine that merchants would feel obligated to accept cards at high prices than their marginal perceived benefit if they were not ubiquitous or forced upon them by scheme rules such as the HACR. The reason why merchants may be willing to pay to accept cards above their marginal convenience is because some cards have become 'must-take cards'. If a merchant chooses not to accept a must-take card, he would be likely to lose customers to a competitor (the 'business stealing effect').⁴² The business stealing effect is supported by the Commission's analysis and the economic literature.⁴³ The HACR makes things worse because merchants,

42 See Vickers, 2005: 231–247.

43 See e.g. Rochet & Tirole, 2011: 462–495.

when choosing to accept the ‘must-take’ card, will instantly be forced to accept all brands within the same scheme (including ‘premium’ cards that come paired with the highest levels of interchange).

Market power might also be an explanation as to why MIFs are not optimally used as a ‘balancing tool’ in a two-sided market. Especially in markets where acceptance is falling behind (and the issuing side is saturated), the ‘balancing theory’ would dictate that it would be rational to *reduce* costs to attract more merchants – which in turn would benefit the scheme by creating additional positive network externalities. Instead it would seem to be more profitable for banks to adopt monopolistic pricing as opposed to optimizing two-sided demand.

In contrast, card schemes that *do not* have market power should not fall within the scope of the Commission’s theory of harm.

As a final note on the Court of Justice ruling, the General Court was criticized for relying on the same counterfactual hypothesis (a prohibition of ex-post pricing⁴⁴) when it examined MIFs as an ancillary restraint as well as in its examination of the restrictive effects of MIFs.⁴⁵ In particular, the Court could not confine itself to considering the mere *viability* of the scheme with a prohibition of ex-post pricing when examining the anticompetitive effects of MIFs, but also whether the counterfactual would be a *plausible* or *likely* market outcome. In doing so, it was required to take the economic and legal context of the concerned market into account (in particular the existence of the HACR which was not under investigation in the present case, and would have prevailed in the absence of the MIFs⁴⁶). However, this was pardoned as the General Court properly assessed the relevant factual context earlier in its judgment by showing that a prohibition of ex-post pricing would be a more realistic market outcome than letting the MasterCard system collapse.⁴⁷

44 A rule prohibiting issuers and acquirers from defining the amount of the MIF after a purchase has been made.

45 Case C-382/12 P, *MasterCard Inc., MasterCard International Inc., and MasterCard Europe SPRL v Commission*, September 11, 2014, paras 163-164.

46 The argument being that without a MIF, the HACR (which forces acquirers to accept all transactions carried out with a MasterCard card) would have the effect of “putting acquirers at the mercy of issuers, who would be able to determine the level of the interchange fee unilaterally, since merchants and acquirers would be bound to accept the transaction.” See Case T-111/08, *MasterCard and Others v Commission*, May 24, 2012, para. 94.

47 *Ibid*, paras. 95-96. See also: Case C-382/12 P, *MasterCard Inc., MasterCard International Inc., and MasterCard Europe SPRL v Commission*, September 11, 2014, para. 173-174.

IV. EUROPEAN REGULATION OF INTERCHANGE FEES

On July 24, 2013, the Commission published two separate proposals for a revised PSD (“PSD II”) and an IF Regulation. The proposals were preceded by a Green Paper published on January 1, 2012, in which the Commission sought input from key stakeholders on the desired scope of regulation.⁴⁸ This section will focus mostly on the latest MIF proposal, while taking certain interrelated measures in the PSD II into account.

A. The need for legislation

The IF Regulation proposal has its roots in the Commission’s antitrust investigations, as well as in similar regulatory initiatives abroad (*i.e.* Australia⁴⁹ and the US⁵⁰).

The legal basis for regulatory intervention can be found in Articles 114 TFEU, 26 TFEU, and 3(3) TEC which call for the establishment of a single market. Market regulation of interchange fees forms part of a larger plan to create an integrated market for payments⁵¹ which requires “*a Union-wide approach as the applicable principles, rules, processes and standards have to be consistent across all Member States in order to achieve legal certainty and a level playing field for all market participants.*”⁵² The Commission proposal highlights that the application of existing rules, including competition enforcement at a national level, has not been sufficient to address the concerns on the internal market.

Market failures. The Impact Assessment accompanying the legislative package rephrases the theory of harm as a “*market failure*” where “*schemes and/or scheme participants [can exercise market power] to impose restrictive rules and business practices on other market actors.*”⁵³ It is not surprising that these “restrictive rules” concern the same interchange fees and scheme rules briefly

48 Commission, 2012.

49 See <http://www.rba.gov.au/payments-system/legal-framework/current-regulations.html> (accessed on November 7, 2014).

50 See <http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/20110629a.htm> (accessed on November 7, 2014).

51 Existing legislation includes rules for credit transfers, direct debits, cross-border payments, electronic money and credit institutions, and settlement finality. See http://ec.europa.eu/finance/payments/legislation/index_en.htm (accessed on November 14, 2014).

52 See European Commission, 2013: 35.

53 European Commission, 2013: 15-16.

touched upon in section III of this paper.⁵⁴ In contrast to the investigations under Article 101 TFEU (*i.e.* tackling collusive behavior), the Regulation aims to tackle (collective) “*market dominance of card schemes*” that has created obstacles to effective competition and functioning of the single European market.⁵⁵ The economic literature, under the right assumptions, supports the conclusion that market power can lead to sub-optimal two-sided pricing that can affect (consumer) welfare.⁵⁶

Restriction of cross-border acquiring. One of the main obstacles to market integration is that Visa and MasterCard (and their member banks) have each been able to partition the internal market by setting different interchange fees in each Member State for similar card transactions.⁵⁷ I think the point here is that there is no discernible difference between a plain ‘Maestro’ branded debit card issued in Poland or in the Netherlands (from the perspective of cardholders and merchants). Interestingly though, the average debit card MIF in Poland was 1.6% in Poland and 0.06% in the Netherlands in 2013.⁵⁸ As we have seen, interchange fees create a price floor on the acquiring costs, while scheme rules prohibit merchants from ‘shopping abroad’. In essence, the prohibition of cross-border acquiring (in combination with technical barriers) restricts trade between Member States by locking-in merchants to high domestic fees, and ultimately prevents price convergence throughout the Union.⁵⁹

Competition enforcement has failed to create a level playing field.

A second barrier to market integration flows from the Commission’s own antitrust investigations. Decentralized competition enforcement at a national level has produced mixed results as well.⁶⁰ The commitments offered by Visa and MasterCard all differed in scope and timing which has, in some cases, resulted in major artificial shifts in the competitive landscape of certain

54 In addition to interchange fees, the Commission places particular emphasis on the detrimental effects of the HACR and the NDR. See European Commission, 2013: 120-122.

55 See European Commission, 2013: 29.

56 See *e.g.* Wright, 2012.

57 Country average MSC rates range between 0.3-0.4% to 1.9%.

58 See European Commission, 2013: 35.

59 For a graphic illustration of the different fees applied in each Member State, see European Commission, 2013: 21.

60 See European Competition Network, 2012.

Member States. For example in Hungary, when Visa's debit card commitments became public in 2010 (capping its MIFs to 0.2% per transaction), domestic issuing banks shifted to MasterCard (with non-regulated fees), reducing Visa's market share of issued cards by 45% within a very short period of time.⁶¹

Interchange fees stimulate 'reverse competition'. Empirical evidence shows that interchange fees, when left to the market, can trigger "reverse competition" in the fight to attract issuing banks with additional revenue. In the absence of scheme rules that require interchange to be passed on to cardholders, this additional revenue can simply 'disappear' into retail banks' revenue pools. As shown in the previous paragraph, issuing banks are therefore likely to shift to whichever scheme is able to provide the highest interchange revenue. The Impact Assessment provides a good example of such a 'natural' shift in the issuing market for debit cards in the UK where a failure to react to a strong bump in interchange from Visa cost MasterCard roughly 90% of its market share within just a few years.

Barriers to entry and disappearance of domestic schemes. A third issue worth mentioning is the disappearance of (efficient) domestic card schemes that have gradually been replaced by Visa and/or MasterCard. It would seem more beneficial for issuing banks to accept higher multilateral fees set for them collectively by a 'third' party (the larger international schemes) than to succumb to competitive pressure from bilateral negotiations with domestic acquirers and accept lower interchange revenue. The Commission provides examples of national schemes that have disappeared in the UK, the Netherlands, Austria, Finland, and Ireland. In the Netherlands, for example, banks decided to discontinue PIN and switch to Maestro and V-Pay in their migration plan towards SEPA Card Framework compliance,⁶² while the domestic PIN scheme was already technically capable of becoming compliant. This decision resulted in heavy scrutiny from the Dutch competition authority who considered that a collective decision to discontinue "*one of the cheapest and most efficient schemes in Europe*" could be caught under the national equivalent of Article 101

61 See European Commission, 2013: 175.

62 The SEPA Cards Framework was designed to create a pan-European set of rules and principles that card schemes would have to comply with to allow interoperability across Europe. See <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/knowledge-bank/other-documents/sepa-cards-framework-v-21/> (accessed on November 13, 2014).

TFEU.⁶³ Ultimately, PIN was discontinued, but only under the condition that the existing low fees would be maintained through a cooperation agreement between retailers and banks.⁶⁴ The same enticing nature of MIFs is also seen as a barrier to entry, as any new scheme would have to convince issuing banks to issue their cards by offering the same interchange fees.⁶⁵ In practice, this would seem impossible as a new scheme would also need to create a broad enough acceptance network to be commercially attractive to issuing banks. It would seem highly unlikely that merchants would accept a brand new scheme with the same high costs as the ubiquitous ‘must-take’ cards they are already paying for.

Lack of interoperability. The Commission highlights the divergence of standards and messaging protocols used in various national markets as an additional barrier for domestic schemes or new entrants to expand their operations across the EU.⁶⁶

B. The Commission proposal

In light of the identified concerns, the Commission adopted its IF Regulation proposal on July 7, 2013 (“the Proposal”).⁶⁷ In broad terms, the Proposal intends to (i) cap interchange fees for debit and credit card transactions, (ii) separate schemes from processing, and (iii) limit the application of restrictive business rules.

Interchange fees. Articles 3 and 4 of the Proposal introduce an absolute, value-based cap on domestic and cross-border interchange fees of 0.2% for debit and 0.3% for credit card transactions (in line with the commitments offered by Visa and MasterCard), where both the issuer and acquirer are located in the EU. These caps will apply to *all* types of interchange fees, i.e. multilateral, bilateral, and “implicit” interchange fees.

63 See <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5280/NMa-waarschuwt-banken-lopen-risico-bij-gesamenlijke-afspraken-over-afschaffen-PIN/> (available in Dutch only) [Accessed on November 13, 2014].

64 The agreement called the “Convenant Betalingsverkeer” was recently renewed in September 2014. See <http://www.khn.nl/nieuwsberichten/2014/sep/verlenging-convenant-betalingsverkeer-meer-pin-dan-contant-over-vier-jaar> (accessed on November 13, 2014).

65 European Commission, 2013: 21.

66 European Commission, 2013: 17-18.

67 Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/;ELX_SESSIONID=B31GJp5Vs6Vgb5pTphZV1Bc6JCjPpRFgyPQnsQpMDICwVdj11v92Jl-2121910930?uri=CELEX:52013PC0550 (accessed on November 14, 2014).

The interchange caps will only apply to the “regulated area”, defined as “*all card transactions that are widely used by consumers and therefore difficult to refuse by retailers, i.e. consumer debit and credit card, and card based payment transactions*” [emphasis added]. The proposed caps would not apply to commercial cards, cards used within “limited networks” (such as in-store credit cards), cash withdrawals at ATMs, or cards issued by three-party schemes. However, when a three-party schemes use licensees to issue or acquire card transactions, they are considered “*as a four-party scheme*” and would fall within scope of the cap. Three party schemes do not have interchange fees, making it quite difficult to see how and why the caps would apply.

The Commission also introduces an anti-circumvention measure prohibiting issuers from receiving “*net compensation*” from payment card schemes. Net compensation is defined as the difference between the fees paid by an issuer to the scheme and any payments or other benefits received by the issuer from the scheme. This was introduced as a mechanism to prevent four-party schemes from compensating issuers in for the loss of interchange in alternative ways, which could have the same effect as a MIF (*e.g.* marketing rebates and discounts). A similar rule was introduced in § 235.6 of Regulation II (Debit Card Interchange Fees and Routing) in the U.S.⁶⁸

Separation of scheme and processing. Article 7 calls for effective unbundling of four-party schemes and processing entities. Card schemes will be required to create processing entities that are separate from the scheme in terms of corporate form, organization, and management. The scheme and processing entity will have to provide services to third parties on non-discriminatory basis, as well as ensure interoperability across the EU according to standards that will be developed by “*international or European standardisation bodies*”.

Business rules. Chapter III of the Proposal introduces measures that will unwind many of the restrictive “scheme rules”. In particular, the HACR will be limited by allowing merchants to refuse non-regulated card *brands* when they chose to accept a certain scheme (*e.g.* corporate cards). Merchants will also retain the ability to only accept certain *types* of cards within the overarching scheme (such as debit or credit cards).⁶⁹ Issuers will also be required to make all brands and types of cards identifiable for merchants, both visually and electronically.

⁶⁸ See <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-07-20/pdf/2011-16861.pdf> (accessed on November 16, 2014).

⁶⁹ Once a merchant has chosen to accept a certain “basket” of products, he will still be bound by the Honour All Issuers Rule – i.e. merchants cannot discriminate among financial institutions that issue the same card.

Merchants will also be empowered to steer cardholders towards their preferred payment method at the point of sale and to inform consumers of their card costs. Acquirers will have to offer merchants “unblended rates” so merchants can make informed choices as to what brands they will choose to accept.

Any scheme rules that currently prevent the issuance of cards or other devices with more than one brand or scheme will also be prohibited (“co-badging”). This will allow issuers to offer cards, mobile applications, or other devices that can contain multiple payment methods (*i.e.* a single card that can be used as a Visa, MasterCard, or other payment service). In principle, the choice of payment application will be up to the cardholder, subject to any steering mechanisms in place at the point of sale.

The Regulation will also remove territorial licensing restrictions. Once a scheme provides a financial institution with a license it will cover the entire EEA and can no longer be limited to a single Member State.

C. Changes adopted by the Parliament and Council

Slightly more than a year has gone by since the Commission Proposal was made public, and both the European Parliament and Council have made use of their respective powers to adopt amendments. As it stands, the latest compromise text was adopted on October 15, 2014.⁷⁰ The following changes deserve particular attention.

Interchange fees.

Caps

As opposed to the *absolute* interchange fee caps of 0.2% and 0.3% per transaction, the latest text calls for *weighted average* caps instead (recital 19a, and Articles 3 and 4). This will allow Member States and schemes to define different interchange fee categories for card brands and/or merchant segments, as long as the total annual weighted average remains below the set caps. Member States will also be allowed to define a specific cap for “micropayments” (although this term has not yet been defined).⁷¹ All caps remain without prejudice to a Member State’s choice to set lower interchange fees (which could, as I read it, also be zero).

⁷⁰ European Council, 2014.

⁷¹ Papal defines micropayments as payments “*under 5 GBP*”. See: <https://www.paypal.com/uk/webapps/mpp/micropayments> (accessed on November 18, 2014).

Scope

So-called “universal cards” have also been defined and brought within the scope of the debit card caps. Such “universal cards” can be used as debit or credit, depending on when the cardholder chooses to instruct the issuer to debit his/her account.

The entire regulation has been streamlined to make it clear that all provisions apply to “card-based” transactions (Article 2(7)). Although this terminology was included in the original proposal, this has been emphasized more consistently throughout the text. ‘Card based transactions’ capture *any* service used to complete a transaction, regardless of physical form, that will result in a debit or credit card transaction (*i.e.* through the infrastructure used by card schemes).

Timing

The staggered introduction of cross-border and domestic caps has been discarded in favor of a uniform introduction of all caps after 6 months. The original proposal called for an introduction of cross-border IF caps after 3 months, while the caps for domestic transactions would only enter into force after 24 months.

Three-party schemes. The revised text still treats three-party schemes “as if” they are four-party schemes when they “*license other payment service providers for the issuance and/or the acquiring of payment cards, or issues payment cards with a co-branding partner or through an agent*” (Article 2(15)). This means that, in principle, when three-party schemes use licensees to issue their cards, the interchange fee caps (or at least the prohibition of “net compensation”) will apply. Nothing in the revised text addresses the issue of why and how interchange fee caps would be applied to three party schemes.

The Council, however, explicitly allows Member States to exclude such schemes from the scope of the caps if (and only if) they “*have an insignificant relevance*” in terms of “domestic” market share (recital 22). Article 1(4-bis) clarifies that the “insignificant market share” criterion is to be interpreted as a 5% market share “*of the yearly value of all domestic payment card transactions*” [emphasis added]. It is not entirely clear on what grounds the 5% threshold is based. It is equally unclear why such a threshold would be defined at a Member State level and not at a European level. After all, the Regulation seeks to create a “single European payments market.”

In addition, the new text emphasizes that where three-party schemes use “*a single licensee or franchisee for both acquiring and issuing of specific card-based payment transactions*”, the interchange caps will not apply (recital 22). It is unclear whether this provision concerns a single licensee in the *Union*, or a single licensee *per Member State*.

D. Interrelated changes in the PSD II

The PSD revision⁷² was driven by gaps in the original scope, the desire to enhance security requirements and consumer protection measures, and, notably, to enable “non-banks” to enter the market for payment services. The PSD II includes a number of changes that will be intrinsically linked to the new IF Regulation. In particular, I will briefly touch upon the proposed changes concerning (i) steering mechanisms, (ii) open access requirements, and (iii) third party service providers (“TPPs”).

Surcharging

One of the “steering mechanisms” merchants can adopt to affect a consumers’ choice for a particular form of payment is the practice of “surcharging” (a markup charged by the merchant upon payment for using a specific instrument). In the latest text as amended by the Parliament in April 2014, Recital 63 seems to call for an *absolute ban* on surcharging (while the IF Regulation would allow surcharging for “non-regulated” card-based transactions). However, Article 55 (3) requires that payment service providers *shall not prevent the payee from requesting from the payer a charge*” as long as it does not exceed direct cost or is applied to a regulated category of card-based products. In any event, although clarity would be welcome, Member States will still retain the ability to impose an absolute ban on surcharging of non-regulated payment mechanisms.

The original PSD allowed Member States to determine the applicable rules for surcharging which resulted in diverging practices across Member States. Only 13 Member States opted for an all-out ban on surcharging. Consumers using cards or other online payment means would be “surprised” by additional fees from online retailers in certain Member States. The divergence

72 The latest version, as amended by the European Parliament is available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0280> (aAccessed on November 17, 2014).

of surcharging practices was exacerbated by opportunistic retailers that would impose excessive surcharges at check out (at which time consumers are more or less “locked-in” to the purchase). The current proposal eliminates the latter by capping surcharges at *direct cost*, although enforcement might be problematic. Diverging practices might however still plague consumers using corporate cards or cards issued by three-party schemes. A loophole might exist for three-party schemes that use licensees and fall under the 5% market share threshold. In principle, these would fall under the “regulated area”, but can be exempted on a Member State basis.

Open Access

The original PSD called for open access to payment systems in Article 28 for any registered or authorized payment service provider on an “*objective, non-discriminatory and proportionate*” basis. This would allow any PSPs to gain access to the essential payment infrastructure owned by MasterCard, Visa, and domestic systems. Smaller networks were exempt in Article 28, paragraph 2, which included three-party systems. The PSD II proposal, however, removes the exemption for three-party schemes. It is unclear why this has been removed as it would force smaller (non-essential) schemes to offer their services to a potentially unlimited number of financial institutions. It may be unlikely that large numbers of PSPs would make use of this provision, but it does not seem to make much sense. The rationale behind the open access requirement is to allow PSPs to offer their clients access to the most essential payment systems needed to conduct business across the Union.⁷³

Broader scope: TPPs

The PSD II brings third party service providers within the scope of the directive. Of particular relevance, the directive seeks to cover “payment initiation” services (Article 4(32)). Payment initiation services, in essence, form a “bridge” between a merchant website and the consumer’s trusted online banking portal. A good example of such a service is iDeal⁷⁴ in the Netherlands, and potentially Sofort in Germany.⁷⁵ The rationale is to allow such providers

73 See Recitals 16-17 of the PSD 1, available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007L0064> (accessed on November 19, 2014).

74 See <http://www.ideal.nl/en/> (accessed on November 17, 2014).

75 See <https://www.sofort.com/eng-DE/buyer/su/how-it-works/> (accessed on November 17, 2014).

to extend their services beyond national borders and offer consumers and merchants a viable and cheap(er) alternative to the current most widely used pan-European online payment service (credit cards). At the same time, these services will have to adhere to strict common security and consumer protection rules, as well as fall under the supervision of the “responsible supervisory authorities”.

Access to account information

One of the challenges to establishing new payment services is the “monopoly position” that banks currently possess when it comes to accessing the information (on funds) available on a consumers’ personal checking account. Banks are, of course, the gatekeepers that must ensure the security of current accounts and can, in that context, prohibit access to account information. On the other hand, consumers should be able to access their funds in whichever way they see fit (after all, we do not have many other options to store our earnings these days). The PSD II will require banks to allow their customers to grant TPPs access to their current accounts, under strict security conditions (Article 58). The purpose is to open up the market for new forms of competition, while alleviating any security concerns that might objectively justify a denial of access. A possible downside, however, is that banks will likely face additional costs in, e.g., setting up authentication systems and legal costs relating to unauthorized transactions.

V. The Effects of Regulation

The idea of regulating interchange fees has been fiercely debated by many actors. The economic literature on two-sided markets has developed substantially over the past decades, and a certain amount of empirical data is finally available to analyze the effects of regulation abroad on an ex-post basis. It goes without saying that card schemes and financial institutions are patently against any form of regulation or downward pressure on interchange fees. On the other side, we have competition authorities, national governments, retail (and consumer) associations that show varying degrees of opposition towards interchange.

In the following section I will briefly touch upon a number of studies that were conducted following regulatory intervention in the US and Australia and conclude with an analysis of the potential effects of the proposed IF Regulation as it currently stands.

A. Empirical evidence from regulatory intervention in the US and Australia

1. *The Durbin Amendment in the US*

On July 20, 2011, the Federal Reserve Board published “Regulation II” in the context of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, which required the adoption of rules on debit card interchange fees and network routing restrictions.⁷⁶ The regulation entered into force on October 1, 2011. In essence, the regulation capped debit card interchange fees at \$0.21 plus 0.05% of the transaction value for PIN and “signature” (i.e. where authentication requires a signature) debit card transactions.⁷⁷ The provision only applies to banks that hold assets in excess of \$10 billion (“regulated banks”). All other banks fall outside the scope of the regulation. Regulation II also prohibits “network exclusivity” arrangements, requiring all banks to make at least two unaffiliated networks available for processing any debit card transaction.

According to a two-part study published Fumiko Hayasi at the end of 2012/ spring 2013, the average debit card interchange fees decreased by 52% for regulated banks and remained roughly equal for non-regulated banks.⁷⁸ Card schemes immediately adopted a two-tier interchange fee structure to discriminate between regulated and exempt banks. As a result, the nature of competition between small and large banks changed, offering larger incentives for consumers to switch to smaller financial institutions. Another observation was that Visa’s market share for debit transactions declined in favor of MasterCard, signaling increased competition as a result of the removal of “network exclusivity” arrangements. Merchants were able to make use of network choice by routing debit card transactions through whichever scheme (infrastructure) offered the lowest *network fees*. Among merchants, a large number experienced significant savings from lower interchange fees, while certain merchant segments faced increased costs. This could be explained by the Regulations’ choice for an absolute cap.⁷⁹ Whereas schemes originally adopted different interchange fee scales for different merchant segments (e.g. according to size), post regulation, the incentives were such as to fix all interchange fees

76 See <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-07-20/pdf/2011-16861.pdf> [Accessed on November 18, 2014].

77 Credit card interchange fees were not covered by the regulation.

78 See Hayashi, 2012: 90.

79 See Sablik & Wang, 2013.

at the maximum permitted level. In particular merchants with many small transactions (<\$10) saw an increase in cost.⁸⁰

On the consumer side, initial attempts by large banks to increase cardholder fees (to recoup interchange losses) failed as they faced uproar from consumer organizations. The overall effect on *consumer welfare* depends on whether cost savings on the merchant side are passed on to consumers in the form of lower retail prices. The likelihood of pass-through depends on the level of competition among merchants, which is difficult to measure empirically. Overall merchant cost savings were estimated at \$8.3 billion, which would amount in a reduction of 7 cents on a \$40 purchase in case of perfect pass-through.⁸¹ Overall impact on consumer welfare should be measured as the difference between total merchant pass-through and the increase in bank fees as a result of revenue loss.⁸²

Evans and others (2013) published an event study that attempts to measure changes in price as a result of reduced interchange fees passed through to consumers from both ‘sides’ of the market, *i.e.* banks and merchants. The study is based on the “plausible assumption” that banks pass-through around 70% of cost *increases* to consumers, while merchants only pass-through about 50% of cost savings. Under these assumptions, the best estimate result of the event study is that consumers lost between \$22 billion and \$25 billion (from both sides of the market) as a result of Regulation II. It might paint a different picture if the ‘two-sided impact’ on debit card *users* were calculated (*i.e.* merchants on the one side and cardholders on the other). Under such an assumption, the two-sided price of debit card transactions might have actually decreased. Moreover, it is difficult to empirically substantiate the so-called “plausible assumption” that banks would pass-through a larger percentage of benefits from interchange than merchants, considering the level of competitive pressure and possibilities of consumer switching in both segments.

In more recent papers, a number of unintended consequences have come to light. There seems to be (close to) unanimous consent that Regulation II has led to higher banking costs, which has especially taken its toll on

80 F. Hayashi, 2013: 94.

81 Such small changes in price across a broad variety of retail products are almost impossible to measure. Moreover, if retailers invest cost savings into other retail services, innovation, or customer care, empirical testing is out of the question.

82 F. Hayashi, 2013: 101-102.

low-income households. Zywicki and others (2014) show that the covered banks have recouped their losses by reducing the amount of free current accounts by as much as 50% between 2009 and 2013.⁸³ They also show that the average monthly fees on current accounts doubled, and consumers shifted their payment usage towards (unregulated) credit cards. The same paper also contends that the interchange cap *contributed* to an increase of unbanked Americans by almost 1 million between 2009 and 2011. Although the effects of regulation could have been anticipated, it is hard to see how the increased cost of retail banking could be causally linked to the regulation (these effects mostly took place before the Regulation entered into force).

It would indeed seem logical that banks will seek to recoup lost revenue, although as certain authors rightly suggest, *causality* is hard to prove.⁸⁴ Smith (2014) argues that the debit card system prior to the amendment helped make banking accessible to low income households, as they are normally less profitable for banks (lower account balances translate into lower interest revenue). Interchange from higher income households (historically) helped to subsidize account fees for lower income households when debit cards were on the rise. In his paper, Smith points to a reduction in the amount of free checking accounts, as well as increased fees and minimum balance requirements as a result of Regulation II.⁸⁵ The paper also finds that banks have shifted spending incentives towards credit cards by dismantling debit card reward programs.⁸⁶

This reaction could alternatively be explained by contending that banks have been able to cunningly leverage their “*oligopolistic market power*”.⁸⁷ Interestingly, banks overall managed to achieve continued growth in the number of debit card transactions and the number of current accounts (which might mean that debit card interchange was indeed set too high). Retail banking will remain profitable, and although it would seem logical to increase prices of the least profitable accounts, this is not a socially welcome reaction and should be condemned by society.

83 Although this was offset to a certain degree by an increase in the share of exempt banks that offered free accounts. Zywicki, Manne & Morris, 2014 p. 10.

84 Smith, 2014: 375.

85 See also: Evans, Chang & Joyce, 2013.

86 *Ibid*, p. 375-379

87 See e.g. Kay, Manuszak & Vojtech, 2014.

Certain recommended actions to fix Regulation II include: additional regulation of credit card fees, introducing transparent consumer banking fee structures (including access to banking services for low income households), and a cap based on “all costs related to debit card use.”⁸⁸

2. *The Reserve Bank of Australia – card reforms*

The Reserve Bank of Australia (“RBA”) has, by far, gained the most experience when it comes to payment card regulation. The RBA gradually introduced a series of measures over a 10 year period between 2003 and 2013 covering, *inter alia*, debit and credit card interchange fees, the HACR, and the NDR.⁸⁹

The RBA first intervened in the credit card market in 2003, mainly to steer consumers towards increased use of (cheaper and more socially desirable) debit cards. The RBA capped Visa and MasterCard’s interchange fees at a weighted average maximum of 0.5% per transaction (at about half of the pre-regulated average) and abolished the HACR.⁹⁰

In 2006, the RBA introduced a weighted average cap on Visa and MasterCard’s debit card interchange fees of AUD 0.12, and a cap of AUD 0.04-0.05 for the domestic scheme (called EFTPOS). Although debit card usage proportionally increased as a result of prior the credit card reforms, a number of developments warranted intervention. Australia’s domestic debit card scheme traditionally operated through (low) bilaterally negotiated interchange fees that flowed in the opposite direction (from issuer to acquirer).⁹¹ The reverse EFTPOS interchange fees were roughly 20 cents per transaction prior to the reforms.⁹² The RBA was concerned that Visa and MasterCard’s average interchange fees (0.95% per transaction) would cause issuing banks to discontinue or at least significantly discourage the use

88 Smith, 2014: Section III.

89 See <http://www.rba.gov.au/payments-system/legal-framework/index.html> (accessed on November 19, 2014).

90 Only in relation to conditional acceptance of debit and credit cards of the same scheme.

91 This may indicate that the operators of EFTPOS considered that in order to create an efficient payment system, it was the merchant side of the market that needed to be stimulated (as opposed to the cardholder side).

92 See TransAction Resources, Review of the impact of Australian Payment Reform, Federal Reserve System Docket Number R-1404. Available at: http://www.federalreserve.gov/SECRS/2011/March/20110303/R-1404/R-1404_022211_67474_559255029499_1.pdf

of EFTPOS.⁹³ In its 2009 Annual Report, the RBA concluded that despite the small difference in previously implemented caps between EFTPOS and Visa/MasterCard, a significant amount of issuers were indeed favoring the international schemes (also in part because EFTPOS could not be used for online payments).⁹⁴ Not surprisingly, given the different caps assigned to EFTPOS and Visa/MasterCard, the RBA amended the EFTPOS cap in 2010 to correspond to the same 12 cent weighted average that applied to the international schemes.

In 2002, the RBA allowed merchant surcharging. Although evidence shows that this has been a descent *steering mechanism*, the RBA became concerned after finding evidence that merchants abused the practice. In 2013, it introduced a rule that would limit surcharges to “reasonable cost”.⁹⁵

Impact of the reforms

The impact of the reforms can best be exemplified by a series of statistics from the RBA. First, a clear result of the credit card reform is that the merchant service charges (MSCs) for accepting credit card payments declined by the same amount (see figure 3). An interesting observation is that the average MSCs also fell for the non-regulated three-party schemes (by 71 basis points for American Express and 31 basis points for Diners Club), likely as a result of increased pressure from merchants.⁹⁶

Even though American Express and Diners Club remained unregulated by the credit card reforms, evidence from a 12 year period does not suggest that the market has tipped in their favor. To the contrary, market shares (in terms of the value of all credit and charge card purchases) have remained fairly stable over the past decade (see figure 4).

Merchant acceptance increased dramatically as a result of lower card acceptance costs, almost doubling the number of payment terminals in

93 See RBA – *Reform of the EFTPOS and Visa Debit Systems in Australia: Final Reforms and Regulation Impact Statement*, April 2006, available at: <http://www.rba.gov.au/payments-system/reforms/debit-card-systems/impact-stmt-apr06/key-issues.html> (accessed on November 19, 2014).

94 Available at: <http://www.rba.gov.au/publications/annual-reports/psb/2009/html/index.html> (accessed on November 19, 2014).

95 See Australia Payment System Board Annual report 2014. Available at: <http://www.rba.gov.au/publications/annual-reports/psb/2014/pdf/2014-psb-ann-report.pdf> (accessed on November 19, 2014).

96 See e.g. Worthington, 2013: 11.

FIGURE [3] – Source: Payment Systems Board Annual Report 2014

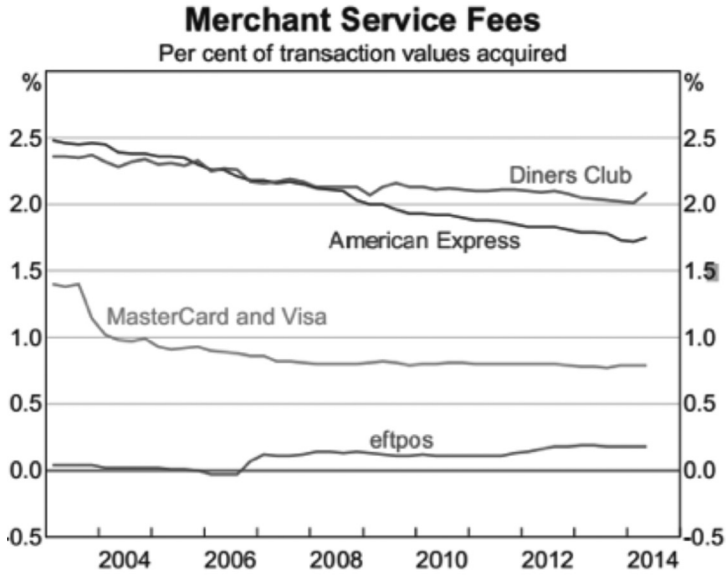
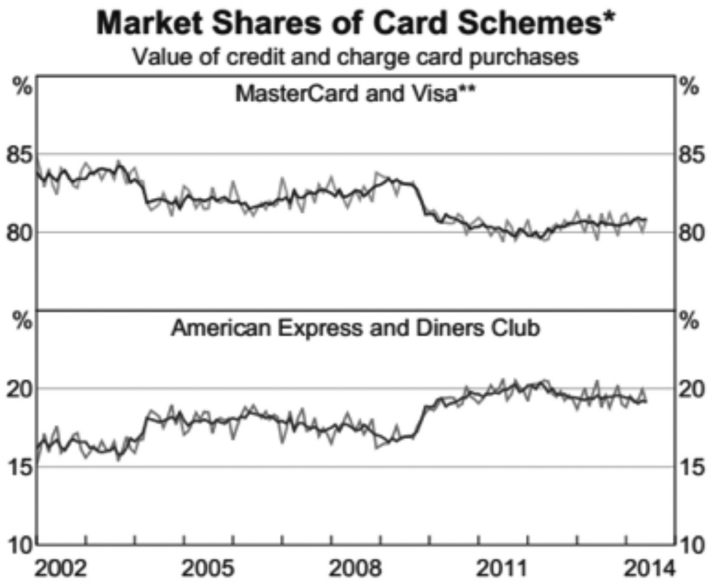


FIGURE [4] – Source: Payment Systems Board Annual Report 2014



Australia from 433,640 in 2003 to 826,769 in 2014 (see figure 5). Merchant acceptance and lower costs of acquiring have driven continued and increased growth of non-cash payments in Australia. In particular, the effects of regulation on debit card growth seem to have been exactly what the RBA intended (see figure 6).

FIGURE [5] – Source: RBA Statistics (2014)⁹⁷

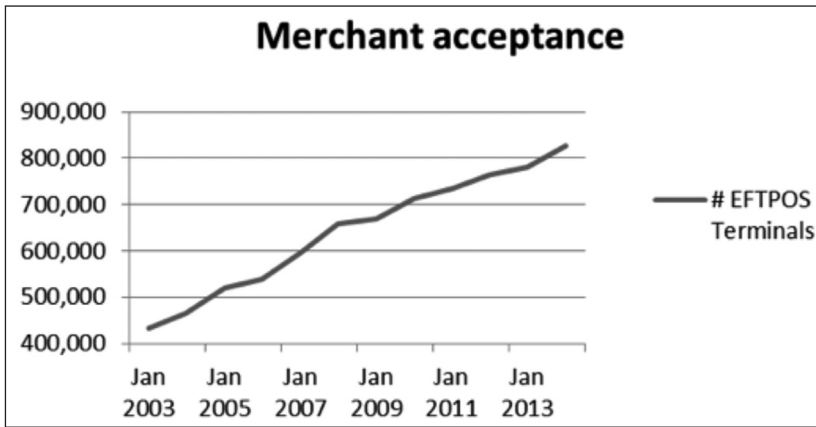
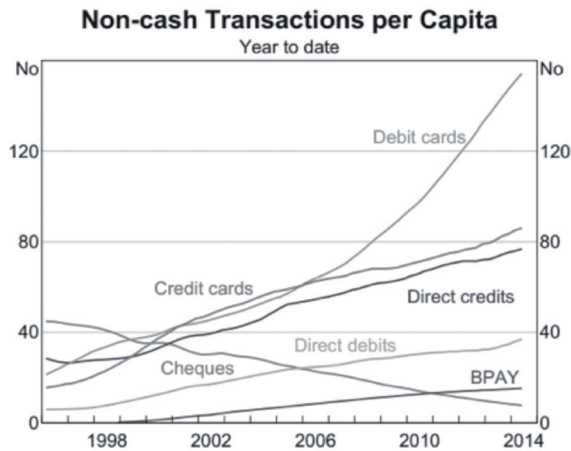


FIGURE [6] – Non-cash transactions per capita Source: Payment System Board Annual Report 2014



97 Available at: <http://www.rba.gov.au/payments-system/resources/statistics/index.html> (accessed on November 19, 2014).

On the consumer side, banking fees in Australia have clearly risen since the RBA's first intervention in 2003, and a number of authors directly link this to the RBA intervention.⁹⁸ Allan Shampine (2012) casts doubt on whether there is a clear causal link between the intervention and rising cardholder fees. In his analysis of annual fees, reward schemes, late payment fees, and overdraft fees, banks were already increasing these fees prior to the RBA intervention.⁹⁹ In a different report, data shows that the increase of cardholder fees between 1997 and 2002 was 218% as opposed to a significantly lower increase of 122% after the reforms (between 2003 and 2008).¹⁰⁰ Shampine's econometric analysis of the overall impact of the regulatory reforms on the two-sided price of card usage supports positive overall benefits. The combined savings as a result of interchange fee caps for both users (merchants and cardholders) was estimated at 38 basis points.¹⁰¹

The RBA Payment System Board 2014 annual report claims that pricing for transaction accounts remained "*largely unchanged over the past few years*" with an average "unlimited transactions account" costing AUD 4.50 per month, while some banks also offer these accounts for free.¹⁰²

The weighted average nature of the caps has triggered schemes to introduce a wide range of interchange fee categories. The flexibility offered by the weighted average caps has allowed the different schemes to actively compete for merchant and cardholder business.¹⁰³ Certain categories of "strategic" merchants are even exempt from paying interchange. It is interesting to note that the domestic EFTPOS debit card scheme overall seems to apply maximum interchange fees of 4.5 cents per transaction, as opposed to the highest MasterCard debit rate 0.91%. According to the RBA statistics, the total amount of debit card transactions between July 2013 and July 2014 was 3.9 billion, of which EFTPOS claims to have made 2.4 billion (61%).¹⁰⁴ Despite

98 See e.g. Evans, 2011: 67.

99 Shampine, 2014.

100 TransAction Resources, *Review of the impact of Australian Payment Reform*, Federal Reserve System Docket Number R-1404, p. 19.

101 *Ibid*, p. 22.

102 See Australia Payment System Board Annual report 2014, p. 31.

103 *Ibid*, p. 27-28.

104 See EFTPOS Annual Report 2014, p. 2. Available at: <http://www.eftposaustralia.com.au/docs/annual-reports/eftpos-2014-annual-report.pdf> and RBA Statistics Available at: <http://www.rba.gov.au/payments-system/resources/statistics/index.html> (accessed on November 19, 2014).

lower interchange and a declining relative market share, EFTPOS has still been capable of increasing usage and retaining the largest share of debit card transactions. Increased usage is likely to be a result of being able to attract greater merchant acceptance with lower fees. However, if EFTPOS is serious about keeping its ‘number 1’ position, it will inevitably be forced to bring its interchange fees up to par with Visa and MasterCard to remain attractive to card issuers.

The most recent reform in Australia concerns surcharging. In the RBA’s experience surcharging has been abused by merchants, often used as a tool to recover more than only the costs of acceptance. In response, on March 18, 2013, the RBA limited surcharging to ‘the reasonable cost of acceptance’, which includes the merchant service fee that the merchant pays to its financial institution.¹⁰⁵

B. Potential effects of the proposed European Payments Package

At a European level, the key rationale for regulating the (card) payment market is essentially twofold: (i) to create a true internal market for payments, and (ii) to correct market failures that have arisen as a result of (collective) market power. In light of the lessons we have learned from European competition enforcement and regulatory intervention abroad, the ‘payments package’ will reach most of its goals if the latest Council text is adopted. However, a number of issues remain that warrant further deliberation before the package is adopted.

The underlying ratio for regulating interchange fees stems, in part, from the Commission’s enforcement of the competition rules. The theory of harm that was recently upheld by the Court of Justice confirms that *multilateral* interchange fees that are set by a scheme with *market power* (in the collective interest of its members) restricts competition by creating a price floor on the acquiring market, to the detriment of merchants. The restrictive effects are aggravated, *inter alia*, by the “ratchet” effect of interchange on inter-system competition.

Bilateral Interchange fees. The IF Regulation extends the scope of the Commission’s theory of Harm to all interchange fees (including bilateral IFs). Although there is no precedent to support intervention against bilateral interchange fees, I will speculate as to why they have been included. The

¹⁰⁵ See <http://www.rba.gov.au/payments-system/surcharging/index.html>.

rationale might be found in the “must-take” nature of ubiquitous cards in combination with market power of issuing banks and other scheme rules (i.e. the HACR). Issuing banks are still “in the driver’s seat” when it comes to determining the type of card that will wind up in a consumers wallet – which in turn will also depend on the relative market position of a scheme. Merchants and acquirers will have little bargaining power as the “honor all issuers” element of the HACR will force a merchant to accept all card transactions from a certain scheme regardless of the issuing entity. As a result, issuing banks will then be able to “hold up” negotiations with the acquirer and force higher interchange fees upon them.¹⁰⁶ Therefore, even in bilateral negotiations, issuers and acquirers (who are often issuers as well) will have the same “communality of interests” in adopting “high” interchange fees.

Extending the scope to bilateral interchange fees makes sense in light of the first objective mentioned above (creating a single payments market). Adopting a rule that will apply to all inter-bank agreements on fees will create a level playing field, as domestic schemes that set fees on a bilateral basis will also be caught. Ex-ante, domestic bank schemes (to the extent they still exist) might also meet the “market power” condition at a national level.

Corporate cards. Why have corporate cards been excluded from the ‘regulated area’? Surely the theory of harm/ market failure must apply equally to corporate cards issued by member banks of the major schemes. Support can be found in the preamble of the Regulation which defines the “regulated area” as comprising all cards that are widely used by consumers (or “must-take” cards). Corporate cards can only be used for business-related transactions, and as such, cannot be “widely used” for consumer purchases (i.e. overall market share will remain low). Corporate cards are however used in many “niche” sectors that cater to business needs. The dissolution of the HACR with respect to the “non-regulated” area seems to be the main factor that would mitigate harm to merchants in these niche sectors that will continue to face non-regulated interchange fees. This will allow merchants to choose whether or not to accept these cards based on normal conditions of demand.

Three-party schemes. Three party schemes do not work with interchange fees. They do not facilitate coordination between banks and there is no “automatic compensation mechanism” that resembles the interchange fees paid between issuing and acquiring banks. Typically these schemes have internal

106 See e.g. Small & Wright, 2002.

issuing and acquiring departments that negotiate prices and conditions on each side with the respective user groups. This mode of operation is as close as it gets to the classic example of a two sided market, and as such, they should be free to negotiate differential pricing on both sides. This is why, in principle, they fall into the “non-regulated area”.

However, when three-party schemes license banks to issue their cards (or enter into agency/ co-branding agreements) the Regulation treats three-party schemes “as if” they are four party schemes. Even under such arrangements three-party schemes do not facilitate fee coordination among financial institutions. They negotiate pricing with banks and merchants individually and there is no “mechanism” in place that resembles interchange. Since three-party schemes do not have interchange fees it is quite difficult to see how and why the caps would apply. Let me start with the question “how” the caps will apply. The assumption would be that instead, the “prohibition of net compensation” would apply, with an exception up to 0.3% of the annual transaction value. It is difficult to tell how such “net compensation” would be measured, even if the most recent text includes information requirements that will be imposed on schemes.

It is unclear why these smaller three-party schemes have been brought within scope when they use licensees. As I understand it, three-party schemes only choose to work with a select number of financial institutions¹⁰⁷ after engaging in individual negotiations on the applicable terms and services. These schemes are far from being ubiquitous and have a market share of less than 5% throughout the Union.¹⁰⁸ In Australia, even after more than a decade has passed since the introduction of interchange caps, three-party schemes have not “taken over” the market despite remaining unregulated. Their business models revolve around attracting a “niche” type of cardholder (affluent consumers and businesses) who are brought in touch with specific merchant segments who in turn benefit from attracting “big spenders”. I find it hard to believe that such schemes would even want to become “widely used” within the meaning of the Regulation’s rationale as this would mean changing their business models and facing reputational damage. What is strange is that four-party scheme’s corporate cards seem to have been excluded *entirely* for

107 See e.g. Evans, 2014: Table 1.

108 *Ibid*, p. 3.

this very reason (*i.e.* they can only be used by a select group of cardholders for select types of purchases).

In sum, in the absence of interchange fees (or a similar *coordinating* mechanism) and market power, there is not a single element of the identified market failure that would apply to three-party schemes. Therefore, three-party schemes should be excluded from the scope of the IF Regulation entirely.

The most recent Council compromise text reflects the considerations above to a certain extent by allowing Member States to exempt three-party schemes when they use licensees, but only if their *domestic* market share does not exceed 5% of all domestic payment transactions, or if the scheme uses a single licensee for all issuing/acquiring (the “on-us” exemption). From an internal market perspective, it does not make sense to allow diverging practices between Member states, especially if the rationale for regulation is to create a “true internal market” for payments. If the conditional market share threshold has been introduced to ensure that three-party schemes do not become ubiquitous, I could see the policy reasons for introducing a threshold. However, first, it is unclear on what basis the 5% threshold has been established. If the threshold is meant to ensure that such schemes do not become dominant/ exert market power, why not establish a higher (Union-wide) threshold in line with, *e.g.* the Article 102 guidelines? Second, such fears seem unwarranted in light of the Australian experience and the business models of three-party schemes. Even in the absence of regulating three-party schemes in Australia, the interchange fee caps on four-party schemes has resulted in downward pressure on the MSCs of American express and Diners Club.

With respect to the “on-us exemption”, it is unclear in the current text whether the single-licensee requirement will apply at a Member State level or Union-wide. This should be clarified in the final text while taking consistency into consideration.

In light of the above, a suggestion would be to consider the following options:

- (i) Completely exempt three-party schemes, or;
- (ii) Establish a Union-wide market share threshold set at a level which has a concrete basis in fact or law, or;
- (iii) If the market share threshold is set at a Member State level, then the “on-us” exemption should also apply at a Member State level.

Interchange fee caps. The Commission has remained open to the idea that a certain “balancing mechanism” might be able to fulfill the conditions of Article 101(3) TFEU as long as harm is mitigated on the merchant side. The proposed weighted-average interchange fee caps of 0.2% and 0.3% in Articles 3 and 4 of the IF Regulation are clearly based on the commitments offered by Visa and MasterCard in the context of the Commission’s antitrust investigations.

The theoretical model (the MIT) used to calculate these fee levels is based on the cost of cash and the underlying data was sourced from a few central bank studies that were available in 2009. The Commission outsourced a more recent and extensive pan-European cost study that yielded lower interchange fees, based on preliminary results.¹⁰⁹ The cost of cash, however, is a fairly awkward variable in the model, especially because cash costs rise as more efficient payment methods become prevalent (such as debit cards with low fees).¹¹⁰ The cost of cash (as well as the efficiency of other payments) is also highly dependent on specificities at a Member State level. Although the MIT find support in the economic literature, it is still a model that will always be subject to discussions on the optimal variables, assumptions, data, etc.

The goal of the IF Regulation is to create a “working internal market” for payment cards. As we have seen, the current levels of interchange fees differ significantly between Member States and merchants cannot make use of cheaper acquiring ‘abroad’. Bringing all interchange fees down to a common threshold will at least solve the “diverging MIF” problem and is a good step towards creating an internal market. At least, despite any arguments that can be raised against the MIT, it has been “accepted” by Visa and MasterCard in the context their antitrust commitments and allows some “balancing” between the issuing and acquiring sides of the market.

Luckily the Council introduced the option for schemes to apply a “weighted average” MIF, which will circumvent the “cartel-like” effects of introducing an absolute cap. For example, in the US, absolute caps resulted in all firms applying the exact same fees (which in some sectors actually raised acceptance costs for merchants). As we have learned from the Australian intervention, the ability

109 The preliminary results of this test show MIT compliant MIFs ranging between 0.02% and 0.11% for debit and between 0.07% and 0.15% for credit cards. See http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/presentation_results_en.pdf (accessed on November 20, 2014).

110 See Bolt, Jonker & Plooij, 2013.

to introduce a variety of fee categories can be beneficial to merchants and cardholders while allowing scheme differentiation. In the US, introducing a fixed cap resulted in mixed results, and mainly increased costs for the smallest merchant categories.

Interestingly, the Regulation gives Member States the option to apply lower MIFs at a domestic level (all the way down to zero as I understand it). This seems to be slightly contrary to the ratio of adopting a Regulation (why not a Directive, if minimum harmonization is the goal?). It also seems to be at odds with the goal of creating a single payments market (why still allow diverging IFs?). Certain Member States currently have schemes in place that operate efficiently with much lower interchange fees, or none at all. These Member States fear that introducing the cap will have adverse effects on ‘domestic’ schemes and create the incentive to introduce, or raise interchange fee levels. If a compromise solution is desirable, allowing Member States to adopt lower caps will make sense if the rules on “cross-border acquiring” are amended to allow the domestic cap to apply (as opposed to the fixed caps currently called for in Articles 3(1) and 4 of the IF Regulation). Such a rule would increase the bargaining power of acquirers towards the schemes and could ultimately result in downward pressure on IFs towards zero.

Why not simply ban interchange fees?

If indeed interchange fees as a “mechanism” are conducive to restricting competition and are now considered *illegal* under EU law, why not simply ban the mechanism?

For debit cards, unlike in the US, European cardholders do not typically receive rewards. Debit cards are issued with every checking account and are necessary to access funds on a bank account (either in the form of cash withdrawals at ATMs or purchasing good/services from merchants). Consumers are well aware of the benefits of using cards and do not need to be “stimulated” to use them. Throughout the EU there were 727 million cards in circulation (1.44 per capita) of which 63% were debit cards.¹¹¹ Evidence would suggest that stimulating increased usage is best achieved on the merchant side. Although banks will lose revenue from the abolition of interchange fees, issuing and acquiring is likely to remain profitable. The EU Sector Inquiry on Retail Banking (2006) concluded that “*if that part of total income due to*

¹¹¹ See European Commission, 2013: 12.

*interchange fees were to be taken out, 62 of the 100 institutions reporting positive ratio profits would nevertheless remain profitable. These findings may partly be explained by the likelihood that the income from cardholder fees and interest may make issuing profitable anyway.*¹¹²

Even though it is still likely that banks will try to recover lost revenue, the detrimental effects on account fees that we have seen in the US will not occur for two reasons. First, Directive 2014/92 entered into force on October 28, 2014, which will ensure that low income households will have (free) access to basic retail banking services.¹¹³ Recital 46 states that “[i]n order to ensure that payment accounts with basic features are available to the widest possible range of consumers, they should be offered free of charge or for a reasonable fee.” Article 17 clarifies that one of those “basic features” is access to a debit card with POS functionality and access to an online payment method that is valid throughout the Union:

(c) services enabling cash withdrawals within the Union from a payment account at the counter or at automated teller machines during or outside the credit institution’s opening hours;

(d) execution of the following payment transactions within the Union

(ii) payment transactions through a payment card, including online payments

Second, when examining account fees on a Member State level, there seems to little or no correlation between the existence of (high) MIFs and lower account fees. The Impact Assessment shows that in Denmark, for example, while the domestic card scheme does not have interchange fees, current account fees are “*well below the EU average*”.¹¹⁴ In the 2006 Sector Inquiry, the Commission did not find a significant negative correlation between cardholder fees and interchange fees.¹¹⁵

Credit cards, on the other hand come paired with additional services and rewards that may benefit cardholders. Card schemes could still offer a portfolio of card products with different “benefit packages” to banks at a predefined cost

112 European Commission, 2006: 70.

113 See Directive 2014/92/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on the comparability of fees related to payment accounts, payment account switching and access to payment accounts with basic features, OJ L 257 (August 28, 2014).

114 See European Commission, 2013: 56.

115 See Sector Inquiry, section 2.1.1, p. 56.

(or even for free). Issuing banks would simply offer such additional services at a price they think they could sell it for (under the normal conditions of supply and demand) to consumers – or even offer them for free in premium payment packages subject to a blended price of services (which again would be the consumers’ choice).

In light of the identified “market failure” and internal market considerations, the final Regulation should either:

- (i) Ban all interchange fees, or;
- (ii) Impose the current weighted average caps for both debit and credit cards, while allowing lower MIFs at a Member State level if – and only if – the interchange fees for cross-border acquiring are set at the level applicable in the country of the acquirer. The entire purpose of a regulation (as opposed to a directive) is to ensure harmonization. If Member States can continue to define “domestic” fee levels, this issue of diverging prices across the EU will remain unless merchants can make use of these lower fees in other Member States.

Surcharging. If the ubiquitous “must take” cards are regulated it makes perfect sense to ban surcharging for these cards. For the non-regulated cards, the removal of the HACR will allow merchants to choose whether to accept non-regulated cards, which in turn will depend on the perceived benefits of acquiring additional payment services. There is no reason to allow surcharging at all if there is sufficient merchant choice for non must-take cards. Even capping surcharges at “reasonable cost” will be impossible to enforce. A more desirable option would be to allow steering in the form of merchant rebates. Merchants would be able to offer consumers a discount if they pay with the most efficient card type.

Suggested change:

- (i) Ban surcharging entirely and allow merchants to offer rebates instead.

Open Access. As hinted at earlier in this paper, it is unclear why the open access exemption for three-party schemes has been removed. The rationale seems to be to allow PSPs to offer their clients access to the ‘most essential payment systems’ needed to offer clients the ability to pay throughout the Union. It is also unclear whether the access requirement only applies to the

infrastructure or also access to the *brand*. If the former is true, open access might allow acquiring institutions to ‘route’ transactions through the cheapest available network which will stimulate price competition. However, if the requirement relates to *brand access*, it might force smaller “niche” schemes to offer ubiquitous services to all PSPs on a non-discriminatory basis. This does not seem to be a desirable consequence and the text should therefore be amended accordingly.

TPPs. The inclusion of TPPs within the scope of the PSD will stimulate market entry and innovation, to the benefit of consumers throughout the Union. Since TPPs will be subject to strict security requirements and supervisory oversight there should be little to complain about.

VI. CONCLUSION

The European Commission, Parliament, and Council should be applauded in their ambition to create a single market for European payment services. As it currently stands, the latest drafts of the PSD II and IF Regulation will effectively change the retail payment landscape throughout the Union and will seek to correct market failures in the market for payment cards. The PSD II will particularly increase competition by allowing third party payment service providers (TPPs) access to payment accounts. Such TPPs will be able to actively compete with traditional payment service providers (PSPs) that have been able to lock-up the market. This will result in more consumer choice, competition and innovation, while all players will be subject to the same strict security requirements and supervision.

The IF Regulation will result in increased merchant acceptance of “must take” cards throughout the Union by removing the collectively imposed mechanism (interchange fees) that has created a price floor on the cost of acceptance. Evidence from Australia shows that increase acceptance will in turn significantly increase (debit) card usage which is a favorable result in light of its efficiency compared to other payment methods. Moving towards a cashless society will increase social welfare throughout the Union and arguably the best way to achieve this is to stimulate acceptance on the retailers’ side.¹¹⁶ The IF Regulation also removes other restrictive business rules that “tie” more expensive cards to the ubiquitous credit and debit cards. For all non-regulated

¹¹⁶ Jonker, Nicole, 2013 “Social Costs of POS Payments in the Netherlands 2002-2012: Efficiency gains from increased debit card usage”, DNB Occasional Studies, Vol. 11/No. 2.

cards, merchants will be free to accept such payment methods as long as they see clear benefits in doing so. Whether we will see new pan-European players emerge as a result of the Regulation remains to be seen. In any event, new schemes will not be forced to offer issuing banks ever increasing revenue streams to be able to compete with the dominant incumbents. The nature of competition will surely change and the incentives will be in place to compete on the basis of efficiency and lower (two-sided) prices. The European Central Bank has conveyed its preference for the emergence of a new pan-European card scheme.¹¹⁷ Visa and MasterCard however, remain at an advantage despite the inclusion of access requirements and separation of scheme and processing. This is largely due to their vast global and membership-based networks that will also continue to support payments from EU cardholders outside of the EU. If new card schemes emerge in the future, Visa and/or MasterCard products will, if nothing else, always be co-badged with such cards to ensure interoperability beyond our borders.

Admittedly, banks will seek to recover lost revenue from interchange fees elsewhere. Financial institutions have become subject to many new regulatory requirements following the financial crisis. However, in the attempt to recover profitability, the most vulnerable consumers should not pay the price. Directive 2014/92 will work alongside the payment package to prevent this from happening and will subject banks to further transparency requirements that will facilitate competition on a European level. The unintended consequences of Regulation II in the US will not prevail in the EU.

Despite the significant efforts that have been made to date, a number of issues remain that warrant further deliberation before the package is adopted.

The key rationale for regulating the (card) payment market is essentially twofold: (i) to create a true European market for payments, and (ii) to correct market failures that have arisen as a result of (collective) market power. In order to fully bring the legislative package in line with the identified objectives, the following amendments should be considered before it enters into force:

Three-party schemes: Since three-party schemes do not have interchange fees (or a similar *coordinating* mechanism) and are far from being “ubiquitous”, there is not a single element of the identified *market failure* that would objectively justify extending the scope of the IF caps to them when they license select institutions to issue or acquire cards or enter into agency/co-badging

¹¹⁷ See ECB, 2014, p. 32.

arrangements. As far as internal market considerations are concerned, there is no evidence that leaving them unregulated will result in an “un-level playing field.” Therefore, three-party schemes should be excluded from the scope of the IF Regulation entirely. It is understandable that four-party schemes have pushed hard for the regulation to apply to all card schemes alike in order to preserve their relative market shares. However, the European legislative process should be based on sound points of fact and law. Alternatively, a pan-European market share threshold should be introduced to bring the currently proposed exemption in line with single market considerations. When applying the same rationale (*i.e.* a lack of market power) to the open access requirements in Article 29 of the PSD II, three-party schemes should be exempt.

Interchange fee caps. If indeed interchange fees as a “mechanism” are conducive to restricting competition and are now considered *illegal* under EU competition law, why not *simply ban the mechanism*? Two-sided “balancing” will still be possible by applying differential scheme fees between issuers and acquirers. The parameters of competition will change and take place on objective grounds such as efficiency, pricing, and branding.

Surcharging. Since the IF Regulation will mitigate merchant harm and increase transparency and choice, surcharging should be banned across the board. A more desirable option would be to *allow steering in the form of merchant rebates*.

REFERENCES

BOLT, Wilko, JONKER, Nicole & PLOOIJ, Mirjam

2013 “Tourist Test or Tourist Trap? Unintended consequences of debit card interchange fee regulation”, *De Nederlandsche Bank*, Working Paper No. 405, December.

BÖRESTAM, A., & SCHMIEDEL, H.

2011 “Interchange Fees in Card Payments”, The European Central Bank, ECB Occasional Paper Series, No. 131, September.

EUROPEAN CENTRAL BANK

2014 “Card Payments in Europe – a Renewed Focus on SEPA for Cards”, April.

EUROPEAN COMMISSION

2013 “Commission staff working document, Impact assessment accompanying the PSD and MIF Regulation”, July 24, (SWD 2013/288), available at: http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/130724_impact-assessment-full-text_en.pdf (accessed on November 7, 2014).

2012 “European Commission COM/2011/0941, Green paper toward an integrated market for card, internet and mobile payments”, January 11, final. For the consultation replies, see: http://ec.europa.eu/finance/payments/cim/index_en.htm [Accessed on November 7, 2014]

2009 “Antitrust: Commissioner Kroes notes MasterCard’s decision to cut cross-border Multilateral Interchange Fees (MIFs) and to repeal recent scheme fee increases—frequently asked questions”, April 1, MEMO/09/143, available at: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/143&type=HTML> [accessed on November 4, 2014]

2006 “Interim Report I Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking”, April 12.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK

2012 “Information Paper on Competition Enforcement in the Payments Sector”, ECN Subgroup Banking and Payments, March.

EUROPEAN COUNCIL

2014 “Proposal for a regulation of the European parliament and of the council on interchange fees for card-based payment transactions- Presidency compromise” (file 2013/0265(COD), October 15, available at: (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14355-2014-INIT/en/pdf>) (accessed on October 30, 2014).

EUROPEAN PARLIAMENT

2014 “Amendments adopted by the European Parliament on 3 April 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions and Amendments

adopted by the European Parliament on 3 April 2014 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/EU and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC”, files: 2013/0265(COD) and 2013/0264(COD), April 3, available at: (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0279+0+DOC+XML+V0//EN>) and (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0280+0+DOC+XML+V0//EN>) [accessed on October 30, 2014].

EVANS, D.

2014 “How The Proposed Payments Legislation Will Restrain Competition Among Payment Card Schemes And Harm Consumers In The European Union”, SSRN, October 1.

2011 “Interchange Fees: The Economics and Regulation of What Merchants Pay for Cards”, Competition Policy International.

EVANS, David S., CHANG, Howard & JOYCE, Steven

2013 “The Impact of the U.S. Debit Card Interchange Fee Regulation on Consumer Welfare: An Event Study Analysis”, Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper no. 658, October.

HAYASHI, F.

2012 “The New Debit Card Regulations: Initial Effects on Networks and Banks”, Federal Reserve Bank of Kansas City, Economic Review – Fourth Quarter.

2013 “The New Debit Card Regulations: Effects on Merchants, Consumers, and Payments System Efficiency”, Federal Reserve Bank of Kansas City, Economic Review – First Quarter.

JONKER, Nicole

2013 “Social Costs of POS Payments in the Netherlands 2002-2012: Efficiency gains from increased debit card usage”, *DNB Occasional Studies*, Vol. 11/No. 2.

KAY, Benjamin, MANUSZAK, Mark D. & VOJTECH, Cindy M.

2014 “Bank Profitability and Debit Card Interchange Regulation: Bank Responses to the Durbin Amendment”, Boston Fed Paper, March, available at: http://www.bostonfed.org/payments2014/papers/Cindy_M_Vojtech.pdf (accessed on November 19, 2014).

ROCHET J.-C., & TIROLE, J.

2011 “Must-Take Cards: Merchant Discounts and Avoided Costs”, *Journal of the European Economic Association*, Volume 9, Issue 3, June.

2008 “Must-Take Cards: Merchant Discounts and Avoided Costs”, *Mimeo, Toulouse school of Economics*.

- 2006 “Two-sided Markets: a Progress Report”, *RAND Journal of Economics*, 37(3).
- 2004 “Two-sided Markets: An Overview”, Institut d’Economie Industrielle.
- SABLIK, T. & WANG, Zhu
- 2013 “Welfare Analysis of Debit Card Interchange Fee Regulation” Federal Reserve Bank of Richmond, October.
- SHAMPINE, Allan
- 2014 “Testing Interchange Fee Models Using the Australian Example”, available at; <http://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2012/09/allan-shampinepaper.pdf> [Accessed on November 19, 2014]
- SMALL, John & WRIGHT, Julian
- 2002 “The Bilateral Negotiation of Interchange Fees in Payment Schemes”, Unpublished Working Paper, 2002.
- SMITH, A.H.
- 2014 “Durbin’s Defect: The Impact of Post-Recession Legislation on Low-Income Consumers”, *New York University Law Review*, April, Volume 89: 363.
- VICKERS, J.
- 2005 “Public Policy and the Invisible Price: Competition Law, Regulation and the Interchange Fee”, Proceedings of a Conference on ‘Interchange Fees in Credit and Debit Card Industries’, Federal Reserve Bank of Kansas City, May 4.
- WORTHINGTON, Steve
- 2013 “Regulatory Interventions and Their Consequences in the Australian Payment System”, *Australian Center for Financial Studies*, Commissioned Paper Series, October 28.
- WRIGHT, J.
- 2012 “Why payment card fees are biased against retailers”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 43 number 4.
- ZYWICKI, T.J., MANNE, G.A. & MORRIS, J.
- 2014 “Price Controls on Payment Card Interchange Fees: The U.S. Experience”, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, (14-18).
- 2011 *Interchange Fees: The Economics and Regulation of What Merchants Pay for Cards*, Competition Policy International.



AUXÍLIOS DE *MINIMIS* 2014-2010: NOTAS À LUZ DO REGULAMENTO (UE) N.º 1407/2013

Ricardo Pedro¹

ABSTRACT: *The European Commission issued revised rules on de minimis State aid for the period 2014–2020. This article analyses the new de minimis aid Regulation (Regulation 1407/2013). It describes the framework of the de minimis aid, in particular, definition, scope, essential elements, reference period, form, conditions of transparency, cumulation and monitoring. Moreover, it presents the main features of this Regulation, as well as the problems to be tackled.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Regime. 1.1. Noção de *de minimis*. 1.2. Âmbito. 1.3. Elementos essenciais. 1.4. Data de concessão. 1.5. Forma de concessão. 1.6. Fonte do financiamento. 1.7. Transparência. 1.8. Cumulação. 1.9. Monitorização. 2. Novidades e tópicos problemáticos.

INTRODUÇÃO

Começamos este estudo por afirmar que o tema em análise em si não é novo, quer no quadro das políticas², quer no quadro do Direito da União Europeia³. Apesar

1 Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde também é doutorando.

2 *Commission of the European Communities, Fourteenth Report on Competition Policy, Published in conjunction with the Eighteenth General Report on the Activities of the European Communities 1984, Brussels, Luxembourg, 1985*; Comissão das Comunidades Europeias, XXI Relatório sobre a Política de Concorrência 1991, publicado conjuntamente com o XXV Relatório Geral sobre a Atividade das Comunidades Europeias 1992, Bruxelas, Luxemburgo, 1992; Comunicação da Comissão relativa aos auxílios *de minimis* (96/C 68/06), e Comissão Europeia, Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias, Volume IIA, Regras Aplicáveis aos Auxílios Estatais, Situação em 30 de junho de 1998, Bruxelas, Luxemburgo, 1999. Todos estes documentos, e os restantes não especificamente citados, estão disponíveis na *internet*, podendo ser encontrados através de uma pesquisa confortável a partir do título.

3 Artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 994/98, do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º (ex-artigos 92.º e 93.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 733/2013, de 22 de julho de 2013, que altera o Regulamento (CE) n.º 994/98, relativo à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado

de não se tratar de um tema com tratamento *ex novo*, o regime que o envolve tem sido objeto de intensa discussão⁴ e tem evoluído à medida que os novos regulamentos *de minimis* são publicados em substituição do regime anterior.

A título meramente introdutório, pode afirmar-se que o novo regime jurídico dos auxílios *de minimis*, previsto no Regulamento (UE) n.º 1407/2013⁵ (de ora em diante Regulamento), produz relevantes alterações em alguns pontos do regime imediatamente anterior⁶, embora, na maioria, mantenha as regras e a prática anteriores – o que não quer dizer, como se verá mais adiante, que não apresente novidades e tópicos problemáticos⁷, justificando, por isso, uma descrição tão completa quanto possível do atual regime, assim como, a identificação das novas regras e, sobretudo, de alguns dos principais problemas que o regime em análise pode revelar aquando da sua aplicação.

Os auxílios *de minimis* apresentam-se como um regime que encontra a sua justificação no facto de se tratar de auxílios públicos que afetam o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os beneficiários ocupam no mercado dos produtos em causa⁸ e o montante em

que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais; Regulamento (CE) n.º 69/2001 da Comissão, de 12 de janeiro de 2001, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios *de minimis*, e Regulamento (CE) n.º 1998/2006, da Comissão, de 15 de dezembro de 2006 relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado aos auxílios *de minimis*. Cf., ao nível jurisprudencial, a título de exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça: de 10 de julho de 1986, *Bélgica/Comissão*, processo 234/84; de 13 de fevereiro de 2002, *Renove II*, processo C-409/00, e de 3 de março de 2005, *Heiser*, processo C-172/03. E na nossa jurisprudência, entre muitos, acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: de 3 de julho de 2013, processo 084/13, e de 23 de abril de 2014, processo 0150/14. Por fim, na doutrina, entre muitos, Andrew Evans, 1997: 99-106; Zenha Martins, 2002: 381-409; Smits & Donny, 2005: 171 e ss; Hancher, Ottervanger & Slot, 2006: 182 e ss; Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 409-449, e Heidenhain, 2010: 61-72.

4 *Consultation on the first draft of the new de minimis Regulation replacing Regulation No 1998/2006*, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis/index_en.html. Nestes trabalhos preparatórios destacam-se duas questões controvertidas: (i) o valor máximo do auxílio *de minimis*, defendendo muitos EM a sua elevação para € 500.000 e (ii) o estabelecimento de um registo central de *de minimis* em cada EM. Para uma noção ampla de todos os trabalhos preparatórios que antecedem o regime em estudo, IP/13/1293.

5 Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis*, retificado pela Retificação do Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis*.

6 Regulamento (CE) n.º 1998/2006, da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado aos auxílios *de minimis*.

7 Para além do problema inerente a este tipo de auxílios, isto é, a sua difícil caracterização. Neste sentido, Smits & Donny, 2005: 188.

8 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de julho de 1969, *Völk/Vervaecke*, processo 5/69.

causa ser considerado demasiado diminuto para afetar de forma significativa as trocas comerciais entre os Estados membros (EM). Trata-se de um regime para pequenas medidas de ajuda pública que, não afetando nem ameaçando afetar a concorrência, deve ser simples e providenciar segurança jurídica às autoridades públicas e aos beneficiários.

Por outro lado, trata-se de um auxílio que surge no contexto de um regime de Direito da União Europeia que é o da *proibição dos auxílios estatais*. Ou seja, como pano de fundo, encontram-se a *regra* da proibição dos auxílios estatais prevista no artigo 107.º/1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e as *exceções* a esta regra, previstas no artigo 107.º/2/3 do TFUE, que admitem a concessão, sem qualquer violação às regras anticoncorrenciais, de certos auxílios.

Por outro lado ainda, apesar de no leque das exceções referidas não se encontrar, expressamente, previsão para o regime *de minimis*, verifica-se que, de acordo com o artigo 109.º do TFUE, o Conselho pode fixar as categorias de auxílios isentas da obrigação de notificação do auxílio à Comissão. Em concretização desta habilitação, o Conselho, ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 994/98, decidiu que os auxílios *de minimis* poderiam constituir uma dessas categorias⁹. Face a esta norma de habilitação, a Comissão aprovou o Regulamento em análise¹⁰, que prevê auxílios compatíveis com o mercado comum, os quais beneficiam de uma isenção de pleno direito, não sendo exigida prévia notificação à Comissão¹¹.

Em suma, deve entender-se que o Regulamento não inclui auxílios de Estado, para efeitos do artigo 107.º TFUE, antes prevê auxílios com efeito de exígua relevância sobre o mercado comum, cuja admissão e caracterização está na disponibilidade da Comissão – mantendo-se, assim, a presunção legal de que as medidas *de minimis* não têm efeito sobre o mercado interno¹².

9 Sobre esta “enabling regulation”, Hancher, Ottervanger & Slot, 2006: 183 e ss., e Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 411.

10 Assim como serviu de base à aprovação dos regulamentos que o antecederam, nota 3. Por outro lado, importa que fique claro que a intervenção da União nesta matéria não ocorre ao abrigo do princípio da subsidiariedade, mas que a União detém competências exclusivas nesta matéria (art. 3.º/1-b) do TFUE).

11 Smits & Donny, 2005: 171.

12 *Commission Staff Working Document Impact Assessment – accompanying the document – commission regulation (EU) no .../... – on the application of articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid – {c(2013) 4448 final} {swd(2013) 522 final} – Brussels, 18.7.2013 swd(2013) 521 final*, p. 40.

O Regulamento entrou em vigor em 1 de janeiro de 2014 e é aplicável até 31 de dezembro de 2020, sendo obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os EM. No entanto, o regime imediatamente anterior, a que este regulamento sucede, dispõe no artigo 5.º/3 que, no termo da sua vigência, os auxílios *de minimis* que preenchem as condições nele previstas podem ser validamente aplicados por um período adicional de seis meses, isto é, até ao final de junho de 2014 – oferecendo aos EM tempo suficiente para se adaptarem ao novo regulamento.

Das normas transitórias previstas pelo Regulamento, é de destacar a que refere que todos os auxílios *de minimis* individuais concedidos ao abrigo dos dois anteriores regulamentos não preenchem todos os critérios enunciados no artigo 107.º/1, estando, por isso, isentos da exigência de notificação prevista no artigo 108.º/3, ambos do TFUE.

Por fim, como é já comum neste tipo de regulamentação, o Regulamento estabelece que, na sua vigência, todos os regimes de auxílios *de minimis* que preenchem as condições aí previstas permanecem abrangidos pelo presente regulamento por um período adicional de seis meses.

1. REGIME

1.1. Noção de *de minimis*

O Regulamento não apresenta uma noção de auxílio *de minimis*, apenas se podendo extrair daí que as medidas de auxílio que (i) não preenchem todos os critérios estabelecidos no artigo 107.º/1 e (ii) se reunirem as condições estabelecidas no Regulamento estão isentas da obrigação de notificação prevista no artigo 108.º/3, ambos do TFUE. Ou seja, uma noção de *de minimis* tem de se encontrar a montante – por apelo à sua *ratio iuris* –, isto é, por consideração das razões que justificam que tais auxílios estejam isentos de notificação à Comissão.

Uma das razões resulta do facto de se considerar que tais requisitos não se verificarão se tais auxílios não falsearem nem ameçam falsear a concorrência¹³. Os efeitos a considerar sobre a concorrência no mercado interno são os que resultam, não apenas da medida individual, mas também dos efeitos agregados dos pequenos auxílios sobre determinado setor de atividade. Em suma, a razão

13 Para outros desenvolvimentos, M. D' Sa, 1999: 100-102 e 107-111, e Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 409 e ss.

da admissão destes auxílios encontra-se na não afetação do mercado interno – o que terá por consequência imediata a desnecessidade dos EM notificarem a Comissão de tal auxílio, concedendo direta e rapidamente o auxílio.

Outra das razões – a mais pragmática – ancora-se na necessidade da Comissão, dos EM e das empresas¹⁴ reduzirem o peso burocrático que o procedimento de controlo deste auxílio implicaria¹⁵. Trata-se de um auxílio que, pelo seu baixo valor, serve o propósito e é usado de modo a evitar uma análise detalhada dos pequenos auxílios.

Em suma, apesar de os auxílios *de minimis* terem “cheiro” a auxílios de Estado, não são auxílios de Estado para efeitos do artigo 107.º/1 do TFUE – mas antes auxílios com um regime próprio que, pelo baixo valor em causa, a Comissão entende que os mesmos não afetam, nem potenciam afetar a concorrência. Os auxílios *de minimis* são identificados como um regime que procura o equilíbrio entre a simplificação e a não distorção da concorrência do mercado comum, e que deverá sempre consubstanciar uma ferramenta de aplicação simples para os EM.

Em sentido ontológico, trata-se de um *auxílio* e de *Estado*, pelo que neste sentido sempre será um auxílio suportado por fundos públicos (nacionais ou europeus). No entanto, em sentido operativo, assim não será porque lhe é atribuído um estatuto jurídico distinto dos auxílios de Estado, cuja caracterização deve refletir uma fácil interpretação, uma grande flexibilidade e uma rápida e eficaz aplicação, com baixos custos administrativos¹⁶.

Em suma, a regulamentação *de minimis* deve conter definições e condições que sejam facilmente aplicáveis, atendendo a que estão em causa auxílios de pequeno montante potencialmente com fraco impacto sobre o mercado comum. A importância deste regime revela-se no facto de, caso inexistisse, a consequência seria de que mesmo os pequenos auxílios deveriam ser notificados. A sua caracterização revela-se no facto de estarem em causa *auxílios de pequeno montante*, sujeitos na sua concessão a *condições mínimas* e envolvendo *custos administrativos baixos* quando comparados com os auxílios de Estado.

14 Apesar de, em princípio, o presente regulamento não impor um custo administrativo direto sobre as empresas, mas apenas sobre as autoridades públicas, na prática, tudo depende do modelo de controlo de auxílios adotado por cada EM. Assim, caso o modelo perfilhado não seja o do *registo central*, mas o da *declaração das empresas*, recai sobre estas o dever de suportar todos os custos que garantam o cumprimento daquela obrigação.

15 IP/06/1765 e IP/13/1293.

16 *Commission Staff Working Document...*, p. 6. A pedra de toque das características referidas é oferecida pela desnecessidade de notificação do auxílio.

Em termos jurídicos, está em causa um auxílio ou medida de auxílio que beneficia de uma *presunção legal ilidível*¹⁷ de não afetação do mercado, podendo, por isso, ser concedido através do cumprimento de condições menos exigentes do que as previstas para os auxílios de Estado.

1.2. Âmbito

De acordo com o Regulamento, em regra, o regime *de minimis* aplica-se a empresas de todos os setores com exceção das empresas aí elencadas. Ou seja, consideradas todas as exceções, o intérprete deverá entender que são de incluir todas as restantes empresas.

Apesar de os montantes serem baixos, não se deve considerar que tais auxílios se dirigem somente a pequenas e médias empresas (PME), pois o Regulamento não faz a distinção, sendo, portanto, de aplicar tanto às PME como às grandes empresas – ainda que historicamente os auxílios *de minimis* tenham sido desenvolvidos para beneficiar as PME e que, na prática, as PME sejam, de facto, o principal grupo beneficiário destes auxílios¹⁸.

Note-se que os beneficiários devem ser as empresas, pelo que, sempre que um auxílio *de minimis* seja implementado através de um *intermediário financeiro*, deve ser assegurado que este não recebe qualquer auxílio. Esta obrigação deve ser garantida pelos EM. Tendo em vista esta garantia, devem evitar-se, como princípio, situações complexas com vários intermediários ou situações de grande opacidade.

Em sede de exceções são taxativamente referidas as empresas *que desenvolvem atividades nos seguintes setores*:

(i) Da pesca¹⁹ e da aquicultura, abrangidos pelo Regulamento (CE) n.º 104/2000 do Conselho. Este regulamento foi entretanto substituído²⁰.

17 Sinnave, 2014: 262.

18 Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 63. Aliás, em certos instrumentos específicos, como sejam, as medidas de financiamento de risco, a Comissão identifica a sua necessidade apenas para as PME, como se pode ver na Comunicação da Comissão com as Orientações relativas aos auxílios estatais que visam promover os investimentos de financiamento de risco (2014/C 19/04), ponto 2.21.

19 Regulamento (CE) 875/2007, da Comissão, de 24 de julho, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios *de minimis* no setor das pescas e que altera o Regulamento (CE) n.º 1860/2004, entretanto substituído pelo Regulamento (UE) n.º 717/2014, da Comissão, de 27 de junho de 2014, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis* no setor das pescas e da aquicultura.

20 Este regulamento foi entretanto revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1379/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, que estabelece a organização comum dos mercados dos produtos da pesca e da aquicultura, altera o Regulamentos (CE) n.º 1184/2006, e (CE) n.º 1224/2009 do Conselho e revoga o Regulamento (CE) n.º 104/2000, do Conselho.

O novo regulamento define o setor da pesca ou da aquicultura do seguinte modo: “o setor da economia que inclui todas as atividades de produção, transformação e comercialização dos produtos da pesca ou da aquicultura”.

(ii) Da produção primária de produtos agrícolas²¹⁻²².

(iii) Da transformação e comercialização de produtos agrícolas, nos seguintes casos: sempre que o montante dos auxílios seja fixado com base no preço ou na quantidade dos produtos adquiridos junto de produtores primários ou colocados no mercado pelas empresas em causa, ou sempre que os auxílios estejam subordinados à condição de serem total ou parcialmente repercutidos nos produtores primários²³.

Apesar das referidas exclusões, caso estas empresas desenvolvam atividades em setores ou atividades não excluídos, o Regulamento deve aplicar-se a estes setores ou atividades, se os EM garantirem a devida separação das atividades ou custos das diferentes atividades ou setores não excluídos²⁴.

Estão também excluídos os auxílios relacionados com a (iv) exportação para países terceiros²⁵ ou EM. As razões desta exclusão encontram-se nos acordos que a União mantém com a Organização Mundial do Comércio e no facto de este tipo de auxílio tender a afetar de forma mais intensa o mercado do que outros auxílios²⁶.

21 Regulamento (UE) n.º 1408/2013, da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis* no setor agrícola.

22 São, portanto, estabelecidas regras especiais *de minimis* para os setores da pesca, aquicultura e agricultura, por se entender que os valores previstos no regulamento em análise se aplicados àqueles setores poderiam falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

23 O fundamento para esta opção encontra-se no acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de dezembro de 2002, *França/Comissão*, processo C-456/00, ao estabelecer que “a partir do momento em que a União tenha adotado uma regulamentação que institui uma organização comum de mercado num determinado setor da agricultura, os Estados-Membros devem abster-se de adotar qualquer medida suscetível de prejudicar a sua aplicação ou de nela introduzir exceções”.

24 No entanto, se uma empresa receber auxílios ao abrigo de um regime específico *de minimis* e ao abrigo do Regulamento, o limiar de *de minimis* aqui previsto deve considerar os dois auxílios.

25 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de abril de 2009, *Wam*, processo C-494/06, que repete a jurisprudência do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de março de 1990, *Tubemeuse*, processo C-142/87, que, por sua vez, estabeleceu o princípio de que devido à interdependência dos mercados, os auxílios concedidos para operar em países terceiros são suscetíveis de afetar a concorrência no mercado comum.

26 Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 417.

Estão nomeadamente excluídos os auxílios concedidos diretamente em função das quantidades exportadas, da criação e funcionamento de uma rede de distribuição ou de outras despesas correntes atinentes às atividades de exportação – estes auxílios são proibidos *per se*²⁷.

No entanto, os auxílios destinados a cobrir os custos da participação em feiras comerciais ou os custos de estudos ou serviços de consultoria necessários ao lançamento de um produto novo ou já existente num novo mercado noutra EM ou país terceiro *não constituem, em princípio*, auxílios à exportação.

Finalmente, estão excluídos os auxílios subordinados à *(v)* utilização de produtos nacionais em detrimento de produtos importados.

1.3. Elementos essenciais

O auxílio para beneficiar do regime *de minimis*, deve ter em conta três elementos: *(i)* ter como destinatário uma *empresa única*, *(ii)* decorrer *durante um determinado período* e *(iii)* ser *de montante determinado*.

Se quisermos entender o regime *de minimis* como um conjunto de limiares que devem ser cumpridos para beneficiar de um estatuto jurídico que implica, nomeadamente, a isenção de notificação do auxílio à Comissão, deve entender-se que estão em causa três limiares: *organizativo de controlo*, *temporal* e *quantitativo*.

Começando pelo *limiar organizativo de controlo*, deve ficar claro que o Regulamento, apesar de não apresentar uma definição de empresa²⁸, pressupõe um conceito lato de empresa, de carácter mais económico do que jurídico²⁹, identificando-a com qualquer entidade que desenvolva uma atividade económica³⁰, independentemente do seu estatuto legal e da forma como é financiada.

27 Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 418.

28 Aliás, diga-se que os Tratados também não apresentam uma noção de empresa “*undertaking*”, deixando para o TJ o seu desenvolvimento. Este tribunal tem desenvolvido um conceito pretoriano numa perspetiva funcional, isto é, assente na *atividade económica* e não de uma perspetiva subjetiva, sob pena de a efetividade do Direito da União Europeia ficar dependente da classificação feita por cada EM. Cf., entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de abril de 1991, *Höfner e Elser*, processo C-41/90; acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e O.*, processo C-222/04, Hancher, Ottervanger & Slot, 2006: 53, e Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 431. Para um recorte feito pela doutrina nacional, veja-se Zenha Martins, 2002: 397 e ss. (*maxime* nota 79).

29 A noção de empresa, se corretamente aplicada (para além de, na prática, não ser fácil de aplicar), em regra, cria custos administrativos significativos. A falta de uma definição clara de empresa tem levado muitos EM a ter em conta apenas a forma jurídica “*legal entity*” que a empresa apresenta, situação que potencia grandemente o incumprimento do regime *de minimis*.

30 Por sua vez, a noção de atividade económica é definida pelo TJ como “*qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado*”, acórdão do TJ, de 12 de setembro de 2000, *Pavlov*, processo C-180/98 a C-184/98.

Com base naquela noção pretoriana de *empresa* e tendo ainda em consideração alguns dos critérios do conceito de *empresa associada*³¹ previstos na Recomendação da Comissão 2003/361/CE³², o Regulamento assenta a sua operabilidade no conceito de *empresa única*, isto é, devem estar em causa entidades controladas pela mesma entidade (numa base jurídica ou *de facto*³³). O *controlo comum* é elemento chave na descoberta da *empresa única*.

Deve ter-se em conta que a clarificação da noção de empresa deve resultar do equilíbrio encontrado entre a necessidade de aplicar uma noção económica de empresa e o objetivo de adiantar às autoridades públicas uma definição clara que não se torne muito dispendiosa de concretizar em cada caso concreto.

O Regulamento apresenta vários critérios para a identificação da *empresa única*, considerando que esta inclui todas as empresas que têm, entre si, pelo menos uma das seguintes relações:

(i) Uma empresa detém a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios de outra empresa.

(ii) Uma empresa tem o direito de nomear ou exonerar uma maioria dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização de outra empresa.

(iii) Uma empresa tem o direito de exercer influência dominante sobre outra empresa por força de um contrato com ela celebrado ou por força de uma cláusula dos estatutos desta última empresa.

(iv) Uma empresa acionista ou sócia de outra empresa controla sozinha, por força de um acordo celebrado com outros acionistas ou sócios dessa outra empresa, uma maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios desta última.

As empresas que tenham uma das relações referidas por intermédio de uma ou várias outras empresas são igualmente consideradas como uma *empresa única*.

31 O conceito de empresa associada "*linked enterprise*" não cobre todas as situações de controlo de facto.

32 Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (2003/361/CE). É de sublinhar, como faz a doutrina ao abrigo do anterior regime, que estes critérios padecem de uma simplificação que não é isenta de riscos. Neste sentido, Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 431 e ss.

33 A jurisprudência da Corte do Luxemburgo insiste numa análise casuística, à luz dos elementos factuais disponíveis, acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de junho de 2002, *Países Baixos/Comissão*, processo C-382/99.

Outro elemento essencial tem a ver com a duração *de um determinado período* relevante para a consideração do regime *de minimis*, isto é, o *limiar temporal*. Limiar este, que deve ter por referência o período de três exercícios financeiros, tal como determinados em cada EM³⁴.

Trata-se de uma técnica desenvolvida para facilitar o controlo dos limites *de minimis* pelo beneficiário, pelos EM e pela Comissão³⁵.

De acordo com o Regulamento, o período de 3 anos a ter em conta deve ser apreciado em termos de base móvel, de modo que, para cada nova concessão de um auxílio *de minimis*, é necessário ter em conta o montante total de auxílios *de minimis* concedido durante o exercício financeiro em causa e os dois exercícios financeiros anteriores.

Ou seja, será de ter em conta o ano financeiro X, ano financeiro X-1 e ano financeiro X-2; concretizando, se uma empresa única recebeu € 100.000 no ano financeiro de 2013, € 50.000 no ano de 2012 e € 50.000 no ano de 2011, logo que entre o ano financeiro de 2014, a empresa pode obter um auxílio *de minimis* de € 50.000.

Por fim, o outro elemento essencial tem a ver com o *limiar quantitativo*, isto é, deve ter-se em consideração o *montante determinado* do auxílio.

O encontro do limiar adequado é um dos “*key problems*” da regulamentação *de minimis*. O *limiar quantitativo* adequado deve ter em consideração que, por um lado, um limiar muito baixo provoca custos administrativos desnecessários para as autoridades públicas que concedem e/ou controlam a concessão de auxílios e, por outro, um limiar muito alto cria o risco de o auxílio ter efeito na distorção da concorrência³⁶. Adicionalmente, o limiar adequado deve proporcionar clareza e certeza jurídicas.

De acordo com o Regulamento, para ser considerado como *de minimis*, o auxílio não pode exceder, em regra, o montante de € 200.000.

Para além da referida regra, a valer para todos os setores de atividades a que se aplica o Regulamento, este prevê um regime especial para os setores dos *transportes rodoviários de mercadorias por conta de outrem* que não pode exceder € 100.000. Por um lado, a extensão do regime *de minimis* ao setor

34 Que não tem de coincidir com o ano de calendário.

35 Mederer, Pesaresi & Hoof (ed.), 2008: 435.

36 A posição dos EM varia entre aqueles que pretendem um aumento do valor do limiar, nomeadamente, para € 500.000 e os que entendem que o valor de € 200.000 é adequado. *Commission Staff Working Document...*, p. 19 e ss.

dos transportes é resultado da evolução deste setor, em especial, da reestruturação de muitas atividades dos transportes no sentido da sua liberalização. Por outro, o limite reduzido é justificado pela necessidade de coerência com textos legislativos adotados pela Comissão sobre outros temas (*e.g.* ambiente) e por boa parte das empresas deste setor serem de reduzida dimensão³⁷.

Pelas razões referidas e pelo facto de se verificar um excesso de capacidade neste setor, este auxílio *de minimis* não pode ser utilizado para a aquisição de veículos de transporte rodoviário de mercadorias. Analisando pela positiva, tal quer significar que respeitados os limites de € 100.000, o setor dos transportes pode receber auxílios *de minimis*, desde que não seja destinado à aquisição de veículos de transporte rodoviário de mercadorias³⁸.

Se a empresa também realizar outras atividades às quais se aplica o limiar de € 200.000, este *limiar quantitativo* é aplicável à empresa, desde que os EM em causa assegurem, através de meios adequados, como a separação das atividades ou a distinção dos custos, que as atividades no setor do transporte rodoviário de mercadorias não beneficiam de um auxílio superior a € 100.000 e que nenhum auxílio *de minimis* é utilizado para a aquisição de veículos de transporte rodoviário de mercadorias.

1.4. Data da concessão

O momento da concessão do auxílio *de minimis*, de acordo com o Regulamento, deve corresponder ao momento em que o direito legal de receber o auxílio é conferido à empresa ao abrigo do regime jurídico nacional aplicável, independentemente da data de pagamento do auxílio *de minimis* à empresa.

Cumprir referir que, caso o auxílio seja concedido em prestações, deve ser reportado ao momento da concessão e o montante deve ser considerado na totalidade, independentemente do carácter parcelar de pagamento.

A data da concessão é determinante para vários efeitos, nomeadamente, para efeitos de cálculo da taxa de referência dos empréstimos; para efeitos de recuperação de auxílios *de minimis* ilegais, isto é, tendo em conta a determinação do regulamento devidamente aplicável, e para efeitos de contagem de prazo no que se refere ao registo e compilação de todas as informações relativas à aplicação do Regulamento por um período de 10 anos.

³⁷ IP/06/1765.

³⁸ Incluindo-se aqui, a título de exemplo, o transporte rodoviário de passageiros.

1.5. Forma da concessão

De acordo com o Regulamento, a forma da concessão do auxílio é irrelevante – o que interessa é a substância e os efeitos. Vale também para o regime *de minimis* um princípio geral dos auxílios de Estado, isto é, o princípio da irrelevância da forma.

Por um lado, o auxílio *de minimis* pode ser concedido como medida individual (*ad hoc*) ou no contexto de um regime de auxílios (*aid schemes*). Por outro, todas as formas legais permitidas devem ser tidas em conta na concessão do auxílio³⁹.

Apesar de ser impossível sumariar todas formas que podem assumir os auxílios *de minimis*, é possível, a título de exemplo, identificar-se algumas dessas formas: empréstimo, injeção de capital, garantia⁴⁰, medidas de financiamento sob a forma de investimento de capital ou quase capital, crédito fiscal e subvenção ou bonificação de juros.

As diferentes formas dos auxílios *de minimis* devem ser expressas em termos de subvenção pecuniária e em valor bruto, antes de qualquer dedução fiscal.

1.6. Fonte do financiamento

O Regulamento não distingue a origem ou a fonte do financiamento, sendo aplicável, independentemente de a fonte ter por base fundos nacionais ou fundos europeus. O que interessa é que os auxílios sejam concedidos através dos EM. Trata-se da concretização de um princípio de auxílios de Estado já presente em sede de Regime Geral de Isenção por Categoria⁴¹.

Também é irrelevante que o auxílio seja atribuído pelo Estado, por demais entidades públicas ou por terceiros, nomeadamente administração central, regional, local ou outros organismos controlados pelo Estado, como sejam empresas públicas.

39 Também a base legal irreleva, sendo indiferente tratar-se de um contrato, de uma lei, de um ato administrativo, etc.

40 Por sua vez, uma lista não exaustiva do tipo de garantias estatais pode ver-se na Comunicação da Comissão relativa à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de garantias (2008/C 155/02).

41 Regulamento (CE) n.º 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado, já substituído pelo Regulamento (UE) n.º 651/2014, da Comissão, de 16 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado.

Com efeito, o TJ defende que “o direito comunitário não pode admitir que o *simplex facto* de criar instituições autónomas encarregadas da distribuição dos auxílios permita contornar as regras relativas aos auxílios de Estado”⁴².

O que releva é que se trate de um auxílio público, isto é, de recursos não privados.

1.7. Transparência

De acordo com o Regulamento, a *transparência* apenas se verifica quando seja possível calcular com precisão, *ex ante*, o *equivalente-subvenção bruto* do auxílio, sem qualquer necessidade de proceder a uma apreciação de risco⁴³. Ou seja, o auxílio *de minimis* deve ser transparente no sentido de que o montante do auxílio não deve depender do perfil de risco (*risk profile*) do beneficiário. Este conceito é fundamental para assegurar o cumprimento do *limiar quantitativo*.

Em síntese, deve utilizar-se um método de cálculo que permita determinar o montante preciso do auxílio, de modo a garantir-se a transparência, a igualdade de tratamento e a monitorização efetiva através de instrumentos que prevejam um limite.

O Regulamento prevê uma série de metodologias de cálculo, esclarecendo que determinados auxílios devem ser considerados transparentes. Vejamos o elenco, não taxativo⁴⁴, feito pelo Regulamento:

(i) Auxílios incluídos em *subvenções* ou *bonificações de juros*.

(ii) Auxílios incluídos em *empréstimos*. Neste tipo de auxílios o *equivalente-subvenção bruto* deve ser calculado com base na taxa de referência aplicável no momento da concessão do auxílio.

Tendo em vista a simplificação dos empréstimos de curta duração estabelece-se uma regra que tenha em conta o *montante* e a *duração* do empréstimo. Assim, à luz da experiência da Comissão, o Regulamento prevê molduras de montante e de duração que permitem considerar que o seu equivalente-subvenção bruto não excede o limiar de € 200.000. Ou seja, a

42 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de maio de 2002, *França/Comissão*, processo C-482/99.

43 O elemento transparência já era exigido pelo Regulamento (CE) n.º 1998/2006, assim como também se recorta da jurisprudência europeia, acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2005, *Heiser*, processo C-172/03.

44 O caráter não taxativo é confirmado pelo disposto no artigo 4.º/7 do Regulamento.

Comissão adianta uma fórmula de cálculo⁴⁵ para o cumprimento automático do *equivalente-subvenção bruto* para empréstimos inferiores a € 1.000.000, com uma duração até 10 anos e para empresas que possam reembolsar o empréstimo.

Para o cumprimento da referida moldura, terão de se verificar as seguintes condições:

- o beneficiário não estar sujeito a processo de insolvência,
- o beneficiário não preencher os critérios, nos termos do seu direito nacional, para ficar sujeito a processo de insolvência, a pedido dos seus credores⁴⁶⁻⁴⁷, e
- o empréstimo estar garantido por obrigações titularizadas cobrindo pelo menos 50% do empréstimo, e
- o montante do empréstimo ser de € 1.000.000 (ou de € 500.000 para empresas com atividade no transporte comercial rodoviário) pelo prazo de 5 anos, ou de € 500.000 (ou de € 250.000 para empresas com atividade no transporte comercial rodoviário) pelo prazo de 10 anos; se o montante do empréstimo for menor que os referidos montantes e/ou se o empréstimo for concedido por um período menor que 5 ou 10 anos respetivamente, o equivalente-subvenção bruto do empréstimo é calculado em termos de proporção correspondente do limiar regra de € 200.000 ou de € 100.000 para as empresas de transporte rodoviário.

Para além da referida regra de cálculo, ainda se verifica a regra da *transparência* desde que o *equivalente-subvenção bruto* tenha sido calculado com base na taxa de referência aplicável no momento da concessão.

45 Esta regra surge na lógica de “*worst case scenario*”, de modo a garantir que o auxílio *de minimis* não afeta nem potencia afetar a concorrência. Acresce que, o legislador adicionou concretizações de condutas que cumprem aquela regra, seguindo, de acordo com alguma doutrina, a técnica legística da “*safe harbor*”. Assim, Heidenhain, 2010: 67. Sobre a técnica “*safe harbor*” e “*unsafe harbor*”, Morrison, 2013: 159-180. Trata-se de uma técnica que, no regime *de minimis*, visa a simplificação na sua aplicação, nomeadamente, em relação às entidades públicas que concedem auxílios e não estão familiarizadas com as regras de auxílios de Estado ou pretendem um método de cálculo do equivalente-subvenção bruto mais simples do que o previsto em algumas comunicações da Comissão.

46 Artigo 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, com múltiplas alterações.

47 Note-se que, no caso de grandes empresas, a beneficiária deve, pelo menos, estar numa situação comparável a B-, em termos de avaliação de crédito. Para as empresas que não disponham de notação por parte de uma agência de notação, a notação realizada pelos bancos pode ser usada. Sinnaeve, 2014: 270.

(iii) Auxílios incluídos em *injeções de capital* só cumprem o requisito da transparência se o montante total da injeção de capital público for inferior ao limiar de *minimis*.

(iv) Auxílios incluídos em *medidas de financiamento de risco* que assumam a forma de investimentos de capital ou quase-capital⁴⁸ só cumprem o requisito da transparência se o capital fornecido a uma *empresa única* não exceder o limiar de *minimis*⁴⁹. A justificação para a admissão da medida de auxílio sob a forma de capital de risco reside na assunção pela Comissão, à luz da experiência adquirida, de uma deficiência persistente no mercado que afeta negativamente as PME⁵⁰ por “*défice em capitais próprios*”⁵¹. No entanto, de modo a evitar que a medida de auxílio tenha um efeito negativo no mercado, deve o auxílio ser proporcional e adequado, de modo a produzir um verdadeiro efeito de incentivo. Apesar de estas medidas de auxílio poderem beneficiar não apenas empresas, mas também investidores, entende-se que, se cumpridos os limiares de *minimis*, as referidas dimensões do princípio da proporcionalidade se encontram preenchidas.

(v) Auxílios incluídos em *garantias*. Esta forma de auxílio só é permitida se o *equivalente-subvenção bruto* tiver sido calculado com base nos prémios de limiar de segurança estabelecidos para o tipo de empresa em causa conforme estabelecido pelas orientações da Comissão⁵².

Assim, de modo a simplificar o tratamento das garantias de curta duração, garantindo até 80% de empréstimos relativamente pequenos, o Regulamento apresenta uma regra de cálculo que considera o *montante* do empréstimo e a *duração* da garantia.

48 Comunicação da Comissão com as orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais e capital de risco a pequenas e médias empresas (2006/C 194/02), cujo período de vigência terminou dia 31 de dezembro de 2013. Sucedeu-lhe a Comunicação da Comissão com as Orientações relativas aos auxílios estatais que visam promover os investimentos de financiamento de risco (2014/C 19/04).

49 Para além do disposto no Regulamento em análise, veja-se o ponto 2.15 da Comunicação da Comissão com as Orientações relativas aos auxílios estatais que visam promover os investimentos de financiamento de risco (2014/C 19/04).

50 A noção de PME aqui referida segue o disposto na Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas.

51 Ponto 1.1. da Comunicação da Comissão com as Orientações relativas aos auxílios estatais que visam promover os investimentos de financiamento de risco (2014/C 19/04).

52 Comunicação da Comissão relativa à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de garantias (2008/C 155/02), com a alteração operada pela Retificação à Comunicação da Comissão relativa à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de garantias (2008/C 244/11).

No entanto, só se aplica a certos cenários, não se aplicando, nomeadamente, a garantias relativas a transações subjacentes que não se configurem como empréstimos, tais como garantias relativas a transações de ações.

Entende-se que se encontra cumprido o requisito da *transparência* se:

- o beneficiário não estiver sujeito a processo de insolvência,
- o beneficiário não preencher os critérios, nos termos do seu direito nacional, para ficar sujeito a processo de insolvência, a pedido dos seus credores⁵³,
- a garantia não exceder 80% do empréstimo subjacente, e
- o montante garantido for de € 1.500.000 (ou de € 750.000 para empresas com atividade no transporte comercial rodoviário) com duração da garantia de 5 anos, ou de € 750.000 (ou de € 375.000 para empresas com atividade no transporte comercial rodoviário) com duração da garantia de 10 anos.

Se o montante garantido for menor que os referidos montantes e/ou a garantia tiver uma duração menor que 5 ou 10 anos respetivamente, o equivalente-subvenção bruto da garantia é calculado em termos de proporção correspondente do respetivo limiar *de minimis*.

Por fim, para além do modo de cálculo referido, o Regulamento apresenta alternativas para o cálculo dos auxílios *de minimis* sob a forma de garantias que podem ser aplicadas a outras formas que excedam o limiar de € 1.500.000, desde que essa metodologia seja notificada pelos EM e aprovada pela Comissão. Por outras palavras, o Regulamento deixa à consideração dos EM a possibilidade se der utilizada outra metodologia para o cálculo do *equivalente-subvenção bruto*, se:

- o equivalente-subvenção bruto tiver sido calculado com base nos prémios de limiar de segurança estabelecidos numa comunicação da Comissão, ou
- antes de ser implementada, a metodologia destinada a calcular o equivalente-subvenção bruto da garantia tiver sido *notificada* à Comissão ao abrigo de outro regulamento adotado pela Comissão no domínio dos auxílios estatais aplicável na altura e *deferida* pela Comissão como observando a Comunicação relativa aos auxílios estatais sob forma de garantias ou qualquer comunicação posterior, e
- a metodologia aprovada abordar expressamente o tipo de garantias e o tipo de transação subjacente em causa no contexto da aplicação do Regulamento.

53 No caso de grandes empresas a beneficiária deve, pelo menos, estar numa situação comparável à situação B-, em termos de avaliação de crédito.

Deve esclarecer-se que não são admitidas, em abstrato, metodologias direta ou indiretamente aprovadas pela Comissão em anteriores casos concretos e individuais.

(vi) Por fim, o Regulamento esclarece que os auxílios incluídos *noutros instrumentos* são considerados auxílios *de minimis* transparentes, se o instrumento prever um limite que garante que o limiar relevante não é excedido.

1.8. Cumulação

A cumulação de auxílios revela-se um dos problemas mais recorrentes para o aplicador dos auxílios públicos, dada a potencialidade de afetar o mercado interno. De acordo com o regime previsto no Regulamento, e como princípio, não existe qualquer óbice à cumulação destes com outras espécies de auxílio, contanto se respeite certos limites. Embora na prática tal possa não ser fácil de aplicar, deve cumprir-se o princípio de que uma empresa não deve receber auxílios duas vezes para o mesmo objetivo⁵⁴.

Os auxílios *de minimis* concedidos em conformidade com o Regulamento podem, nomeadamente, ser cumulados com outros auxílios *de minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral⁵⁵ até ao limiar previsto no respetivo regulamento.

Podem ser cumulados com auxílios *de minimis* em conformidade com outros regulamentos *de minimis* até ao limiar de € 200.000 em geral ou € 100.000 para as empresas de transporte rodoviário.

Os auxílios *de minimis* não podem ser cumulados com auxílios de Estado em relação aos *mesmos* custos *elegíveis* ou com auxílios de Estado para a *mesma medida* de financiamento de risco, se essa cumulação exceder a maior intensidade de auxílio relevante ou o montante de auxílio fixado, em função das circunstâncias específicas de cada caso, por um regulamento de isenção por categoria ou uma decisão adotada pela Comissão⁵⁶. Ou seja, visto pela

54 Sinnave, 2014: 271.

55 Regulamento (UE) n.º 360/2012 da Comissão, de 25 de Abril de 2012, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral. Este regulamento apresenta um limiar quantitativo de € 500.000. Este valor, mais elevado que o previsto para o regime *de minimis* geral, é justificado, pelo menos em parte, como forma de compensar os custos extra incorridos para provisão do serviço público. Neste sentido, *Commission Staff Working Document ...*, p. 10.

56 Trata-se de uma regra que não existia no Regulamento (CE) 69/2001, tendo sido incluída no Regulamento de (CE) 1998/2006. Sobre os trabalhos preparatórios do Regulamento e da posição adotada, Sinnave, 2014: 271.

positiva, a cumulação de *de minimis* com um auxílio de Estado é permitida sempre que os custos elegíveis não sejam os mesmos ou a medida de financiamento seja diferente.

Os auxílios *de minimis* que não são concedidos para, ou imputáveis a, *custos específicos elegíveis* podem ser cumulados com outros auxílios de Estado concedidos no âmbito de um regulamento de isenção por categoria ou de uma decisão adotada pela Comissão. Esta regra de admissibilidade de cumulação de auxílios que não se refiram a custos específicos está em coerência com as orientações de flexibilidade e simplificação do regime *de minimis*.

1.9. Monitorização

Um dos aspetos mais importantes e mais difíceis de aplicar no regime *de minimis* é a sua monitorização – pela via de um controlo administrativo intenso *ex ante*⁵⁷. Esta monitorização é resultado do dever de a Comissão assegurar o cumprimento das regras em matéria de auxílios de Estado e do dever de cooperação dos EM nesta matéria (cf. art. 4.º do TUE) – impendendo sobre o EM o dever de, antes de conceder qualquer auxílio *de minimis*, verificar que o seu limiar não será ultrapassado pelo novo auxílio *de minimis*.

A importância desta obrigação facilmente se percebe, atendendo à dispensa de notificação do auxílio *de minimis*.

O Regulamento estabelece o cumprimento desta obrigação dos EM através de duas alternativas⁵⁸, por via das quais impõe ao EM a responsabilidade pela garantia dos instrumentos necessários a um controlo efetivo do respeito pelo limiar do cúmulo *de minimis*:

(i) O EM pode criar um registo central de auxílios *de minimis*, contendo informações completas sobre os auxílios *de minimis* concedidos pelas autoridades desse Estado, devendo o registo cobrir um período de três exercícios financeiros.

(ii) Em alternativa, o EM deve informar essa empresa por escrito do montante potencial do auxílio expresso em equivalente-subvenção bruto e do seu carácter *de minimis*, fazendo referência expressa ao Regulamento e citando o seu título e referência de publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

57 Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 441, e Tudor, 2010: 46.

58 Uma terceira opção já foi apontada pela Comissão, que consiste num registo central europeu obrigatório. Apesar de tal proposta não ter avançado, a Comissão mantém a intenção de estudar essa possibilidade. *Commission Staff Working Document...*, p. 59.

Acresce que, antes da concessão do auxílio, o EM deve obter da empresa em causa uma declaração escrita ou em formato eletrónico relativa à existência de qualquer outro auxílio *de minimis* recebido a que se aplica o presente regulamento ou outros regulamentos *de minimis* durante os dois exercícios financeiros anteriores e o exercício financeiro atual.

A opção por uma das referidas alternativas não é fácil, pois ambas apresentam vantagens e desvantagens. Na primeira opção, consegue-se uma maior segurança no controlo dos limiares, assim como se tem uma visão geral de todos os auxílios *de minimis* concedidos; no entanto, têm de se suportar os inerentes custos administrativos que essa solução comporta⁵⁹. Na segunda opção, reconhece-se a vantagem de tais custos administrativos não existirem (pelo menos, no mesmo montante), mas perde-se na qualidade e segurança dos dados, nomeadamente, em resultado de falsas declarações das empresas que visem receber um montante mais elevado do que o permitido.

A monitorização referida opera uma *descentralização* de tarefas em favor dos EM e dos beneficiários, que passam a ter um papel bastante importante no controlo destes auxílios.

O Estado português, já ao abrigo do anterior regime, optou pelo modelo da centralização do registo no que se refere aos auxílios *de minimis* atribuídos⁶⁰. Cabe a uma entidade pública o registo dos auxílios concedidos ao abrigo do regime *de minimis* por outras entidades públicas. Ou seja, o sistema de controlo *de minimis* português é um sistema *composto* pela atividade das entidades que concedem os auxílios e pela atividade do registo central por parte da entidade responsável pela monitorização⁶¹.

59 Apesar de não ser a opção mais seguida pelos EM, pelo menos nove EM já adotaram um regime central de controlo dos auxílios *de minimis*. Os sistemas de registo central variam muito de EM para EM – alguns dispõem de informação sobre todos os auxílios de Estado, enquanto outros só sobre *de minimis*, assim como alguns dispõem de informação detalhada sobre os beneficiários, enquanto outros não. Para mais desenvolvimentos, *Commission Staff Working Document...*, p. 49 e ss. Dependendo da qualidade dos dados recolhidos pelo sistema de registo central, os EM e a Comissão estarão melhor ou pior habilitados para avaliar a sua política de auxílio *de minimis*. Adicionalmente, deve ficar claro que esta opção de registo central favorece as microempresas que, em regra, dispõem de menor capacidade para cumprir com tarefas administrativas.

60 Resolução do Conselho de Ministros n.º 27/2009, de 20 de março, e Portaria n.º 70/2011, de 9 de fevereiro. Esta Portaria terminou a sua vigência em 31 de dezembro de 2013.

61 Em qualquer das hipóteses, a responsabilidade por assegurar a monitorização recai sobre os EM. Assim já Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 435.

No entanto, importa que fique claro que está na discricionariedade do Estado português a opção pela manutenção de sistema de registo central ou pela adoção do sistema de monitorização através de declarações das empresas.

O paradigma de registo central parece ser o modelo a manter para o futuro e, nomeadamente, a aplicar para controlo do Regulamento, na medida em que esta tarefa está, desde os finais do ano de 2013, atribuída à nova Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P., que, nesta matéria, sucede ao Instituto Financeiro para o Desenvolvimento Regional, I.P., competindo-lhe, de acordo com o disposto no artigo 3.º/2-d) do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de outubro, definir e manter atualizado o registo central *de minimis* e exercer o controlo da acumulação de apoios financeiros e fiscais concedidos nesse âmbito.

Tendo em vista um possível controlo *a posteriori* pela Comissão, é exigido aos EM o registo e compilação de todas as informações relativas à aplicação do Regulamento por um período de 10 anos. Este período, no que se refere aos auxílios individuais, conta-se desde a data da concessão do auxílio e, no que tange aos registos relativos a qualquer regime de auxílio *de minimis*, esse período deve contar-se da data em que foi concedido o último auxílio individual ao abrigo desse regime.

Por fim, o Regulamento exige ainda que os EM satisfaçam eventuais pedidos da Comissão, no prazo de 20 dias ou outro mais longo, desde que estabelecido por esta, de informação para apreciar o respeito das condições estabelecidas no Regulamento.

No entanto, deve ficar claro que inexistente qualquer obrigação dos EM de reporte automático à Comissão – o que quer dizer que a Comissão, caso não faça um pedido de informação, não saberá do real cumprimento do regime *de minimis*.

2. NOVIDADES E TÓPICOS PROBLEMÁTICOS

As novidades do Regulamento resultam – em grande parte – do mais recente plano de reforma e modernização dos auxílios de Estado⁶² e prendem-se com a necessidade de simplificar o tratamento das medidas de auxílio de baixo montante (*de minimis*).

62 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais COM(2012) 209 final.

Destas destacamos:

(i) Os elementos que permitem a identificação de uma *empresa única* foram expressamente apresentados, emergindo o “controlo” como o elemento decisivo de tal identificação. Tais elementos, sem dúvida contribuem para o aumento da segurança jurídica. No entanto, a prática pode demonstrar – sobretudo, para aqueles EM que não faziam uma aplicação correta até agora do conceito de *empresa* – que se trata de uma noção de difícil implementação.

(ii) As empresas em dificuldades financeiras estão incluídas no âmbito do Regulamento, podendo beneficiar dos auxílios ao abrigo do regime *de minimis* (com exceção dos auxílios *de minimis* concedidos sob a forma de empréstimos ou de garantias).

(iii) Os auxílios sob a forma de *empréstimos* abaixo de € 1.000.000 podem beneficiar do regime previsto no Regulamento, tendo ocorrido uma densificação das condições de transparência desta forma de auxílio por via do desenvolvimento de técnica “*safe harbour*”.

(iv) Clarificou-se que as empresas ativas nos setores ou atividades da pesca, da aquicultura, da produção primária de produtos agrícolas e do setor da transformação e comercialização de produtos agrícolas na agricultura podem receber auxílios *de minimis* “gerais” para a sua atividade não agrícola, caso mantenham contas que permitam a devida separação das atividades ou custos das diferentes atividades ou setores não excluídos.

(v) Tornou-se claro que os auxílios *de minimis* que não são concedidos para, ou imputáveis a, custos *específicos* elegíveis podem ser cumulados com outros auxílios estatais concedidos no âmbito de um regulamento de isenção por categoria ou de uma decisão adotada pela Comissão.

(vi) Foram clarificadas as regras a aplicar no caso de *fusões* ou *aquisições*. Ou seja, ficou expresso no Regulamento que todos os anteriores auxílios *de minimis* concedidos a qualquer uma das empresas objeto de fusão devem ser tidos em conta ao determinar se qualquer novo auxílio *de minimis* concedido à nova empresa ou à empresa adquirente excede o limiar relevante. O auxílio *de minimis* concedido legalmente antes da fusão ou aquisição permanece legal.

(vii) Por fim, foi eliminado o regime especial de controlo dos auxílios concedidos através de uma garantia financiada pelo orçamento da UE através do Fundo Europeu de Investimento (FEI). Ou seja, deixou de se prever expressamente que sempre que um auxílio for concedido por um EM com base num regime de garantia que preveja uma garantia financiada pelo orçamento da UE

através do FEI, o regime geral de monitorização deixava de se aplicar, tendo, ao invés, lugar um regime especial de monitorização que envolvia o FEI, os EM e a Comissão.

Alguns dos tópicos problemáticos resultam do seguinte:

(i) A regulação da matéria dos auxílios *de minimis* tem evoluído do instrumento da *comunicação* para o instrumento do *regulamento*, alterando-se o ato comunitário mobilizado com a passagem do uso de instrumentos de “*soft law*”⁶³ para instrumentos de “*hard law*”⁶⁴⁻⁶⁵. Esta mudança parece residir no critério da “*considerable experience*” da Comissão na aplicação de regimes de isenção⁶⁶. Todavia, e sem prejuízo das vantagens que este critério pode apresentar (simplificação, segurança jurídica e custos de transação mais baixos), fica a perder um *efetivo ajuizamento* da afetação do mercado interno, sobretudo, se se tiver em conta uma jurisprudência do TJ, que insiste que “[*h*]á que recordar que um auxílio de importância relativamente reduzida é suscetível de afetar a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros quando o setor em que operam as empresas que dele beneficiam se caracteriza por uma forte concorrência”⁶⁷.

De facto, o resultado a que chegam os dois principais criadores de Direito nesta matéria, Comissão e TJ, nem sempre é coincidente, utilizando alguma doutrina a metáfora da espada de Dâmocles⁶⁸ para sublinhar o fenómeno de a

63 Senden, 2005: 82: “(...) the concept of soft law can be considered to provide an umbrella concept for those instruments laying down rules of conduct whose legal status is unclear or uncertain. What is certain is that they have not been attributed legally binding force.”. Apesar de se tratar de um conceito bastante heterogéneo, a verdade é que a doutrina inclui neste conceito as Comunicações da Comissão relativas aos auxílios *de minimis*. Neste sentido, Senden, 2004: 148-155.

64 Esta mudança ocorreu com o Regulamento (CE) n.º 69/2001 – já citado; cujo objetivo era criar um regime próprio e sólido sobre auxílios *de minimis*. Neste sentido, Berhofer, 2007: 13.

65 A diferença mais marcante entre “*soft law*” e “*hard law*” está, precisamente, no carácter não vinculativo da primeira por oposição ao carácter vinculativo da segunda. Esta conclusão, que se retira da análise do disposto no artigo 288.º do TFUE, que esclarece que os regulamentos e as diretivas têm carácter vinculativo, não explica todos os efeitos que se devem retirar de instrumentos de *soft law*, desde logo, por se entender que, apesar de não serem vinculativos, os tribunais nacionais não os devem ignorar (acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de dezembro de 1989, *Grimaldi/Fonds des Maladies Professionnelles*, processo C-322/88). Por outro lado, pode ver-se na doutrina o entendimento de que, quando estão em causa poderes discricionários, as Comunicações da Comissão indicam o sentido a dar pelo seu autor à decisão a aplicar no caso concreto. Neste sentido, Senden, 2005: 82.

66 Considerando n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 994/98 – citado *infra*.

67 Acórdãos do Tribunal de Justiça: de 26 de setembro de 2002, *Renove I*, processo C-351/98, e jurisprudência aí citada, e de 21 de julho de 2005, *Xunta de Galicia*, processo C-71/04.

68 Berhofer, 2007: 20.

Comissão prever que um auxílio, em abstrato, pode ser conforme ao mercado interno e, posteriormente, o TJ, em concreto, decide que assim não acontece – o que não deixa de concorrer para o facto de outra doutrina alcunhar os auxílios *de minimis* como um “*strange animal in competition law*”⁶⁹.

Em suma, tendo em conta que a jurisprudência do TJ jamais aceitou que os auxílios abaixo de certo montante nunca distorcem ou não ameaçam distorcer a concorrência, nem afetam o mercado interno entre EM⁷⁰, a análise meramente quantitativa⁷¹ feita pelo Regulamento não pode dispensar nunca uma análise substancial do fundamento do regime *de minimis* – a não distorção da concorrência – não se podendo afirmar com absoluta certeza, em abstrato, que determinada medida de auxílio, ainda que cumpra o regime *de minimis* seja conforme ao Direito da União Europeia.

(ii) De acordo com o considerando n.º 13 do Regulamento não se exclui a possibilidade de uma medida poder ser considerada como *não sendo um auxílio estatal* na aceção do artigo 107.º/1 do TFUE, por razões que não as previstas no Regulamento.

Apesar da falta de clareza daquele considerando, deve entender-se que esta *aparente* abertura interpretativa preambular não deve significar que se possa fazer uma interpretação extensiva do regime *de minimis*.

Como adverte a Advogada-Geral Christine Stix-Hackl⁷² “[*n*]ão há dúvidas de que o regime dos auxílios *de minimis* deve ser objeto de interpretação estrita, pois constitui uma derrogação às obrigações resultantes do artigo 88.º, n.º 3, CE”.

Antes deve entender-se que podem existir outros regimes/instrumentos que implicam a existência de auxílios que não devem ser considerados auxílios de Estado, como seja, o financiamento da União gerido centralmente pela Comissão que não esteja, direta ou indiretamente, sob o controlo dos EM. A haver lugar para outros auxílios que não afetam o mercado interno torna-se necessário esclarecer a relação entre estes diferentes regimes/instrumentos e o regime *de minimis*.

69 Sinnave, 2014: 261.

70 Berhofer, 2007: 15.

71 Conclusões do Advogado-Geral F. Léger, de 14 de março 2002, *Países Baixos/Comissão*, processo C-382/99.

72 Conclusões da Advogada-Geral, de 14 de julho de 2005, *Casino França e O.*, processo C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e C-321/04 a C-325/04.

(iii) Alguns tópicos do anterior regime *de minimis* mantêm-se ainda problemáticos no novo regime, isto é, não se pode afirmar, apesar das novidades e da simplificação operada pelo Regulamento, que uma das virtudes do mesmo seja a facilidade da sua aplicação, nomeadamente, em matéria de cálculo do auxílio e monitorização⁷³.

Os auxílios *de minimis* recebidos por uma *empresa única* são cumuláveis com outros auxílios *de minimis* concedidos por qualquer autoridade pública no *mesmo* EM. Deve ter-se em conta que o Regulamento anterior não referia que o limite de € 200.000 era por EM⁷⁴.

A nova previsão, que circunscreve o controlo do auxílio ao território do EM, está em linha com o controlo que o Estado português implementou na monitorização do auxílio *de minimis*, assim como evita a elevada dificuldade que teria um EM de controlar os auxílios *de minimis* concedidos à mesma empresa única com subsidiárias noutro EM.

No entanto, não se deve esquecer que o conceito de empresa única assumido pelo Regulamento admite realidades que se podem consubstanciar na existência de subsidiárias que podem residir no mesmo EM, estando assim aberto o campo para que uma *empresa única* beneficie de auxílios *de minimis* acima do limiar de € 200.000⁷⁵ e, com isso, correndo-se o risco de aquele auxílio não ser “good aid”.

(iv) É de sublinhar, como faz a doutrina ao abrigo do anterior regime, que alguns dos conceitos usados pelo Regulamento para operacionalizar o regime *de minimis*, nomeadamente, o de *empresa única* e *empresa em dificuldade* padecem de uma *simplificação* que não é isenta de riscos⁷⁶ – criando problemas práticos na sua aplicação, nem sempre fáceis de superar, quer pelas autoridades que concedem o auxílio, quer pelas entidades responsáveis pela monitorização.

O conceito de *empresa única* revela-se um conceito difícil de aplicar, sobretudo, quando as entidades públicas que concedem os auxílios *de minimis* são entidades locais sem grande familiarização com o Direito Europeu da Concorrência ou quando as entidades de monitorização ainda revelam algumas dificuldades na rigorosa avaliação da empresa única em análise. O problema

73 Smits & Donny, 2005: 187 e 188, e doutrina aí citada.

74 Como sublinha a doutrina, Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 441, e Nicolaidis, 2013: s/p.

75 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de junho, *Países Baixos/Comissão*, processo C-382/99.

76 Uma das características da regulação *de minimis* tem sido sempre a sua *aparente* ou mesmo *putativa* simplificação. Cf., entre muitos, Smits & Donny, 2005: 188; Berhofer, 2007: 20, e Sinnaeve, 2014: 261.

assume maior acuidade quando alguns EM, como é o caso de Portugal (entre outros), assentaram a monitorização no conceito legal de empresa⁷⁷ – desvendando-se uma grande distância entre o conceito previsto no regime de *minimis* e a sua aplicação prática.

Como se referiu acima – ao contrário do que dispunha o regulamento imediatamente anterior –, o Regulamento aplica-se às *empresas em dificuldade*⁷⁸ (com exceção dos auxílios concedidos sob a forma de empréstimos e de garantias).

O auxílio de *minimis* representa mais um instrumento de apoio à disposição das empresas mais fragilizadas – o que, de resto, está em linha com as políticas públicas avançadas pela União, para as PME, no *Small Business Act* para a Europa⁷⁹.

No entanto, no reverso da medalha está o facto de não se poder sustentar a regra da intervenção do Estado para salvar uma empresa em dificuldade⁸⁰ – o que tem por consequência que as políticas seguidas pela Comissão nesta matéria se orientem no sentido de as empresas em dificuldade estarem excluídas de todos os outros regulamentos de auxílios estatais e das orientações da Comissão (com exceção, das orientações de emergência e à reestruturação) – pois os auxílios às empresas em dificuldade são um dos tipos de auxílios estatais que maiores distorções provocam⁸¹.

O problema está na *contradição* que existe entre as condições *restritas* com que se admite a concessão de um auxílio de Estado para a reestruturação de empresas em dificuldade⁸² e a *facilitação* com que se pode conceder um auxílio de *minimis* a estas empresas.

77 *Commission Staff Working Document...*, p. 50.

78 A noção de *empresa em dificuldade* recolhe-se do disposto no artigo 2.1. da Comunicação da Comissão – Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (2004/C 244/02), cuja última prorrogação se encontra na Comunicação da Comissão que prorroga as Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade de 1 de outubro de 2004 (2012/C 296/02). Veja-se ainda Heidenhain, 2010: 216-221.

79 http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/index_en.htm.

80 Considerando n.º 4 da Comunicação da Comissão – Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (2004/C 244/02).

81 *Draft* (2013) da Comunicação da Comissão – Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade.

82 Valendo o *princípio do auxílio único*, de modo a evitar que se mantenham, por causa dos auxílios estatais, empresas artificialmente em funcionamento.

Esta contradição torna-se mais óbvia face às dificuldades que os EM apresentam na determinação da *dificuldade* em que se encontra a empresa, assim como, face à dificuldade em determinar o seu equivalente-subvenção bruto⁸³. Por estes motivos, o regime *de minimis* previsto para os serviços de interesse económico geral não se aplica às empresas em dificuldade⁸⁴.

Se, por um lado, as empresas em dificuldade podem agora beneficiar de um instrumento de concessão de auxílio mais facilitado, por outro, tendo em conta a elevada taxa de insucesso de reabilitação das empresas em dificuldade, pode ter-se criado um instrumento de má aplicação de dinheiros públicos dificilmente controlado pelo EM e sem o controlo da Comissão⁸⁵.

Tudo isto sem contar com o *risco moral* criado pelo auxílio – as empresas que previrem que irão provavelmente ser auxiliadas quando se encontrarem em dificuldade podem tender a adotar estratégias empresariais excessivamente arriscadas e insustentáveis. Além disso, a perspetiva de um auxílio de emergência e à reestruturação a uma dada empresa pode reduzir artificialmente o seu custo do capital, conferindo-lhe uma vantagem concorrencial indevida no mercado⁸⁶.

Acresce à dificuldade em determinar o que é uma *empresa em dificuldade* a complicação em identificar a *empresa única*, elevando-se as dificuldades dos EM no momento de concederem um auxílio *de minimis* pela necessidade de reconhecerem se as empresas estão realmente em dificuldade e quem efetivamente tem o controlo sobre as mesmas.

Todo este cenário conduz a um potencial incumprimento na aplicação uniforme do Direito da União, com os EM por via da consideração incorreta do regime *de minimis*, a aplicar de forma diferente o Regulamento⁸⁷.

83 Aliás, esta era a justificação no anterior regulamento (considerando n.º 7) para a exclusão das empresas em dificuldade do regime de auxílios *de minimis*.

84 Regulamento (UE) n.º 360/2012 da Comissão, de 25 de abril de 2012, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral.

85 O desejo de controlo da Comissão pode ver-se em *Commission Staff Working Document*, p. 21 e ss. Não se podendo esquecer que, nos termos do artigo 108.º/1 do TFUE, a Comissão deve, em cooperação com os EM, proceder ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses EM.

86 O alerta é dado no *Draft* (2013) de Comunicação da Comissão - Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade.

87 Preocupação que não deixa de ser sublinhada em *Commission Staff Working Document...*, p. 24.

(v) Por fim, e tal como acontecia com o anterior regulamento, não devem restar dúvidas que o incumprimento das condições *substantivas* previstas nos artigos 1.º a 5.º do Regulamento implica a consideração de tais auxílios como ilegais.

A dúvida reside no tratamento a dar ao incumprimento das condições *processuais*, como acontece com as obrigações relativas à monitorização. Trata-se de uma dúvida que permanece sem uma resposta segura, ou seja, fica por saber qual será a sanção no caso de incumprimento das regras processuais previstas no Regulamento.

Esta dúvida espelha-se nas *diferentes interpretações* permitidas pela análise do artigo 3.º/1 do Regulamento⁸⁸.

Por um lado, o texto deste artigo pode conduzir à interpretação de que não existe uma ilegalidade automática pela violação de regras processuais⁸⁹.

Por outro, esta dúvida era ainda mais saliente no passado, porque a redação, nesta matéria, do Regulamento (CE) n.º 1998/2006 era distinta da do Regulamento (CE) n.º 875/2007 e, portanto, o elemento literal de interpretação (distinto nos dois regulamentos) concorria no sentido de se admitirem resultados interpretativos distintos. Acrescia que, o facto de um diploma especial *de minimis* incluir expressamente as regras processuais como condições *de minimis* só podia conduzir à conclusão de que a razão para a inclusão desta regra num regime especial seria precisamente porque tal interpretação não resultava já do regime *de minimis* geral; pois, se assim fosse, não haveria necessidade de tal especificação num regime especial. No entanto, a redação dos regulamentos que substituíram os dois referidos diplomas (respetivamente n.ºs 1407/2013 e 717/2014) apresentam, hoje, uma redação exatamente igual, tendo, por isso, o elemento literal da interpretação perdido o referido peso argumentativo.

Por outro ainda, também é defensável o argumento de que a redação do artigo 3.º/1 do Regulamento, que se refere às *condições* estabelecidas no Regulamento, não deixa margem para dúvidas, na medida em que não faz qualquer distinção entre o *tipo de condições* – não autorizando, por isso, o intérprete a fazer tal distinção.

88 “Considera-se que as medidas de auxílio não preenchem todos os critérios estabelecidos no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, pelo que estão isentas da obrigação de notificação prevista no artigo 108.º, n.º 3, do Tratado, se reunirem as condições estabelecidas no presente regulamento”.

89 A dúvida é também suscitada por alguma doutrina, Mederer, Pesaresi & Hoof, 2008: 443 e 444.

As orientações da jurisprudência do TJ para a dissipação da referida dúvida também não são claras.

Tendo por base uma jurisprudência que se debruçou sobre as *consequências da inexistência ou da insuficiência das informações fornecidas por um EM*, a propósito do controlo da cumulação de auxílios *de minimis*⁹⁰, deve destacar-se do decidido: (i) que o não cumprimento de tais informações pode condicionar, em definitivo, a análise da Comissão, nomeadamente, por não permitir o devido controlo dos limiares permitidos e (ii) que o EM incumpridor não pode contestar a validade de uma decisão da Comissão, prevalecendo-se dos elementos de que não deu conhecimento à Comissão durante o procedimento administrativo.

Face ao exposto, *prima facie*, a conclusão a retirar só pode ser a de que existe uma ilegalidade *ipso facto*⁹¹ pelo não cumprimento de algumas condições processuais (nomeadamente, o incumprimento da obrigação dos EM de fornecerem, quando solicitadas, informações à Comissão, relativas a auxílios *de minimis* ou fornecerem de modo incompleto). Desde logo, porque para o Tribunal tais informações eram indispensáveis para determinar os beneficiários reais dos auxílios e, conseqüentemente, para verificar a inexistência de uma situação de cumulação de auxílios proibida; impondo-se, face ao incumprimento, a recuperação dos auxílios.

No entanto, da jurisprudência referida não se pode extrair a *ratio decidendi* de que a sanção será *sempre* a mesma para a violação de *toda e qualquer* condição processual – simplesmente porque tal decisão jurisdicional *apenas* se debruça sobre a obrigação de *prestação de informações*.

A extensão, *per se*, daquela *ratio decidendi* a *todas* as condições processuais pode conduzir a situações de uma desproporcionalidade insustentável. Atente-se na hipótese de terem sido cumpridos os limiares *de minimis* (*organizativo de controlo, período de duração e montante*), mas não a obrigação de referência expressa ao Regulamento ou também a não citação do seu título ou da referência da publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* – deverão tais auxílios ser ilegais?

Uma resposta *geral e abstracta* não será adequada, quer esta seja no sentido da ilegalidade automática, quer seja no sentido da não ilegalidade. A resposta

90 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de junho de 2002, *Países Baixos/Comissão*, processo C-382/99.

91 A razão para esta interpretação reside no facto de a Comissão estar nas mãos dos EM no que se refere à obtenção de informações sobre as medidas de auxílio.

tem necessariamente de ser dada à luz de cada caso concreto, em linha com o caráter funcional da jurisprudência do TJ e, sobretudo, secundada pelo princípio da proporcionalidade tantas vezes invocado por este tribunal⁹², e que deve ser convocado à luz da natureza do auxílio em causa – *de minimis* –, que necessariamente se distingue do regime dos auxílios de Estado⁹³.

92 Acórdãos do Tribunal de Justiça: de 12 de julho de 2005, *Alliance for Natural Health*, processo C-154/04 e C-155/04; de 6 de dezembro de 2005, *ABNA*, processo C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, e *Tridimas*, 2006: 136 e ss.

93 Esta preocupação de proporcionalidade é visível face à necessidade de o controlo aumentar à medida que aumenta a potencialidade de o auxílio causar distorções de concorrência no mercado interno, *Commission Staff Working Document*, p. 48.

BIBLIOGRAFIA

BERHOFER, Michael

2007 “The New De Minimis Regulation: Enlarging the Sword of Damocles?”, in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 1, pp. 11-23.

COMISSÃO EUROPEIA

1985 *Fourteenth Report on Competition Policy, Published in conjunction with the Eighteenth General Report on the Activities of the European Communities 1984*, Brussels, Luxembourg.

1992 *XXI Relatório sobre a Política de Concorrência 1991, publicado conjuntamente com o XXV Relatório Geral sobre a Atividade das Comunidades Europeias 1992*, Bruxelas, Luxemburgo.

2012 *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais* COM(2012) 209 final.

2013 *Comunicação da Comissão – Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade*, Bruxelas, XXX, draft.

2013 *Commission Staff Working Document Impact Assessment – accompanying the document – commission regulation (EU) no .../... – on the application of articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid – {c(2013) 4448 final} {swd(2013) 522 final} – Brussels, 18.7.2013 swd(2013) 521 final.*

Consultation on the first draft of the new de minimis Regulation replacing Regulation N.º 1998/2006, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis/index_en.html (consultado em 12.02.14). IP/06/1765, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1765_en.htm (consultado em 1.03.14).

IP/13/1293, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1293_en.htm (consultado em 1.03.14).

Small Business Act for Europe, disponível em http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/index_en.htm, (consultado em 1.04.14).

EVANS, Andrew

1997 *European Community Law of State Aid*, Oxford: Clarendon Press.

HANCHER, Leigh, OTTERVANGER, Tom & JAN SLOT, Piet

2006 *E.C. State Aids*, 3.ª ed., London: Sweet & Maxwell.

HEIDENHAIN, Martin (ed.)

2010 *European State Aid Law*, München: Verlag C.H. Beck.

M. D' SA, Rose

1999 *European community law on state aid*, London: Sweet and Maxwell.

MEDERER, Wolfgang, PESARESI, Nicola & VAN HOOF, Marc (ed.)

2008 *EU Competition Law: Volume IV: Book One, State Aid*, Leuven: Claeys and Casteels.

NICOLAIDES, Phedon

2013 “The New Rules on De minimis Aid for 2014-2020: Regulation 1407/2013”, disponível em <http://www.lexxion.eu/training/stateaidblog/2014/01/02/95-the-new-rules-on-de-minimis-aid-for2014-2020-regulation14072013> (consultado em 12.04.14).

SENDEN, Linda

2004 *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart Publishing.

2005 “Soft law and its implications for institutional balance in the EC”, in *Utrecht Law Review*, n.º 2, pp. 79-99.

SINNAEVE, Adinda

2014 “The Complexity of Simplification: The Commission’s Review of the de minimis Regulation”, in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, pp. 261-276.

SMITS, Catherine & DONNY, Marianne (ed.)

2005 *Aides d’État*, Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles.

STUMPF MORRISON, Andrew

2013 “Case Law, Systematic Law, and a Very Modest Suggestion”, in *Statute Law Review*, n.º 361, pp. 159-180.

TAKIS TRIDIMAS, Panagiotis

2006 *The General Principles of EC Law*, 2.^a, Oxford: Oxford University Press.

TUDOR, Florin

2010 “The minimis aid, a possible alternative for supplementing the budgets of SMEs for enhancing competitiveness through the capacity of innovation – the Romanian case”, in *Perspectives of Innovations, Economics and Business*, n.º 1, pp. 45-48.

ZENHA MARTINS, João

2002 “Auxílios de Estado, o caso específico dos auxílios à formação e dos auxílios de minimis”, in *Separata da Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 25, pp. 381-409.



DOSSIER TEMÁTICO

Lei-Quadro das Entidades Reguladoras



LEI-QUADRO DAS AUTORIDADES REGULADORAS – ALGUMAS QUESTÕES ESSENCIAIS E JUSTIFICAÇÃO DO PERÍMETRO DO REGIME FACE ÀS ESPECIFICIDADES DA SUPERVISÃO FINANCEIRA¹

Luís Silva Morais

ABSTRACT: The Article critically reviews the reasons that led to the adoption of a Framework Law of Autonomous Authorities of Economic Regulation in Portugal. It assesses some chief aspects of its regime and the justification for the perimeter of Authorities covered by such Framework Law. Starting from a crucial distinction between the concepts of economic regulation and economic supervision it discusses the particularities of the supervision of the financial sector which, in turn, justify a higher degree of autonomy of supervisory authorities in this field.

SUMÁRIO: 1. Introdução e Razão de Ordem. 2. Antecedentes e Pressupostos da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Autónomas. 3. Requisitos que Delimitam o Perímetro de Autoridades Reguladoras Cobertas pela LQAR. 4. Núcleo Normativo Essencial Justificativo da LQAR. 5. Enquadramento da Autonomia das Autoridades Reguladoras na LQAR e as Suas Limitações. 6. Distinção entre Regulação e Supervisão Económica e Corolários dessa Distinção em Termos de Regulação e Supervisão do Sector Financeiro. 7. O Caso Particular do Sector Financeiro na UE em Portugal – Corolários dessa Particularidade Termos de Enquadramento do Sector Financeiro no Ordenamento Português e Problemas Daí Decorrentes Identificados na LQAR.

¹ O presente artigo foi concluído na sua presente forma em 15 de dezembro de 2014, não tomando em consideração os Estatutos revistos de várias autoridades de regulação ou supervisão a serem previsivelmente publicados em período posterior (e que poderão ser ponderados noutra versão, mais desenvolvida e atualizada, deste Estudo a integrar em monografia mais ampla sobre a Lei Quadro das Autoridades Reguladoras a ser objeto de publicação no decurso de 2015). O autor agradece ao Dr. Samuel Henriques, mestrando em direito intelectual da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL) a estreita colaboração na revisão das notas e remissões bibliográficas e na revisão editorial geral.

1. INTRODUÇÃO E RAZÃO DE ORDEM

1.1. Uma das questões centrais que se podem colocar a propósito da nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras (LQAR)² – por paradoxal que possa parecer neste estágio subsequente à sua aprovação e início de vigência – reporta-se à própria justificação normativa para a adoção de um regime com este objecto e contornos, considerando a relativa diversidade que apresenta o fenómeno da *regulação sectorial da economia*, da *regulação económica em sentido estrito*, face à *disciplina geral do direito da concorrência* e ainda face a uma possível distinção conceptual – mas com relevância prática – entre, por um lado, *regulação económica* e, por outro lado, *supervisão económica*.³

Poderia, é certo, observar-se, à primeira vista, que essa questão seria relevante em sede de *direito a constituir* e teria perdido relevância em termos de *direito constituído*, após a aprovação e início de vigência da Lei n.º 67/2013.

Não o cremos, contudo. Pensamos, pelo contrário, que a avaliação normativa geral que fizemos sobre as condições para a existência de uma disciplina jurídica unificada neste domínio, ainda que sob forma de *lei-quadro* – estabelecendo um regime de *parametricidade* para as várias autoridades reguladoras – pode e deve influir na leitura interpretativa geral que fizemos desse regime (uma vez aprovado, com os contornos desta Lei n.º 67/2013, ora vigente). A propósito da margem para tal leitura hermenêutica da LQAR e para ulteriores opções – diferenciadas entre si – de produção normativa relativa a regimes estatutários e enquadramentos específicos de múltiplas autoridades de regulação económica, impõe-se salientar, *‘ab initio’* que a LQAR não corresponde em termos técnico-jurídicos a uma *lei de valor reforçado*, que se possa erigir em parâmetro de outras leis.

Reportamo-nos aqui, bem entendido, ao enquadramento constitucional destas *leis de valor reforçado*, tal como estabilizado desde a revisão constitucional de 1997, e compreendendo além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços e aquelas que, nos termos constitucionais “*sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras*

2 Reportamo-nos, bem entendido, à *Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Atividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo* (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto). Referir-nos-emos doravante, sob forma abreviada, a este Lei como ‘LQAR’.

3 Para uma primeira perspetiva geral sobre a necessária diferenciação entre o fenómeno da *regulação sectorial da economia*, em geral, com as diferentes realidades que pode ainda congrega, como observaremos, e a *disciplina jurídica horizontal do direito da concorrência* (ou regimes de defesa da concorrência), cfr., por todos, Morais, 2009 e Morais, 2008: 323-340.

devam ser respeitadas”, ou seja leis erigidas em parâmetro de validade de outros actos legislativos, como sucede com as leis de autorização legislativa, leis de bases, ou leis-quadro (v.g. do Orçamento, das reprivatizações ou da criação de regiões administrativas).⁴

1.2. Antecipamos, de resto, desde já, a conclusão e o princípio orientador geral que retirámos da reflexão crítica, global, que desenvolvemos sobre a LQAR – a serem expostos e justificados ao longo deste trabalho – e que se traduzem num sentido de grande flexibilidade interpretativa na leitura e aplicação desta LQAR. Propomo-nos, aliás, retirar corolários dessa flexibilidade para efeitos da latitude a contemplar para os diversos Estatutos de autoridades reguladoras atualmente existentes que devem ser obrigatoriamente adaptados, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 67/2013 (versando *normas de adaptação e transitórias*).

Em articulação com esse aspeto central na compreensão hermenêutica da LQAR propomo-nos também abordar áreas normativas de *supervisão económica* que possam apresentar particularidades, justificando um *tratamento específico*. Destacamos especialmente, a esse propósito, o caso da *supervisão do sector financeiro*, que não terá sido adequadamente contemplado na LQAR, procurando diferenciar, nesse contexto analítico, as noções de *regulação económica* e *supervisão económica*, as quais não devem, em nosso entender, ser indiferentemente utilizadas (e concluindo que, independentemente de soluções ideais, em tese, de ajustamento do perímetro de autoridades cobertas pela LQAR, se justificará, a título subsidiário, tomar em consideração o disposto no n.º 2 do artigo 2.º da LQAR para efeitos de aprovação de estatutos de autoridades de supervisão financeira com autonomia reforçada, por forma a “refletir a especificidade” das mesmas em virtude de exigências do ordenamento da UE⁵).

4 Sobre esta figura das *leis de valor reforçado*, contemplada no atual n.º 3 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, cfr., por todos, Blanco de Moraes, 1998; cfr. ainda Gomes Canotilho, que identifica, numa verdadeira “*plurimodalidade legislativa*” que procura pensar de modo sistemático, o que enuncia como “*leis reforçadas orgânicas, leis reforçadas estatutárias, leis reforçadas de autorização, leis reforçadas de bases, leis reforçadas de enquadramento, leis reforçadas que carecem de aprovação por maioria de 2/3 dos deputados (...)*” (Gomes Canotilho, 2003: 655).

5 Essa matéria será especialmente abordada, evidenciando as particularidades que decorrem da integração das autoridades nacionais de supervisão financeira na nova arquitectura europeia de regulação e supervisão do sector financeiro, *infra*, nos pontos 6. e 7.

2. ANTECEDENTES E PRESSUPOSTOS DA LEI-QUADRO DAS AUTORIDADES REGULADORAS AUTÓNOMAS

Como é sabido, a origem próxima (em termos de política legislativa) desta LQAR, independentemente de projetos anteriores neste domínio e que são conhecidos,⁶ encontra-se no Memorando de Entendimento de 2011 (celebrado com a Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) que previa a elaboração de um Estudo independente sobre as autoridades reguladoras com vista a assegurar a independência e recursos necessários para essas autoridades, cobrindo melhores práticas comparadas em termos de regime de designação de titulares de órgãos, responsabilidades, âmbito e poderes de intervenção de tais autoridades e que estabelecia ainda, na base desse Estudo, a apresentação de um Projeto que – quando necessário – reforçasse a independência das autoridades reguladoras (em conformidade sempre com o direito da UE).⁷

Esse Estudo foi efectivamente apresentado em 2012⁸ e aí entroncaram os trabalhos preparatórios de uma Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras, devendo assinalar-se que a motivação básica foi o reforço de estruturas de regulação autónomas ou com grau especial de autonomia. A expressão ‘independente’, normalmente utilizada, é a nosso ver algo equívoca pois há uma

6 Reportamo-nos aqui, em especial, ao Estudo regulatório solicitado pelo XIV Governo Constitucional, acompanhado de uma Proposta de Anteprojecto de Lei-Quadro das Autoridades Administrativas Independentes, da autoria de Vital Moreira com a colaboração de Fernanda Maças, a qual chegou a ser presente à Assembleia da República, sendo contudo o processo interrompido pela queda do XIV Governo Constitucional. O Projecto em causa seria ulteriormente publicado – Moreira & Maças, 2003.

7 Reportamo-nos aqui ao Memorando de Entendimento (MoU) concluído em junho de 2011 entre o Governo da República Portuguesa, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, na sequência do pedido de assistência financeira externa apresentado pelo Estado Português. Mais concretamente, reportamo-nos aqui ao ponto 7.13. da versão originária desse MoU com o seguinte teor:

“Ensure that the national regulator authorities (NRA) have the necessary independence and resources to exercise their responsibilities by Q4-2012 for the main NRAs and by Q1-2013 for the others. In order to achieve this:

- i. provide an independent report (by internationally recognized specialists) on the responsibilities, resources and characteristics determining the level of independence of the main NRAs. The report will benchmark nomination practices, responsibilities, independence and resources of each NRA with respect to best international practice. It will also cover scope of operation of sectoral regulators, their powers of intervention, as well as the mechanisms of coordination with the Competition Authority. The report will be completed by [Q2-2012];*
- ii. based on the report, present a proposal to implement the best international practices identified to reinforce the independence of regulators where necessary, and in full compliance with EU law by mid-August 2012”.*

8 Tratou-se mais concretamente de Relatório apresentado pelo Consultor ATKearney – *Relatório sobre Autoridades Reguladoras Nacionais* (maio-junho de 2012) – o qual não foi submetido a discussão pública.

dimensão de *accountability* e de resposta necessária destas autoridades de regulação perante órgãos políticos democraticamente eleitos que não pode ser esquecida⁹ (o que nos leva a considerar preferível terminologicamente caracterizar e designar este tipo de autoridades como *autoridades com autonomia reforçada*).

O que está em causa é, pois, assumir um *modelo de regulação económica autónoma* que se toma como referência ou paradigma em relação a alguns dos principais sectores da economia, e que se contrapõe a outros dois níveis distintos de instâncias públicas de regulação correspondentes, em primeiro lugar, ao nível governamental (incluindo ministérios e departamentos governamentais na área económica) e, em segundo lugar, a um nível de organismos reguladores relativamente dependentes, que compreendem largamente no âmbito de sistemas administrativos de tipo continental a *institutos públicos com alguma autonomia funcional e financeira*, mas ou sujeitos em certos casos a *superintendência governamental*, ou a *formas de tutela mais intensa*.

Este *modelo de regulação económica autónoma* foi largamente influenciado pelo sistema norte-americano e foi mais recentemente introduzido e difundido nos Estados Membros da UE (por influência da própria UE) na sequência de vastos programas de privatização e liberalização de múltiplos sectores económicos onde predominavam antes monopólios públicos ou direitos especiais ou exclusivos enquadrados pelos Estado¹⁰ (neste panorama geral, o sector financeiro foi sempre um pouco um caso à parte com uma tradição de regulação e supervisão autónoma forte e interesses públicos muito específicos a serem salvaguardados¹¹).

9 Sobre essa fundamental dimensão de '*accountability*' de autoridades reguladoras da economia que deve ser compatibilizada com vários graus consideravelmente elevados de autonomia dessas autoridades e sobre a crescente discussão teórica e institucional a esse respeito nos próprios ordenamentos anglo-saxónicos que originaram o modelo ou paradigma deste tipo de autoridades reguladoras, cfr., *inter alia*, Katyal, 2006: 2314 ss.

10 Sobre estas evoluções que não cabe desenvolver '*ex professo*' no presente Estudo, dado o seu carácter sintético, cfr., em geral, uma vez mais, Morais, 2008, e, na senda da identificação aí feita de áreas sistemicamente distintas de regulação económica, inserindo a regulação do sector financeiro numa segunda área diversa daquela que corresponde à regulação económica predominantemente dirigida à garantia da abertura efectiva à concorrência de sectores económicos e mercados liberalizados '*ex novo*', cfr. ainda Paz Ferreira & Morais, 2009: 7-38.

11 Para diversas referências a esta *marcada especificidade e tradição autónoma de supervisão do sector financeiro*, que o diferenciam da emergência na UE do fenómeno geral da regulação económica, na sequência de processos de liberalização baseados, designadamente, no artigo 106.º do TFUE, cfr., *inter alia*, na extensa literatura sobre a matéria, Goodhart, 2010: 153 ss.

3. REQUISITOS QUE DELIMITAM O PERÍMETRO DE AUTORIDADES REGULADORAS COBERTAS PELA LQAR

3.1. Esse paradigma de *regulação económica autónoma* é claramente assumido na LQAR que, independentemente do *critério formal de delimitação do âmbito de aplicação do seu regime* previsto no n.º 1 do seu artigo 2.º (“*são entidades reguladoras as definidas como tal por lei*”), estabelece *três tipos de requisitos que delimitam o perímetro e categoria das Autoridades Reguladoras Autónomas*:

- Um *primeiro tipo de requisitos* relativos a *atributos específicos* que materializem uma qualidade de *independência* (ou, numa terminologia alternativa que propomos e será a nosso ver mais adequada, de *autonomia reforçada*¹²), envolvendo esses *atributos* a autonomia administrativa e financeira, autonomia de gestão, independência orgânica, funcional e técnica, órgãos pessoal e património próprio e essencialmente uma tríade de poderes típicos de regulamentação, de supervisão/fiscalização e sancionatórios (reportando-nos aqui basicamente a atributos referenciados nas alíneas *a)* a *e)* do n.º 2 do artigo 3.º da LQAR).

Esses *atributos de autonomia reforçada* em várias dimensões são também concretizados no n.º 1 do artigo 45.º da LQAR, que afasta a sujeição destas Autoridades Reguladoras a superintendência ou tutela governamental, embora, num *equilíbrio institucional e funcional algo delicado e com algumas indefinições*, se estabeleçam nos n.ºs 3 a 8 desse artigo 45.º vários poderes de intervenção governamental, limitativos da autonomia dos Reguladores (aspecto a que regressaremos *infra*, ponto 5.).

- Um *segundo tipo de requisitos* delimitando o perímetro e categoria das autoridades reguladoras autónomas corresponde ao *enquadramento da respetiva gestão financeira e patrimonial*, a propósito do qual se prevê a aplicação supletiva do regime jurídico das entidades públicas empresariais (intrinsecamente associado a uma *margem apreciável de autonomia, típica da gestão empresarial*), nos termos do n.º 2 do artigo 4.º da LQAR, sendo

12 Já tivemos ensejo de expor, conquanto de forma muito breve, *supra*, ponto 2. as razões, não meramente formais e com corolários que também não são meramente formais, que nos levam a discordar da caracterização muito difundida destas entidades como entidades ou autoridades *independentes*, preferindo caracterizar essas entidades como *autoridades com autonomia reforçada*, a qual deve, contudo, ser compatibilizada com uma dimensão de ‘*accountability*’ de tais autoridades. Na doutrina administrativista, que utiliza largamente a terminologia de *autoridades administrativas independentes* cfr., por todos, Cardoso, 2002.

contudo, a atribuição dessa margem relevante de autonomia gestonária em geral, limitada ou condicionada em moldes bastante variáveis conforme o perfil financeiro e patrimonial, que pode ser muito diferenciado, das várias autoridades reguladoras, nos moldes previstos em especial nos artigos 33.º e ss. da LQAR (tema a que também regressaremos, conquanto de forma breve, *infra*, pontos 4. e 5.).

Na verdade, verifica-se na LQAR uma afirmação geral de autonomia gestonária que justifica a própria delimitação de um perímetro de Autoridades Reguladoras sujeitas à matriz normativa comum da LQ, mas depois, em concreto, os graus de autonomia em causa acabam em última análise por ser muito diversificados.

- Finalmente, *um terceiro tipo de requisitos*, delimitando o perímetro e a categoria das autoridades reguladoras, encontra-se associado a *condições*, por um lado, para a *criação* ou, por outro lado, para *extinção, fusão ou cisão destas autoridades* (nos termos dos artigos 6.º a 8.º da LQAR), porventura envolvendo uma das vertentes normativas mais importantes ou significativas previstas nesta Lei.

3.2. Avultam aqui cumulativamente com os atributos materializando a qualidade de *independência*, já referenciados, do artigo 3.º da LQAR, as três condições previstas nas 3 alíneas do n.º 3 do artigo 6.º, referentes a um *princípio de necessidade e interesse público na criação de uma nova pessoa coletiva* para prossecução de determinados objetivos específicos, à *necessidade de independência para a prossecução das atribuições* que se encontrarem em causa e, muito em especial, a *uma capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência*. Isto é, em princípio, só podem ser autoridades reguladoras autónomas aquelas que pelo seu perfil financeiro se mostrem autossuficientes e não dependentes de outras formas exógenas de financiamento, designadamente através do orçamento de Estado – excecionando-se só dessas três condições, incluindo esta condição financeira, as autoridades reguladoras criadas por determinação do direito da UE.

Em qualquer caso, a aferição dessas três condições – mesmo nos casos em que a criação das autoridades reguladoras resulta do direito da UE – deverá ser feita, em todas as situações, mediante um *Estudo Prévio* precedendo a criação das autoridades, a qual, por seu turno, se faz sempre mediante ato legislativo (veja-se, em termos conjugados, o n.º 4 do artigo 6.º e o artigo 7.º da LQAR, no qual importa destacar, entre outros aspetos, a previsão no

sentido de os Decretos-lei a aprovar pelo Governo quanto aos estatutos de autoridades reguladoras especificarem o modelo de financiamento da autoridade em causa, naturalmente para aferir a autossuficiência financeira que é condição para sua criação).

Do mesmo modo, também se prevê necessidade de *Estudo Prévio* para decisões de extinção – igualmente por ato legislativo – de autoridades reguladoras (nos termos do n.º 3 do artigo 8.º da LQAR), sempre que se verifique que não subsistem as razões que ditaram a sua criação ou se tenha tornado impossível o desempenho da sua missão ou atribuições.

Esta *disciplina normativa mínima* para enquadrar a *dinâmica de criação* e a *dinâmica evolutiva* de autoridades reguladoras constitui, como acima se refere, um dos aspetos porventura mais importantes da LQAR e que pode, e até certo ponto, justificar um regime com esta natureza e contornos (pois, como já vimos observando e como acentuaremos mais adiante, as autoridades reguladoras caracterizam-se em larga medida pela significativa diversidade dos seus perfis o que põe em crise a própria ideia de uma sua disciplina-quadro geral).

Em contrapartida, face à importância que podem assumir para essa dinâmica evolutiva das autoridades reguladoras os processos de *fusão* ou até *processos híbridos mais complexos de redistribuição de funções de certas autoridades por outras autoridades* – por várias ordens de razões, financeiras e necessidades associadas de reforma da administração pública,¹³ bem como por razões referentes à evolução técnica ou de mercado dos próprios sectores regulados, que são hoje extremamente dinâmicos – pode estranhar-se até certo ponto que a LQAR seja omissa quanto a *parâmetros específicos* a observar para essas fusões ou para reestruturações e redistribuições de funções mais complexas.

13 Necessidades de *reforma da administração pública* incluindo aqui a administração autónoma – um tema que está na ordem do dia no quadro do programa de ajustamento desenvolvido desde junho de 2011 em Portugal, com várias componentes do programa contemplado no MoU de 2011 orientadas para essa reforma, mas num processo cuja concretização se vem revelando difícil. Múltiplas análises e reflexões críticas promovidas pelo Conselho das Finanças Públicas (CFP) vêm evidenciando as dificuldades dessa reforma e a sua importância, seja em termos de eficiência em geral, seja para a própria consolidação financeira. Cfr., em geral, sobre essas reflexões promovidas pelo CFP, *Para uma Reforma Abrangente da Organização e Gestão do Sector Público/Towards a Comprehensive Reform of Public Sector* (Proceedings de Conferência de janeiro de 2013); cfr. ainda *Portugal: Reforming the State to Promote Growth*, OECD, Paris, 2013. A matéria foi objeto de documento apresentado pelo Governo em Portugal em outubro de 2013 – *Um Estado Melhor: Guião para a Reforma do Estado*, Lisboa, outubro de 2013. Importa reconhecer que no universo anglo-saxónico a reflexão crítica sistematizada sobre a reforma do Estado, incluindo as *estruturas autónomas de regulação pública*, tem sido levada mais longe. Cfr., para uma panorâmica geral a esse respeito, Andrews, Downe & Guarneros-Meza, 2013.

Tal omissão avulta ainda mais se considerarmos o contexto europeu de fusões e reestruturações de autoridades reguladoras em vários Estados Membros da UE, como sucedeu, por exemplo, com o projeto de fusão em Espanha da autoridade de concorrência com vários reguladores sectoriais (objeto de críticas curiosamente por parte da Comissão Europeia¹⁴), ou, sem nos alargarmos excessivamente nos múltiplos exemplos recentes, com a fusão da autoridade de concorrência com a autoridade reguladora de comunicações e a entidade de proteção dos consumidores na Holanda.¹⁵

Num contexto de pressão financeira sobre os estados (em termos de finanças públicas) teria sido importante assegurar que operações de fusão e reestruturação de autoridades reguladoras não são prioritariamente ditadas por estritas razões financeiras e conjunturais de contenção de despesa apesar da natureza financeira autossuficiente estabelecida para essas autoridades cobertas pela LQAR, mas por *razões estruturais* e relacionadas com os objetivos e imperativos, a cada momento, de regulação pública de sectores económicos complexos (em que o Estado sistematicamente vem abandonando uma intervenção direta como produtor a favor de uma intervenção indireta como Regulador, como sucede em Portugal com a rápida conclusão do processo de privatizações e a extinção, no quadro desse processo de privatizações, de outros mecanismos residuais de salvaguarda de certos interesses públicos como as ações privilegiadas, correntemente designadas como “*golden shares*”, ou outros¹⁶).

14 Sobre esse processo em Espanha e sobre as críticas feitas a tal processo a nível da UE, cfr., *inter alia*, Trillas, 2013.

15 Sobre esse e outros processos de fusão de autoridades reguladoras em diversos Estados Membros da UE, cfr. *Annual Report on Competition Policy Developments in the Netherlands* – 2012, October, 2013.

16 É certo que a última reforma da Lei-Quadro das Privatizações de 2011 – aprovada ‘*ex vi*’ da Lei n.º 50/2011 (de 13 de setembro) estabeleceu, em paralelo com a revogação do artigo 15.º, relativo a *ações privilegiadas e administrador por parte do Estado*, uma imposição, prevista no artigo 27.º-A, no sentido de o Governo, no prazo máximo de noventa dias a contar do início de vigência da referida Lei n.º 50/2011, estabelecer um “*regime extraordinário para salvaguarda de ativos estratégicos em sectores fundamentais para o interesse nacional, em observância do direito comunitário*”. Com significativo atraso em relação a esse horizonte temporal, encontra-se em discussão no início de 2014 um possível projeto neste domínio, mas consideramos com algum ceticismo as potencialidades e alcance do regime que venha porventura a ser aprovado nos termos configurados na referida disposição do artigo 27.º-A da Lei n.º 11/90, na sua última redação (mostrando-se, entre outros aspetos, potencialmente contraditória a invocação expressa de um ‘*interesse nacional*’ *vis a vis* a necessária observância do direito da UE). Sobre estes aspetos e estas evoluções, cfr. Morais (coord.), Pardal & Rodrigues, 2014.

4. NÚCLEO NORMATIVO ESSENCIAL JUSTIFICATIVO DA LQAR

Tendo assim passado rapidamente em revista os três tipos de requisitos *supra* enumerados, delimitando o perímetro e categoria das autoridades reguladoras cobertas pela LQAR, importa verificar se essa suposta base comum configura uma verdadeira disciplina normativa quadro, consistente enquanto tal no seu núcleo essencial, cobrindo as autoridades reguladoras (sendo a consistência desse núcleo normativo essencial aquilo que poderá realmente justificar a existência de uma Lei Quadro das Autoridades Reguladoras).

Ora, se conjugarmos a (i) LQ com os (ii) estatutos existentes de autoridades reguladoras e com várias normas aplicáveis a algumas autoridades reguladoras constantes da (iii) Lei de Enquadramento Orçamental, bem como com normas constantes das (iv) últimas leis de Orçamento de Estado, tendemos a encontrar, pelo contrário, um *enquadramento muito fragmentado* das várias autoridades reguladoras, *que dificilmente é consolidado ou harmonizado pela LQAR*.

Na realidade, e num esforço analítico de sistematização dessa realidade fragmentada podemos distinguir situações correspondentes a:

- (a) algumas autoridades gozando de uma autonomia orçamental plena, que as aproxima globalmente do regime das entidades públicas empresariais (a que algumas autoridades reguladoras estavam efectivamente sujeitas na globalidade, correspondendo a aplicação supletiva do regime das empresas públicas, e só para a gestão financeira e patrimonial agora contemplada no n.º 2 do artigo 4.º da LQ, na prática a uma diminuição de autonomia para essas autoridades);
- (b) outras autoridades, tendo uma autonomia orçamental mais limitada (parcialmente sujeitas ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos com as suas implicações em matéria de autorização de despesas, transição e utilização de resultados líquidos ou cativações de verbas);
- (c) ou ainda, finalmente outras Autoridades com muito reduzida autonomia orçamental, em função de uma aplicação mais alargada do regime dos fundos e serviços autónomos.

Tal resulta, desde logo, do facto de a estrutura de financiamento das várias Autoridades Reguladoras ser muito diversificada, incluindo taxas de regulação ou supervisão com contornos muito variados, taxas específicas de outra natureza, produto de coimas em processos de contraordenação (ou outras receitas).

Em paralelo, as exigências de autonomia resultantes para várias autoridades do direito da UE – e estabelecendo para algumas autoridades a sua integração em redes europeias de autoridades reguladoras em articulação, ou não, com certas autoridades europeias de regulação (criadas ou a criar) – são muito díspares, o que dificulta também uma base comum verdadeiramente consistente de disciplina quadro das várias autoridades cobertas pela LQAR.

5. ENQUADRAMENTO DA AUTONOMIA DAS AUTORIDADES REGULADORAS NA LQAR E AS SUAS LIMITAÇÕES

Noutro plano de análise, correspondente a garantia de autonomia das autoridades reguladoras, envolvendo algumas das vertentes que já referimos, existe, em contrapartida, uma zona cinzenta jurídica de algumas limitações dessa autonomia resultantes de vários poderes governamentais de intervenção. Pensamos, entre outros aspectos:

- Na necessidade de aprovação prévia pelo Governo do orçamento, planos plurianuais, balanço e contas de reguladores (cfr. n.º 4 do artigo 45.º da LQAR);
- Na necessidade de aprovação prévia pelo Governo de outros atos com incidência financeira, embora remetendo a enumeração desses atos para os estatutos de cada autoridade (cfr. n.º 5 do artigo 45.º da LQAR). Deve notar-se que a possibilidade de recusa de aprovação de orçamentos, planos, documentos de contas ou outros documentos com expressão financeira terá por base eventualmente, em certos casos, fundamentos que não se limitam à legalidade (sem sentido estrito) destes atos. Tal pode redundar numa forma ‘*sui generis*’ de “*tutela*” balizada por critérios tão genéricos como o fundamento correspondente ao *prejuízo para os fins das entidades reguladoras* ou *prejuízo para o interesse público* (cfr. n.º 6 do artigo 45.º da LQAR).

Pensamos ainda noutros aspetos relevantes, como *v.g.*:

- O condicionamento da margem de apreciação das autoridades reguladoras para a realização de inspeções ou auditorias, *maxime* face ao previsto na segunda parte do n.º 1 do artigo 42.º da LQAR, fazendo depender essas inspeções de circunstâncias que indiquem perturbações no respetivo sector de atividades. Ora, em várias áreas com peso essencial da dimensão de

supervisão económica (e em que esta avulte sobre a dimensão de *regulação económica em sentido estrito*),¹⁷ como sucederá de modo paradigmático com a supervisão do sector financeiro, a realização de inspeções faz parte de procedimentos normais e regulares de supervisão e não terá que depender forçosamente de indícios prévios de perturbações no sector;

- A intervenção do Governo nos processos de regulamentação das autoridades de regulação nos termos do artigo 41.º (*maxime* dos números 1 e 2 deste artigo). Na verdade, estaremos necessariamente perante realidades intrinsecamente distintas quando se contempla, por razões de transparência, a intervenção de empresas ou entidades reguladas no processo de preparação de regulamentos (ou até de associações de utentes e de consumidores) ou quando se contempla, para a aprovação de regulamentos pelas autoridades reguladoras no quadro do seu poder regulamentar próprio, a “*intervenção do Governo*”.

Em paralelo, para além desta zona cinzenta jurídica, *supra* afluída, de condicionamentos ou intervenções exógenas (em particular do Governo) na atuação das autoridades reguladoras autónomas, que convive mal com a afirmação geral de autonomia ou independência destas autoridades, outra vantagem que, em tese, poderia advir de uma disciplina normativa comum das mesmas autoridades (sob forma de Lei Quadro) seria a de balizar ou equilibrar a autonomia reforçada das autoridades reguladoras com uma dimensão de ‘*accountability*’. Tratar-se-ia de gerar um modelo equilibrado de autonomia para o exercício de funções de regulação económica, muito discutido em ambientes jurídicos anglo-saxónicos (*v.g.* nos EUA e no Reino Unido¹⁸).

Ora, os elementos suportando tal dimensão desejável de ‘*accountability*’ parecem muito limitados na LQAR. Poderemos referenciar a esse propósito a prestação de esclarecimentos ou informações no Parlamento por parte de autoridades reguladoras sobre a sua atividade (a solicitação de comissões parlamentares

17 Reportamo-nos aqui, uma vez mais, à contraposição entre uma *dimensão prevalecente de supervisão económica* e uma *dimensão prevalecente de regulação económica em sentido estrito* que implicam caracterizações globais diferenciadas de certas autoridades reguladoras e de supervisão, que já afluíram *supra* e que desenvolvemos *infra*, 6.1. e 6.2.

18 Sobre essa intensa e complexa discussão em torno de uma dimensão de necessária *accountability* de autoridades reguladoras autónomas, *cfr.*, *inter alia*, Majone, 1994; *The Regulatory State – Controlling its Accountability*, House of Lords, UK, Select Committee on the Constitution, Vol. I, May 2004; Christensen, 2007: 499 ss.; Black, 2008: 137 ss.; Maggetti, 2010.

competentes, nos termos do n.º 3 do artigo 49.º da LQAR)¹⁹; a audição por comissão competente do Parlamento no quadro do processo de designação dos membros de conselhos de administração de autoridades reguladoras designados pelo Governo (nos termos dos números 3 e 4 do artigo 17.º da LQAR).

Ficamos, contudo, muito longe de um verdadeiro mecanismo intermédio de escrutínio parlamentar de autoridades reguladoras, assegurando certos patamares de ‘*accountability*’ compatibilizáveis com a autonomia reforçada estas entidades.

Outra zona cinzenta que se pode detetar entre, por um lado, espaços menos claros de ‘*accountability*’ e, por outro lado, certas relações algo atípicas de dependência das autoridades reguladoras cobertas pela LQAR em relação ao Governo, corresponde à previsão da al. *m*) do n.º 1 do artigo 21.º da LQAR referente a *funções genéricas de assessoria técnica ao Governo*. Na verdade, essa previsão convoca uma realidade da qual importa ter consciência e que se reporta à evolução das estruturas da administração pública direta e indireta ao longo dos últimos anos. Reportamo-nos aqui a uma debilitação crescente, por várias ordens de razões,²⁰ das estruturas da administração direta do Estado, levando a que, com frequência, as estruturas governamentais se mostrem na prática muito tributárias da assessoria técnica a vários níveis por parte de reguladores especializados numa função que, com essa latitude, coexiste mal com a garantia formal de autonomia desses reguladores.

6. DISTINÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO ECONÓMICA E COROLÁRIOS DESSA DISTINÇÃO EM TERMOS DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DO SECTOR FINANCEIRO

6.1. Um outro tópico crítico de problematização da LQAR envolve, em nosso entender, o nivelamento técnico muito questionável nesta Lei de *funções gerais de regulação económica com funções de supervisão económica*, não se

19 Trata-se, de resto, de matéria que em relação a autoridades de supervisão financeira suscita questões até ao presente não satisfatoriamente resolvidas de disponibilização e salvaguarda de informações cobertas pelo *sigilo de supervisão financeira*, com o alcance significativo de que este se reveste, sobretudo no que respeita a comissões parlamentares de inquérito, cujos poderes de solicitação de informações foram consideravelmente reforçados em 1997, através da Lei n.º 126/97, de 10 de dezembro (que alterou o regime destas comissões originariamente aprovado pela Lei n.º 5/93, de 1 de março, e objeto de posteriores alterações ‘*ex vi*’ da Lei n.º 15/2007, de 3 de abril).

20 Não há espaço aqui para comentar e contextualizar essa evolução. Cfr sobre a matéria, uma vez mais, Morais, 2008.

reconhecendo suficiente especificidade a *autoridades reguladoras* (*‘lato sensu’*) cujo perfil funcional e missão estatutária implica alguma *prevalência de funções de supervisão sobre funções de regulação* (*‘stricto sensu’*).

Com efeito, nesses casos em que a regulação *‘stricto sensu’* coexiste com uma *dimensão predominante* de tarefas específicas de *supervisão económica* tende-se a exigir normalmente – a par e passo – um outro grau reforçado de autonomia funcional das autoridades em causa. Trata-se, nesse tipo de situações, de autoridades cujo *poder de regulamentação* não deverá em princípio ficar condicionado por intervenções do Governo (diversamente do que sucede na LQAR, como observámos *supra*, pontos 4. e 5.) e cujo *poder de realização de inspeções* não deve também, por princípio, ficar condicionado (também em sentido diverso do que se verifica na LQAR, como verificámos *supra*, 5.).

Trata-se ainda de autoridades cujas necessidades continuadas de atos de supervisão não podem ficar, sob qualquer forma, dependentes de aprovações não garantidas para determinados documentos orçamentais. Este problema de princípio verifica-se, em termos não compatíveis com tais necessidades típicas dessas autoridades, mesmo que se aplique a estas entidades a esfera superior de autonomia financeira admitida na LQAR, entre os múltiplos graus de autonomia aí contemplados de uma forma menos sistemática (traduzindo, como já observámos, uma apreciável diversidade de regimes financeiros²¹ que convive mal com um programa normativo de criação de um regime quadro e parametrizado para a generalidade das autoridades de regulação económica).

Este tipo de situações ocorre, de modo paradigmático, na área muito particular de regulação e supervisão do sector financeiro, na qual a *dimensão de supervisão* avulta como primacial, e cuja especificidade não se terá mostrado, a esse título, devidamente reconhecida na LQAR, que exclui do seu âmbito de aplicação o Banco de Portugal (BP), mas incluiu no seu perímetro normativo a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e o Instituto de Seguros de Portugal (ISP), conferindo-lhes um tratamento de *completa paridade funcional com a generalidade das autoridades de regulação económica*.

Reflexamente, este envolve um *tratamento sistémico distinto* para as *autoridades de regulação e supervisão financeira* existentes no quadro do *modelo institucional tripartido de supervisão financeira existente em Portugal*, embora correspondendo em nosso entender a um *modelo tripartido ‘sui generis’* ou

21 Sobre essa diversidade de regimes financeiros aglutinados na LQAR cfr. os aspectos já aflorados *supra*, ponto 4.

parcialmente qualificado, pois combina (i) uma estrutura tradicional tripartida de autoridades sectoriais de supervisão financeira, por subsectores do sistema financeiro – bancário, de seguros e fundos de pensões e de mercados organizados de valores mobiliários – com (ii) uma instância complementar que qualifica esse modelo de supervisão e visa assegurar a cooperação continuada e devida articulação funcional entre as três autoridades sectoriais.

Trata-se da instância complementar materializada desde 2000 no Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF), criado ‘*ex vi*’ do Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro, e cujo regime foi recentemente alterado através do Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro,²² numa dinâmica normativa e jurídico-económica de alguma forma contraditória com a da LQAR – reforçando-se a coordenação de actividades dos supervisores financeiros através do CNSF, em ordem ao exercício adequado de funções de *supervisão macroprudencial* dirigidas ao *controlo do risco sistémico*²³ (cuja prossecução é determinada por impulso da UE face à reestruturação da arquitectura de regulação e supervisão financeira europeia na sequência da grande crise financeira internacional de 2007-2009, como observaremos especificamente *infra*, ponto 7.2.)

Acresce que, para além do acima referido *tratamento sistémico distinto* para as autoridades de regulação e supervisão financeira existentes no ordenamento jurídico Português, inerente ao perímetro normativo que foi recortado na LQAR, esta Lei também não conferiu sequer um tratamento específico às autoridades de regulação e supervisão financeira (CMVM e ISP) incluídas nesse seu perímetro, no sentido de lhes reconhecer, entre outros aspetos, um *nível especial de autonomia reforçada* que estaria intrinsecamente associado ao seu perfil de prevalência das funções de supervisão sobre as de regulação ‘*stricto sensu*’.

Impõe-se, de qualquer modo, neste ponto da nossa análise, e antes de aprofundarmos as potenciais distorções associadas a estas opções normativas da

22 O regime do CNSF para esta mais recente alteração do final de 2013 havia conhecido já uma alteração prévia através do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro.

23 Sobre a noção de *macro supervisão prudencial* e de *controlo do risco sistémico* que emerge como uma das novas dimensões essenciais das reformas em curso da regulação e supervisão do sector financeiro na sequência da crise financeira internacional de 2007-2009, que tem perdurado – sob outras formas (na UE como um verdadeiro círculo vicioso entre crise bancária e crise das dívidas soberanas) – cfr., *inter alia*, Zigrand, 2014; Afonso & Shin, 2009; Derviz, 2013; *Instruments of Macroprudential Policy – A Discussion Paper*, Bank of England, December 2011; Borio, 2003.

LQAR e possíveis formas de as corrigir ou mitigar, proceder à decisiva clarificação conceptual que vimos trazendo à colação entre funções de *regulação económica* e funções de *supervisão económica* (e, concomitantemente, entre autoridades em que alguma dessas duas dimensões possa prevalecer sobre a outra).

6.2. Na realidade, *apesar de alguns autores referirem de modo aparentemente indistinto as funções de regulação e supervisão económicas e de a distinção entre essas realidades nem sempre ser clara também na jurisprudência* – considerando aqui, designadamente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional que tem aflorado matérias relativas ao exercício de poderes de supervisão e de utilização de informações obtidas por força do exercício de funções de supervisão –²⁴ *pensamos que dessas realidades devem ser devidamente distinguidas no plano conceptual.*

Assim, as funções de *supervisão* reportam-se ao escrutínio a par e passo (*monitoring*, se quisermos utilizar uma sugestiva expressão anglo-saxónica) de determinada atividade económica e de operadores que desenvolvam tal atividade num sector regulado. Como tal, essa função de supervisão traduz-se primacialmente na verificação em concreto da efetiva aplicação (*enforcement*) de regras de enquadramento do exercício de certas atividades económicas sujeitas a regulação sectorial (*lato sensu*), em função de certos indicadores e critérios técnicos.

Em contrapartida, esses complexos de regras de enquadramento do exercício de tais atividades, combinadas com regras de acesso às mesmas atividades, e a produção dos referidos indicadores e critérios técnicos – de intensidade e exigência variável conforme o sector económico regulado em causa – que vão ‘*a priori*’ balizar a atuação dos operadores nos sectores em questão correspondem globalmente a uma dimensão de *regulação* em sentido estrito (que pode compreender subsidiariamente uma dimensão de exercício de poderes sancionatórios próprios de autoridades reguladoras autónomas, com vista a

24 A esse propósito tenha-se presente, *v.g.*, o importante Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011 (proferido no processo n.º 366/11), apesar de o mesmo não respeitar especificamente a um problema base de *regulação sectorial* mas à aplicabilidade do direito ao silêncio no âmbito de certas atividades de supervisão da Autoridade da Concorrência. Esse problema base levou, contudo, o Tribunal a equacionar em termos mais gerais o “*conceito de supervisão*” (esp. ponto 7 e ss do Acórdão) em termos também relevantes para os vários domínios da *regulação sectorial* (e para além do campo da defesa da concorrência), embora, e salvo o devido respeito, analisando esse conceito de modo excessivamente sincrético e sem aprofundar distinções conceptuais mais aprofundadas e exigentes entre *regulação económica* (em geral) e *supervisão económica*.

salvaguardar o cumprimento dos acima referidos complexos de regras, indicadores ou parâmetros técnicos).

É certo que, tipicamente – e como é refletido na LQAR, designadamente nos seus artigos 40.º a 43.º – o modelo de autoridades reguladoras autónomas desenvolvido na UE nos últimos decénios, por influência norte-americana, envolve a detenção e exercício por parte destas autoridades de uma tríade essencial de poderes de *regulamentação*, poderes de *supervisão* e poderes *sancionatórios* para suportar uma actividade de regulação económica ‘*lato sensu*’.²⁵ Esse modelo institucional de referência passível de ser aplicado em tese às experiências de regulação económica sectorial, não obstante as disparidades que estas apresentam, não pode, contudo, justificar uma visão sincrética e indistinta desses vários domínios de regulação sectorial (o que não seria analiticamente rigoroso). Na verdade, uma observação sistemática desses domínios, traduzindo intervenções públicas ordenadoras de diferentes actividades económicas, em função de interesses públicos distintos e também de exigências funcionais distintas conforme as características dessas actividades e o tipo de interesses a salvaguardar que estas convocam, evidencia diferentes abordagens regulatórias (que importa apreender devidamente).

Em termos esquemáticos podemos considerar que avultam neste domínio duas abordagens paradigmáticas:

- Por um lado, e correspondendo à maioria das áreas de regulação económica sectorial, intervenções públicas ordenadoras da atividade económica em que a dimensão de *regulação* (sem sentido estrito) é prevacente;
- E, por outro lado, num conjunto limitado de casos que se revestem de consideráveis especificidades – e em termos que alcançam a sua maior expressão a propósito do escrutínio do funcionamento do sector financeiro – intervenções públicas ordenadoras da atividade económica em que a dimensão de *supervisão* é prevacente.

No primeiro caso, e considerando os poderes típicos associados ao modelo de autoridades de regulação económica autónomas (ou independentes), as funções exercidas são essencialmente tributárias de poderes de regulamentação combinados com poderes sancionatórios, assumindo os poderes de supervisão um papel de algum modo instrumental (dirigido à fiscalização pontual do

²⁵ A esse respeito, cfr., uma vez mais, Morais, 2008.

cumprimento geral dos complexos de regras e parâmetros delineados para certo sector da economia, o qual será salvaguardado, como *última ratio*, através do recurso aos poderes sancionatórios).

No segundo caso, a intervenção pública ordenadora da actividade económica em causa é intrinsecamente definida em torno de um núcleo de poderes de supervisão a serem exercidos em permanência (especialmente devido ao tipo de riscos para o interesse público que se faz sentir nos sectores económicos sujeitos a tal intervenção).

Como referíamos *supra*, a *intervenção pública ordenadora da actividade das instituições financeiras* constitui o expoente máximo desta segunda abordagem regulatória, caracterizada pela *prevalência da dimensão de supervisão*, cuja especificidade deve ser reconhecida juridicamente e em termos institucionais (no que respeita à organização do exercício das funções de regulação e supervisão do sector financeiro).

6.3.1. Assim, no seu cerne a *regulação e supervisão de instituições financeiras* envolve uma *dimensão prudencial* dirigida ao controlo e verificação permanentes de um conjunto essencial de indicadores de equilíbrio financeiro e de aferição de riscos de gestão dessas instituições financeiras (tradicionalmente orientados numa ótica microprudencial para a aferição do ‘*risk management*’ de cada instituição individualmente considerada) e uma dimensão de *controlo ou escrutínio da conduta de mercado dessas instituições* (tendo presente, entre outros aspectos, a proteção de consumidores não profissionais de serviços financeiros e padrões de informação assimétrica que tendem a caracterizar o funcionamento do sector financeiro).²⁶

Como refere sugestivamente Charles Goodhart, esta regulação e supervisão de instituições financeiras desenvolveu-se fundamentalmente a partir da ‘*praxis*’ de monitorização destas instituições e estabelecendo indicadores e parâmetros de escrutínio das mesmas com base em *procedimentos concretos e operacionais de acompanhamento regular das mesmas* por parte de diversas autoridades públicas, com mandatos de considerável latitude (e não a partir de uma construção reguladora normativamente escorada em grandes princípios estruturantes). Nas suas palavras lapidares, “*financial regulation has always been atheoretical: a pragmatic response by practical officials and concerned politicians*,

26 Sobre estas dimensões e para uma perspetiva e discussão em extensão das mesmas, cfr., por todos, Brunnermeier, Crockett, Goodhart, Persaud & Shin, 2009.

*to immediate problems (...). When the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) was established in 1974-75 to handle some of the emerging problems of global finance and cross-border banking, the modus operandi then developed was to hold a round-table discussion of current practice in each member state (...).*²⁷

Acompanhando aqui especialistas de referência neste domínio como Rosa Lastra,²⁸ *impõe-se, no quadro da regulação e supervisão do sector financeiro* – caracterizadas pela necessidade de assegurar *em permanência* quer determinados níveis de equilíbrio financeiro, numa perspetiva de regulação e supervisão prudenciais, quer determinados comportamentos no mercado, sob pena de se comprometer seriamente o funcionamento do sector financeiro devido às características únicas de interligação sistémica que este apresenta –²⁹ *distinquir analiticamente entre os dois planos conceptuais correspondentes à regulação e supervisão financeira, reconhecendo o papel primacial do segundo desses planos.*

Nos termos claros e peremptórios em que esta clarificação concetual é formulada por Rosa Lastra e Luis Garicano – e que aqui acompanhamos – *“the terms supervision and regulation are conceptually different, even though many commentators use them interchangeably”*.³⁰

Acresce que essa distinção concetual se encontra também refletida na arquitectura institucional supranacional progressivamente construída na UE para a regulação e supervisão de sectores financeiros cada vez mais integrados dos Estados Membros (embora sujeitos mais recentemente a novos riscos de fragmentação, invertendo o processo anterior de integração, devido à espiral perversa da combinação da crise bancária com a crise das dívidas públicas soberanas, em moldes que não temos aqui espaço para aprofundar³¹).

Na verdade, a *supervisão financeira* – reporta-se à fiscalização e escrutínio numa base permanente de instituições financeiras e à verificação em concreto da efetiva observância (*enforcement*) de regras de enquadramento do exercício das suas atividades, em função de parâmetros pré-estabelecidos em ordem,

27 Cfr. Goodhart, 2010: 153.

28 Cfr. a esse propósito as observações de Rosa Lastra em Lastra & Garicano, 2012: 72 ss.

29 Sobre essas características únicas de *interdependência sistémica* das atividades dos vários operadores e subsectores do *sector financeiro*, sem paralelo noutros sectores económicos, cfr., *inter alia*, Dombret & Lucius, 2013.

30 Cfr. essa análise e clarificação em Lastra & Garicano, 2012: 73 ss.

31 Para um aprofundamento dessa matéria que está na base do lançamento do projeto da denominada união bancária europeia, cfr., por todos, Véron, 2012; Lastra & Buchheit, 2014.

entre outros aspetos, a assegurar – também numa base continuada (essencial para manter certos níveis mínimos de confiança em que assenta todo o funcionamento do sector financeiro) – garantias de equilíbrio financeiro dessas instituições; podendo, de resto, a determinados níveis, alguns desses parâmetros técnicos ser ajustados em função dos indicadores recolhidos com base naquele escrutínio permanente das instituições financeiras.

A *regulação financeira*, por seu turno, reporta-se, no essencial, à elaboração daquelas regras de enquadramento (o chamado *rulemaking*) e em muitos espaços económicos, como no espaço de integração da UE, vem-se observando ao longo dos últimos anos uma *fundamental disparidade* entre os *graus de integração* verificados, por um lado, no *plano dessa regulação financeira* e, por outro lado, no *plano da supervisão financeira* (o que evidencia igualmente, como acima se aflora, a *distinção conceptual* entre estas duas realidades, com múltiplos corolários ao nível da *organização institucional de funções de regulação e supervisão do sector financeiro*³²).

Com efeito, na sequência da crise internacional do sector financeiro e das reações regulatórias aos verdadeiros movimentos tectónicos desencadeados por essa crise,³³ registaram-se avanços quase federais na harmonização da *regulação* não verdadeiramente acompanhados no plano da *supervisão* (ou que só mais recentemente vieram a ser acompanhados, e em termos mais limitados, nesse plano, no que respeita ao subsector bancário do sistema financeiro, no quadro do projeto da denominada *União Bancária Europeia* lançado no final do primeiro semestre de 2012³⁴).

6.3.2. Na UE a arquitetura da supervisão financeira era, até às reformas emergentes do Relatório Larosière³⁵ – aprovadas, na sua parte essencial, em setembro de 2010 – caracterizada por três princípios essenciais: (i) descentralização, (ii) cooperação e (iii) segmentação, os quais se encontravam subjacentes à chamada estrutura Lamfalussy (por referência ao anterior

32 Nível da *organização institucional* de funções regulatórias *lato sensu* que corresponde ao plano essencialmente convocado pela LQAR de que aqui nos ocupamos, nos termos desde logo delineados na parte preambular desta nossa análise, *supra*, pontos 1. e 2.

33 Sobre essas reações regulatórias, seus contornos e alcance, cfr., em geral, Bruno, 2009.

34 Sobre o projeto da União Bancária Europeia cfr., uma vez mais, Véron, 2012; Capriglione, 2013; Ferrarini & Chiarella, 2013.

35 Sobre o Relatório Larosière e o seu impacto em termos de reformas europeias de regulação financeira, cfr. *inter alia*, Onado, 2010.

Relatório de Peritos que influenciou opções prévias de regulação do sector financeiro na UE³⁶).

Descentralização, porque a supervisão prudencial permanecia largamente descentralizada ao nível dos Estados com base no princípio do “*Home country control*”, combinado com reconhecimento mútuo da legislações estaduais baseado em prévia harmonização regulatória; *cooperação*, pois essa supervisão assente em autoridades nacionais pressupõe a cooperação entre as mesmas, com alguma coordenação no plano europeu através de comités especializados; segmentação devido a uma prevacente especialização em domínios sectoriais distintos – bancário, segurador e de fundos de pensões e de mercados de capitais.

Contrariamente ao que se pudesse pensar ‘*prima facie*’, a reforma aprovada em setembro de 2010, com origem no Relatório Larosière, não traduziu uma rutura com esses três princípios de (i) descentralização, (ii) cooperação e (iii) segmentação. Marcou ‘apenas’ uma *atenuação* desses princípios, no quadro de um processo de transição, que deverá ainda conhecer outros passos ulteriores (os quais provavelmente se virão a afastar mais, então, desses princípios ordenadores).

Essencialmente, *esta reforma europeia de final de 2010 da arquitectura global de regulação e supervisão financeira* – reforma importante, mas limitada, desde logo por visar o aprofundamento de uma regulação financeira de base supranacional (a ‘*single rulebook*’ europeu),³⁷ mas deixando a parcela essencial da supervisão financeira ainda, em larga medida, numa esfera nacional, ainda que crescentemente sujeita a coordenação europeia e com exigências acrescidas quanto ao estatuto dos supervisores nacionais integrados na arquitetura europeia – *apresenta dois pilares*.

6.3.3. *Num primeiro plano, o pilar correspondente à criação do Comité Europeu do Risco Sistémico (CERS)*. Trata-se da nova entidade responsável pela superintendência dos riscos macroprudenciais do sistema financeiro na UE, que resultem de desenvolvimentos dentro do próprio sistema evitando crises generalizadas. Tal implica tarefas operacionais de identificar e alinhar riscos

³⁶ Sobre o Relatório Lamfalussy e a estrutura ou arquitetura europeia de regulação financeira que este influenciou, cfr., em geral, Charher, 2005.

³⁷ Sobre a ideia de ‘*single rulebook*’ europeu no domínio da regulação do sector financeiro, sucedendo a uma abordagem essencialmente assente em harmonização, com descontinuidades e margem para algumas diferenças entre normativos nacionais, cfr., por todos, Black, 2012.

sistémicos de acordo com a sua prioridade e emitir *avisos* quando esses riscos sejam considerados significativos – bem como emitir *recomendações de ação* para responder a esses riscos e monitorizar as ações decorrentes desses *avisos* ou *recomendações* ou, pelo contrário, as omissões registadas.

A ideia de fundo – aqui muito simplificada (*‘brevitatis causae’*) – desta supervisão macroprudencial de riscos sistémicos traduz-se no facto de que, diversamente do que se pensava antes da crise 2007-2009, pode existir um controlo razoável e aparentemente eficaz dos riscos das instituições financeiras individualmente consideradas (microsupervisão prudencial) e, ainda assim, a soma de várias disfunções ou problemas que tomados isoladamente não parecem muito importantes, ser suscetível de perturbar no seu conjunto o funcionamento do sistema financeiro ou de partes importantes desse sistema.³⁸

Não temos aqui espaço para entrar nos pormenores institucionais, mas a organização desta entidade inclui membros com direito de voto – presidente do BCE, Governadores dos bancos centrais do Sistema Europeu de Bancos Centrais, um membro da Comissão e Presidentes das novas Autoridades Europeias de Supervisão (que vamos referir já de seguida); inclui também membros sem direito de voto, compreendendo um representante de alto nível por Estado Membro das autoridades nacionais de supervisão. Pode, por um lado, compreender-se a natureza organicamente compósita da nova entidade, mas podem, por outro lado, suscitar-se dúvidas sobre a efetiva aptidão funcional dessa Entidade para actuar, como se pretendia no Relatório Larosièrre como uma espécie de “*Early Warning Mechanism*”, com o seu elevado número de membros, exercendo funções rotativamente.

Tal poderá não ser conducente a um processo decisório eficiente, quer no plano consultivo, quer no sentido de decidir em tempo oportuno ações efetivas se forem necessárias. Aproximar-se-á mais, em certo sentido, de uma espécie de *forum* que pode levar a um nível qualitativamente superior de cooperação orientada para preocupações de macrossupervisão, mas não responderá aos problemas sistémicos em causa. Vai colocar-se aqui um problema central de fluxo de informação entre os planos da macrossupervisão prudencial e da microsupervisão prudencial – o CERS tem de transmitir em permanência às Autoridades europeias de supervisão as informações que tenha sobre riscos globais/sistémicos – num processo que é por seu turno alimentado pela transmissão oportuna, e em grau suficiente, de informação por estas autoridades

38 Sobre esta perspectiva inerente à supervisão macroprudencial cfr., *inter alia*, Green, 2012.

européia de supervisão e pelas autoridades nacionais ao CERS. Para além disso, pedidos sobre instituições financeiras individuais só podem ser satisfeitos se o CERS apresentar justificação e desde que o destinatário do pedido tenha legalmente acesso aos dados em apreço.

Esta interação entre supervisão macroprudencial e supervisão microprudencial, em que a primeira está grandemente dependente dos poderes efetivos de supervisão das autoridades integrantes desta segunda esfera de supervisão sobre instituições individuais ou grupos de instituições financeiras, não apresenta, pois, contornos completamente evidentes. Poderá apresentar no futuro diversos problemas de eficiência e tensões.³⁹

Não existe aqui, contudo, espaço para aprofundar esses aspetos de tal *primeiro pilar da nova arquitetura global europeia de regulação e supervisão financeira*, o que exigiria uma análise *'ex professo'* que não cabe nos objetivos deste excursão.⁴⁰

Para os efeitos mais limitados da nossa análise, na parte que se reporta às *especificidades do plano da supervisão financeira face à regulação financeira stricto sensu* (e à *regulação económica em geral*), impõe-se, sobretudo, destacar alguns aspetos particulares que decorrem desta reforma de 2010 da arquitectura europeia de regulação e supervisão financeira.

Trata-se de aspetos evidenciando tais *especificidades* em termos que reclamam um *tratamento qualitativamente diferenciado das autoridades de supervisão financeira*, o qual:

(i) situe essas autoridades com responsabilidades sectoriais nos três subsectores do sistema financeiro (BP, CMVM e ISP) sistematicamente no mesmo patamar,

e, por outro lado,

(ii) as coloque num patamar com exigências de autonomia superiores às da generalidade das autoridades de regulação económica cobertas pela LQAR.

Assim, a esse propósito e neste contexto, *duas notas sintéticas se impõem*.

Em primeiro lugar, em relação ao *pilar supra* mencionado, referente a um *sistema de controlo de risco sistémico do sector financeiro* no quadro da reforma de 2010 da arquitectura europeia de regulação e supervisão financeira, impõe-se

39 Sobre a interação complexa entre as esferas de supervisão macroprudencial e microprudencial, cfr., *inter alia*, Papathanassiou, 2012.

40 Sem prejuízo de nos propormos retornar a um estudo *'ex professo'* desse tema que corresponde a uma linha de investigação que vimos prosseguindo cfr., para uma perspectiva geral sobre este pilar da nova arquitetura financeira na UE, e também em termos comparados, Lim, Krznar, Lipinsky, Otani & Wu, 2013.

salientar as novas exigências – com impulso supranacional da UE – de desenvolvimento de supervisão macroprudencial, orientadas para o controlo do risco sistémico. Estas, por seu turno, encontram-se largamente dependentes de competências de supervisão no plano nacional, exigindo qualitativamente uma decisiva e fundamental autonomia dos supervisores nacionais que participem conjuntamente nessa missão de controlo de risco sistémico. Esses requisitos conduziram, de resto, em Portugal à recente reforma do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, nos termos já referenciados *supra*, ponto 6.1., através do Decreto-Lei n.º 143/2013 (e que retomaremos, de seguida, no ponto 7).

Em segundo lugar, não obstante os avanços registados no sentido de uma *regulação financeira* mais integrada na UE, com utilização do instrumento normativo do Regulamento neste domínio, por forma a assegurar uma matriz regulatória realmente uniformizada e ultrapassando as insuficiências ou descontinuidades de uma malha regulatória apenas harmonizada entre os vários Estados Membros,⁴¹ as competências de *supervisão financeira* permanecem largamente nacionais, denotando a existência de uma esfera própria, distinta, de intervenção regulatória *lato sensu* – uma esfera específica, permanecendo predominantemente sedeada a nível nacional, com exceção dos desenvolvimentos normativos ainda em curso em relação a certas áreas da supervisão bancária cobrindo os maiores grupos bancários com a criação do *Mecanismo Único de Supervisão*.

Trata-se da esfera específica de intervenção regulatória pública ordenadora do sector financeiro que vimos caracterizando e configurando a partir do seu traço mais saliente de apresentar uma *dimensão dominante* de *supervisão financeira*, sobrelevando a *dimensão de regulação financeira (stricto sensu)* e levando a que as *autoridades nacionais de supervisão* situadas nesse plano se devam distinguir da generalidade das autoridades reguladoras autónomas caracterizadas pelo predomínio de uma dimensão de regulação *stricto sensu*.

6.3.4. Num segundo plano, na arquitetura global europeia de regulação e supervisão financeira emergente das reformas de final de 2010 encontra-se em causa o pilar correspondente ao Sistema Europeu de Supervisores Financeiros.

Trata-se de sistema em rede, constituído pelos supervisores financeiros nacionais e pelas três novas Autoridades Europeias de Supervisão, a que

41 Sobre o alcance dessa mutação, cfr., *inter alia*, Bini Smaghi, 2009; Wymeersch, 2010.

acresce um Comité conjunto dessas Autoridades. É certo que, como acima observamos, as autoridades nacionais de supervisão mantêm a responsabilidade corrente da supervisão financeira (o ‘dia a dia’ da supervisão) na UE, mas as novas Autoridades Europeias, além de assumirem e continuarem as funções dos atuais comités de supervisores financeiros, recebem responsabilidades adicionais, sobretudo alguns poderes vinculativos em comparação com funções essencialmente consultivas e de aconselhamento dos anteriores comités especializados.

Nas Autoridades Europeias em causa, ainda segmentadas pelos principais subsectores do sistema financeiro compreendem-se a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA).⁴² Em geral – e simplificando muito os aspetos em causa – estas Autoridades Europeias podem emitir orientações e recomendações com vista a estabelecer práticas consistentes efetivas e eficientes dentro do sistema europeu de supervisores financeiros e a assegurar aplicação mais uniforme dos normativos de regulação financeira da UE. Também têm um papel no funcionamento dos Colégios de Supervisores Nacionais, monitorizando o funcionamento dos Colégios e assegurando que se obtém dos vários supervisores toda a informação necessária. Na prática e sem equacionarmos aqui em termos pormenorizados, técnico-jurídicos, os tipos de poderes formalmente exercidos, estas Autoridades Europeias podem, no âmbito de um *papel geral – agora reforçado – de coordenação*, desenvolver, em função do que se revele necessário, verdadeiros procedimentos de mediação (*lato sensu*) entre supervisores (a pedido destes ou por sua iniciativa).

De destacar – ainda sem entrar numa análise jurídica na especialidade neste domínio – que estas Autoridades Europeias podem, em certos casos específicos, exercer poderes juridicamente vinculativos em relação às autoridades nacionais de regulação e supervisão financeira (*maxime* no que diz respeito à obtenção coerciva de informação) e outros poderes jurídicos vinculativos próprios – *sem passar pela intervenção da Comissão* – o que suscita, de resto, potenciais questões jurídicas à luz da denominada *doutrina Meroni*, de acordo com a qual se deveriam considerar limitados os tipos de atribuição e delegação de poderes a conferir a agências ou organismos europeus não

⁴² Sobre estas três novas Autoridades Europeias cfr., por todos, Wymeersch, 2011.

previstos nos Tratados⁴³ (questões apreciadas recentemente, em moldes que contribuirão para importantes evoluções nessa discussão com verdadeiros contornos constitucionais, pelo TJUE no seu acórdão “*Reino Unido/Parlamento e Conselho*”, de 22 de janeiro de 2014⁴⁴).

Uma vez mais, para os efeitos específicos da nossa análise, interessa aqui destacar a propósito deste *segundo pilar* da *arquitetura europeia de regulação e supervisão financeira emergente das reformas de final de 2010* (pós-Relatório Larosière) que este representou uma solução compromissória, com as novas Autoridades Europeias (EBA, EIOPA e ESMA) a emergirem do processo como verdadeiras *entidades híbridas* (o que se reflete desde logo, como assinala Wymeersch,⁴⁵ na sua designação como “*Autoridades*” e não meramente como “*Agências Europeias*”, numa qualificação jurídica claramente orientada para robustecer o seu estatuto jurídico).

Referimo-nos aqui a entidades híbridas, porquanto envolvem certos *traços intergovernamentais* (com os membros dos conselhos dos supervisores nacionais a preencheres os conselhos de supervisores destas Autoridades Europeias) e, em paralelo, *diversos traços supranacionais* (no que respeita ao seu financiamento, escrutínio e poderes).⁴⁶

Em contrapartida, esse carácter híbrido não obsta a que estas Autoridades Europeias tenham sido claramente concebidas como entidades em relação às quais se requer e salvaguardam *atributos nucleares* de *independência e imparcialidade* e, por seu turno, a mesma construção institucional híbrida que as articula estreitamente com as autoridades de supervisão nacionais, nos moldes acima afluídos, faz com que deste pilar da arquitetura europeia renovada de regulação e supervisão financeira (pós-Larosière) se deva retirar a *comunicabilidade* desses *atributos de independência reforçada* àquelas autoridades de supervisão financeira nacionais (em moldes dificilmente compatibilizáveis com a sua inclusão no perímetro normativo da LQAR, aplicável à generalidades das autoridades de regulação económica e que consente, como já

43 Sobre a doutrina *Meroni* e a sua aplicação em relação ao processo de criação das novas autoridades europeias no domínio da regulação e supervisão financeira, cfr, em especial, Chamon, 2011 e Chiti & Teixeira, 2013.

44 Reportamo-nos ao acórdão acórdão “*Reino Unido/Parlamento e Conselho*”, de 22 de janeiro de 2014, proferido no processo C-270/12.

45 Cfr. a este propósito Wymeersch, 2011.

46 Cfr. também a este respeito, Ferran, 2012: 48 ss.

observámos *supra*, pontos 4. e 5. diversas limitações apreciáveis à autonomia dessas autoridades⁴⁷).

7. O CASO PARTICULAR DO SECTOR FINANCEIRO NA UE EM PORTUGAL – COROLÁRIOS DESSA PARTICULARIDADE TERMOS DE ENQUADRAMENTO DO SECTOR FINANCEIRO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS E PROBLEMAS DAÍ DECORRENTES IDENTIFICADOS NA LQAR

7.1. À luz das evoluções acima expostas da arquitectura europeia de regulação e supervisão financeira pós-Larosière, importa ter em consideração que o direito da UE neste domínio vem crescentemente impondo um *estatuto de autonomia reforçada das autoridades nacionais de supervisão financeira* dos Estados Membros (ou *independência*, se nos ativermos aqui a uma terminologia predominantemente utilizada pelos administrativistas).

Esse estatuto decorria já de múltiplas diretivas sectoriais cobrindo os vários subsectores do sistema financeiro (*banca, seguros e fundos de pensões e mercado de capitais*), progressivamente liberalizados e reflexamente sujeitos a um crescente nível de regulação europeia supranacional bem como de coordenação europeia integrada das supervisões nacionais ligadas em rede, como vinha sendo acentuado na melhor doutrina neste domínio (e em termos que aqui não desenvolvemos ‘*ex professo*’).⁴⁸

O que se impõe aqui acentuar, para efeitos desta nossa sucinta reflexão crítica sobre a matéria, é que essas *exigências de autonomia reforçada* conheceram

47 No mínimo, esses *requisitos particulares de autonomia reforçada* para os supervisores financeiros nacionais decorrentes do ordenamento da UE implicarão, em função da sua inserção no denominado pilar do *Sistema Europeu de Supervisores Financeiros* (nos moldes *supra* referenciados), e mesmo no caso de uma sua desaconselhável sujeição formal à LQAR, uma utilização máxima da flexibilidade deste regime e até que se extraíam corolários do facto de este não corresponder a uma verdadeira lei de valor reforçado, para aprovar estatutos da CMVM e do ISP com contornos específicos de autonomia reforçada, que se afastem claramente das áreas de condicionamento governamental das autoridades de regulação económica contempladas na LQAR (trazendo também nesse contexto normativo à colação, como já referimos *supra* ponto 1.2., a ressalva estabelecida no n.º 2 do artigo 2.º da LQAR contemplando a especificidade de estatutos de certas autoridades no sentido de consentir desvios ao respetivo regime, traduzindo certamente graus reforçados de autonomia).

48 Sobre essa perspetiva, ilustrando esses *requisitos de autonomia reforçada dos supervisores financeiros nacionais* nos Estados Membros da UE progressivamente decorrentes das diretivas sectoriais que construíram o mercado único de serviços financeiros e uma base supranacional para a sua regulação e coordenação da respetiva supervisão, cfr., em geral, uma vez mais, Ferran, 2012; para essa perspetiva, a respeito especificamente do subsector segurador e de fundos de pensões, cfr. Morais, 2001: 201 ss; cfr. ainda Lannoo, 2008.

um verdadeiro *salto qualitativo* com a transição para o *Sistema Europeu de Supervisores Financeiros* – operando, como observámos *supra*, em rede e integrando os supervisores financeiros nacionais e as três novas Autoridades Europeias de Supervisão pós-Relatório Larosière.

Concentrando-nos aqui especificamente nos *subsectores segurador e de fundos de pensões e de mercados de capitais*, cujas autoridades de supervisão em Portugal ficaram cobertas pelo perímetro da LQAR – *com tratamento distinto em relação ao supervisor bancário (Banco de Portugal)* e, sem prejuízo, bem entendido, de este exercer cumulativamente outras funções, designadamente no plano monetário e traduzidas na sua integração no sistema europeu de bancos centrais – é inquestionável que quer os estatutos da Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA),⁴⁹ quer os estatutos da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários (ESMA),⁵⁰ aprovados, respetivamente, pelos Regulamentos UE N.º 1094/2010 e N.º 1095/2010, estabelecem uma autonomia reforçada (ou independência) destas Autoridades Europeias.

Ora, atendendo à tessitura complexa e intensa de *interações* entre estas Autoridades Europeias e as autoridades nacionais de supervisão que com as mesmas integram o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, verifica-se claramente uma *comunicabilidade* dessas *exigências de autonomia reforçada* (ou independência) em relação ao estatuto das autoridades nacionais de supervisão dos Estados Membros sob pena de incoerência ou disfunção de todo esse Sistema Europeu.

Esses corolários jurídicos essenciais decorrentes da mutação qualitativa e aprofundamento de uma verdadeira arquitetura europeia de supervisão financeira pós-Larosière – e deixando ainda aqui de fora os desenvolvimentos mais recentes de criação do denominado *Mecanismo Único de Supervisão* ao nível do subsector bancário –⁵¹ mostram-se, assim, muito dificilmente compatibilizáveis, em termos jurídico-económicos, com a sujeição de autoridades de supervisão dos subsectores segurador e de fundos de pensões (ISP) e de mercado

49 Cfr. Regulamento UE N.º 1094/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, JOCE N.º L 331/48, de 15.12.2010. *Vd. aí*, em especial, a propósito da autonomia reforçada (ou independência) desta Autoridade, os artigos 1.º (*in fine*), 3.º, 8.º, 9.º, 42.º, 46.º e 49.º do Regulamento.

50 Cfr. Regulamento UE N.º 1095/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, JOCE N.º L 331/84, de 15.12.2010. *Vd. aí*, em especial, a propósito da autonomia reforçada (ou independência) desta Autoridade, os artigos 1.º (*in fine*), 3.º, 8.º, 9.º, 42.º, 46.º, 48.º, 49.º e 52.º do Regulamento.

51 Cfr. a esse respeito o novo regime aprovado pelo Regulamento UE N.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, JOCE, n.º L 287/63, 29.10.2013.

de capitais (CMVM) ao regime da LQAR, tendo presente os níveis ou graus de condicionamento ou limitação da autonomia das autoridades de regulação que o mesmo consente (e que já ilustrámos especialmente *supra*, ponto 5.).

No limite, mas não sendo essa uma solução jurídica ótima, haveria que retirar todas as consequências normativas do facto de a LQAR não constituir uma lei de valor reforçado e de se mostrar nesse contexto eminentemente flexível – como também destacámos *supra*, em especial no ponto 1. – para, no quadro de alterações estatutárias daquelas autoridades de supervisão financeira (ISP e CMVM), os respectivos estatutos contemplarem soluções diversas, de *autonomia reforçada*, em grau mais intenso do que o contemplado na LQAR – designadamente, mas não só, no que respeita a aspetos estatuidos nos artigos 41.º, 42.º ou 45.º da LQAR (*supra* comentados, ponto 5.) – e não implicando em termos qualitativos uma redução dos graus de autonomia que haviam sido contemplados nos estatutos do ISP aprovados pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro, e nos estatutos da CMVM aprovados pelo Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de novembro com as alterações introduzidas em 2000, 2003 e 2008⁵² (estatutos vigentes antes da aprovação da LQAR).

Trata-se, em síntese – e como já afluámos logo na parte inicial desta nossa análise – de retirar corolários da grande flexibilidade interpretativa na leitura e aplicação da LQAR – em função da sua não caracterização como lei de valor reforçado e da sua ‘fraca’ parametricidade normativa – para efeitos da latitude (substantiva) a contemplar quanto aos estatutos das autoridades reguladoras nominalmente cobertas pela LQAR. Acresce que, não obstante se admita mesmo a propósito de *leis sem esses contornos de valor reforçado*, um possível elemento de ‘*indirizzio politico*’ resultante do exercício de competência legislativa parlamentar em concorrência com o exercício subsequente de competência legislativa concorrente por parte do Governo – que possa tender a condicionar em alguma medida tal intervenção legislativa ulterior do Governo, –⁵³ neste caso importa atender a outro elemento (que milita no sentido da latitude da intervenção legislativa ulterior do Governo ao aprovar estatutos de autoridades reguladoras e de supervisão). Reportamo-nos ao facto de as *exigências de autonomia reforçada das autoridades nacionais de supervisão*

52 Reportamo-nos aqui a alterações introduzidas estatutárias introduzidas *ex vi* do Decreto-Lei n.º 232/2000, de 25 de setembro, do Decreto-Lei n.º 183/2003, de 19 de agosto, e do Decreto-Lei n.º 169/2008, de 26 de agosto.

53 Sobre este tipo de aspetos e ponderações na doutrina constitucional cfr., uma vez mais, Gomes Canotilho, 2003: 655 ss.

financeira resultarem, nos termos expostos nos pontos precedentes, do ordenamento da UE, e de tal justificar a ponderação do disposto no n.º 2 do artigo 2.º da LQAR para efeitos de se consentir normativamente a aprovação de estatutos dessas autoridades que “reflitam essa especificidade”.

7.2. Em paralelo, as recentes evoluções aqui equacionadas da arquitetura europeia de regulação e supervisão financeira pós-Larosière cruzam-se no caso português com o modelo global de supervisão financeira acolhido em Portugal e as suas exigências intrínsecas de coerência sistémica.

Como é sabido, o Relatório Larosière deixou em aberto a evolução ulterior para modelos de supervisão distintos do tradicional modelo de supervisão de base sectorial tripartida. Contudo, tomou ainda como referência esse modelo mais tradicional, originando decisões políticas e opções normativas de criação de Autoridades Europeias nessa base sectorial, tripartida.⁵⁴ Assim, estas mutações impulsionadas pela UE não tiveram impacto directo sobre o modelo de supervisão acolhido em Portugal, que se aproxima de tal modelo tripartido (sectorial), embora com um carácter híbrido ou *sui generis*, pois integra uma componente complementar dirigida à *articulação e coordenação* das *autoridades sectoriais de supervisão financeira* através da figura, já referida, do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF).

Tais mutações tiveram, em contrapartida, um impacto indirecto sobre o referido modelo nacional de supervisão financeira. Esse impacto resultou de uma *dimensão qualitativamente nova* introduzida na arquitetura europeia de supervisão na sequência da crise financeira internacional e que se traduziu num específico *controlo do risco sistémico* no sector financeiro através de um *pilar de supervisão macroprudencial* (a conjugar com o pilar tradicional da *supervisão microprudencial*, nos moldes que já referimos *supra*, pontos 6.1. e esp. 6.3.3.).

Ora, como também já aflorámos (*supra*, 6.1.), esse novo pilar de supervisão macroprudencial determinou especificamente uma alteração no regime do CNSF, introduzida ‘*ex vi*’ do Decreto-Lei n.º 143/2013, de 18 de outubro, já cit., e dirigida ao reforço da coordenação das três autoridades sectoriais de supervisão financeira, contemplando nesse processo uma ampliação das funções do CNSF, *maxime* em sede de funções consultivas para com o Banco de Portugal, reconhecido como “*autoridade macroprudencial nacional, no*

54 Para essa perspectiva cfr, em geral, uma vez mais, Onado, 2010.

contexto da definição e execução da política macroprudencial para o sistema financeira nacional” (cfr. n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 228/2000, cit., tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2013).

Em rigor, a criação de competências de supervisão macroprudencial no plano nacional – imposta pelos novos normativos da UE – envolveu, no que ao CNSF respeita, quer (i) uma *nova função consultiva* a ser exercida em relação à sede institucional de referência de tal supervisão, baseada no Banco de Portugal, mas não se esgotando materialmente aí, quer (ii) *funções reforçadas de coordenação* dos supervisores financeiros nacionais. Estas envolvem o reforço de mecanismos de “*troca de informação entre as autoridades de supervisão*” e de outras articulações funcionais dirigidas a uma “*análise e avaliação adequadas e atempadas dos riscos e das interdependências do sistema financeiro*” (ênfase acrescentada) (cfr. n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 228/2000, cit., tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2013, envolvendo matérias autonomizadas nessa disposição e distintas das “*funções consultivas para com a autoridade macroprudencial nacional*” atribuídas ao CNSF e especificamente previstas no n.º 3 desse artigo 2.º). Trata-se de domínio em que se impõem ainda, em nosso entender, desenvolvimentos futuros com vista a uma *apreciável intensificação da coordenação entre supervisores financeiros nacionais* (problema complexo que não cabe aqui desenvolver ‘*ex professo*’ e a que nos propomos regressar noutros estudos complementares).

Sucede que neste contexto se devem ter presentes os contornos e exigências associados à *nova função de supervisão macroprudencial* e que, indiscutivelmente, se devem repercutir seja em esferas de apoio consultivo à mesma, seja em esferas respeitantes a trocas de informação e coordenação de atuações de supervisão microprudencial que suportem aquela função primordial de controlo de risco sistémico. Essas exigências associadas a tal função traduzem-se numa componente apreciável de independência ou autonomia reforçada, que se farão sentir em relação às autoridades que centralizem a supervisão macroprudencial e em relação a autoridades que sustentem as ações conduzidas por essas autoridades (e participem, mesmo que indiretamente, no exercício da mesma).

A esse respeito, a doutrina mais autorizada que se vem pronunciado a nível internacional – especialmente da UE – sobre a criação e desenvolvimento das funções de supervisão macroprudencial tem vincado, como sucede *v.g.* com Charles Goodhart, a decisiva importância dos atributos – estatutariamente garantidos – de independência para a condução das políticas de supervisão macroprudencial, fazendo aqui um paralelo com a independência conferida

a bancos centrais para a condução de políticas monetárias (em termos não submetidos a condicionamentos ou interferências políticas conjunturais).⁵⁵

Compreende-se que assim suceda. Na verdade, uma parte importante das tarefas compreendidas na supervisão macroprudencial implica a ponderação de alertas que devam – *ou não* – ser publicitados, com vista a divulgar *em tempo oportuno* riscos financeiros que possam ganhar componente e impacto sistémicos, ponderando ao mesmo tempo os efeitos diversos, de curto prazo, de desestabilização do sector financeiro e da própria economia em geral que possam advir da publicitação desse tipo de alertas. Também essa delicada ponderação, estribada numa avaliação técnica, a par e passo, de múltiplos indicadores de riscos sistémicos e suas evoluções (indicadores presentemente em construção⁵⁶) exige a aptidão para resistir a pressões ou condicionamentos conjunturais, de curto prazo, que se manifestarão predominantemente no sentido da não publicitação de alertas referentes a determinados riscos. Essa aptidão exige, por seu turno, um grau reforçado de autonomia para as autoridades que participem direta *ou indiretamente* nas funções de supervisão macroprudencial.

No caso Português, e de resto em cumprimento da decisiva Recomendação do Comité Europeu de Risco Sistémico (Recomendação CERS/2011/3)⁵⁷ visando delinear um *verdadeiro mandato macroprudencial para as autoridades nacionais de supervisão financeira*, não só foram atribuídas responsabilidades centrais ao Banco de Portugal neste domínio,⁵⁸ como foram associadas a essas

55 Cfr., a esse respeito, a análise delineada em Goodhart, 2011.

56 Sobre a construção deste tipo de indicadores de risco sistémico cfr. Acharya, Pedersen, Philippon & Richardson, 2010; cfr. também Goodhart, 2011.

57 Reportamo-nos aqui à Recomendação do Comité Europeu do Risco Sistémico, de 22 de dezembro de 2011, “*relativa ao mandato macroprudencial das autoridades nacionais*”, CERS/2011/3, JOCE N.º C 41/1, de 14.2.2012. Nessa fundamental Recomendação do CERS temos aqui especialmente presente a *Recomendação B – Dispositivos Institucionais, N.º 1 e 2*, prevendo respetivamente que os Estados Membros: “1. *Designem na legislação nacional a autoridade responsável pela execução da política macroprudencial, quer na configuração de instituição única, quer na de um conselho composto pelas autoridades cujos atos tenham impacto significativo na estabilidade financeira. A legislação nacional deverá especificar o processo de tomada de decisão do órgão diretivo da autoridade macroprudencial;* 2. *Quando seja designada como autoridade macroprudencial uma instituição única, estabeleçam mecanismos de cooperação entre todas as autoridades cujos atos tenham impacto significativo na estabilidade financeira, sem prejuízo dos respetivos mandatos.*”

58 Essas responsabilidades foram formalmente reconhecidas e consagradas através da alteração à Lei Orgânica do Banco de Portugal aprovada *ex vi* do DL n.º 142/2013, de 18 de outubro. Como se refere no Preâmbulo deste diploma legal, pretendeu-se através do mesmo “(...) adaptar a Lei Orgânica do Banco de Portugal em conformidade com as recentes orientações emitidas pelo Comité Europeu do Risco Sistémico (CERS) através da Recomendação relativa ao mandato macroprudencial das autoridades

responsabilidades e a esse mandato, construído de raiz no plano da UE, as autoridades nacionais congregadas no CNSF. Tal pressupõe a aplicação às mesmas – no âmbito do exercício das novas funções de macrossupervisão prudencial – de um regime de autonomia reforçada (ou independência), consentâneo com esse tipo de supervisão. Nessa linha normativa – baseada na referida Recomendação CERS/2011/3 do Comité Europeu do Risco Sistémico – se insere a alteração recente, de finais de 2013, do regime do CNSF, através do Decreto-Lei n.º 143/2013 (já referenciada e caracterizada). Sucede que, como acima também já aflorámos, esse ajustamento do regime do CNSF, exigido por impulso da UE, é normativa e sistemicamente contraditório ou inconsistente com a sujeição geral de alguns dos supervisores financeiros nacionais chamados a participar na função de supervisão macroprudencial (ISP e CMVM) ao regime da LQAR (com o tipo de condicionamentos ou limitações à autonomia das autoridades de regulação que este consente).

Esses supervisores financeiros nacionais devem, tanto quanto possível, situar-se num plano de paridade, em termos de graus de autonomia, com a autoridade de supervisão que assume centralmente a qualidade de “*autoridade macroprudencial nacional*” (o Banco de Portugal), sob pena de disfunções ou desequilíbrios no exercício de um mandato global de controlo de risco sistémico que tem origem na UE (e em iniciativas do Comité Europeu de Risco Sistémico) e é confiado e exigido aos Estados Membros e às autoridades de supervisão financeira nacional que estes chamarem a participar de alguma forma nesse mandato.

Em rigor, deve aliás reconhecer-se que, face à configuração do modelo nacional de supervisão financeira desde 2000 – com as exigências requeridas pela *supervisão* que se projetam para além da mera *regulação económica em sentido estrito* – envolvendo a componente híbrida do CNSF, resultaria já como

nacionais (CERS/2011/3), que impõe a todos os Estados Membros a indicação expressa da autoridade responsável pela execução da política macroprudencial, a qual deve exercer funções de identificação, acompanhamento e avaliação dos riscos para a estabilidade financeira e, ainda, de execução das políticas tendentes à consecução desse objetivo, mediante medidas de prevenção e mitigação dos correspondentes riscos. Atendendo a que a Lei Orgânica do Banco de Portugal atribui expressamente a esta autoridade a responsabilidade de “*velar pela estabilidade do sistema financeiro nacional*”, verifica-se que as funções de autoridade macroprudencial nacional já são atualmente exercidas pelo Banco de Portugal, visando assim o presente diploma dar cumprimento às recomendações do CERS mediante a atribuição explícita ao Banco de Portugal das funções de definição e condução da política macroprudencial, com o objetivo de conferir certeza jurídica a este regime e eliminar quaisquer dúvidas interpretativas.” (ênfase acrescentada) Cfr. em especial a este propósito a nova redação dos artigos 12.º, als. c) e d) e do artigo 16.º-A da Lei Orgânica do Banco de Portugal decorrente do acima referido DL n.º 142/2013.

corolário desse modelo, mesmo antes das alterações de 2013, uma tendencial equiparação do grau de autonomia estatutária atribuída aos membros desse CNSF.

No entanto, a reforma do CNSF introduzida pelo Decreto-Lei n.º 143/2013 veio reforçar ainda mais essas exigências de relativa equiparação da autonomia dos membros daquele CNSF, com repercussões neste caso para o ISP e a CMCM, em função das especiais exigências do mandato europeu de supervisão macroprudencial para o qual estes, como acima observámos, são chamados a contribuir. Deve, além disso, notar-se que, sendo essas exigências reforçadas de especial autonomia consagradas no ordenamento nacional já após a aprovação da LQAR, *ex vi* do referido Decreto-Lei n.º 143/2013, devem também ser retirados consequências normativas dessa *sucessão de regimes*.

Estas deveriam traduzir-se prioritariamente num ajustamento normativo que situasse as *autoridades de supervisão financeira* fora do perímetro da LQAR ou, subsidiariamente – conquanto como solução menos coerente – na aprovação de regimes estatutários para esses supervisores financeiros que assegurem o *nível especial de autonomia (reforçada)* que vimos configurando, mediante uma opção normativa suportada na flexibilidade que pensamos exigir-se para a leitura e concretização hermenêuticas da LQAR. Essa escolha normativa será também, em última análise, fundada no facto de a LQAR não corresponder a uma verdadeira lei de valor reforçado, com os contornos constitucionalmente exigíveis para tal, e no facto de o ordenamento da UE impor a referida solução de autonomia reforçada das autoridades de supervisão financeira – incluindo ao nível dos corolários da nova componente de supervisão macroprudencial que vimos tratando neste último ponto (7.2.) – o que releva para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 2.º da LQAR, contemplando soluções específicas para os estatutos de determinadas autoridades (determinadas pelo direito da UE ou pelo direito internacional).

BIBLIOGRAFIA

- ACHARYA, Viral, PEDERSEN, Lasse Heje, PHILIPPON, Thomas & RICHARDSON, Matthew P.
2010 *Measuring Systemic Risk*, AFA 2011 Denver Meetings Paper, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1573171> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1573171> [consultado em 02.02.2015].
- AFONSO, G. & SHIN, H.
2009 *Systemic Risk and Liquidity in Payment Systems*, FRB of New York Staff Report No. 35, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1297363> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1297363> [consultado em: 02.02.2015].
- ANDREWS, Rhys, DOWNE, James & GUARNEROS-MEZA, Valeria
2013 *Public Sector Reform in the UK: Views and Experiences from Senior Executives*, Country Report as Part of COCOPS Research Project (Coordination for Cohesion in the Public Sector of the Future – COCOPS), disponível em: http://www.cocops.eu/wp-content/uploads/2013/06/UK_WP3-Country-Report.pdf [consultado em: 02.02.2015].
- BINI SMAGHI, Lorenzo
2009 *Going Forward: Regulation and Supervision after the Financial Turmoil*, Paolo Baffi Centre Research Paper No. 2009-47, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1424345> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1424345> [consultado em: 02.02.2015].
- BLACK, J.
2008 “Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes”, in *Regulation & Governance*, Vol. 2, Issue 2, pp. 137-164.
2012 “Restructuring Global and EU Financial Regulation: Character, Capacities and Learning”, in Wymeersch, Eddy, Hopt, Klaus & Ferrarini, Guido, *Financial Regulation and Supervision – A Post-Crisis Analysis*, I, 1, Oxford: Oxford University Press, pp. 3-47.
- BLANCO DE MORAIS, Carlos
1998 *As Leis Reforçadas*, Coimbra: Coimbra Editora.
- BRUNO, Eugenio A. (consulting ed.)
2009 *Global financial Crisis – Navigating and Understanding the Legal and Regulatory Aspects*, London: Globe Business Publishing Ltd.
- BORIO, C.
2003 *Towards a Macroprudential Framework for Financial Supervision and Regulation?*, BIS WP No. 128, disponível em <http://www.bis.org/publ/work128.pdf> [consultado em: 02.02.2015].

- BRUNNERMEIER, M., CROCKETT, A., GOODHART, C., PERSAUD, A. & SHIN, H. S.
2009 “The Fundamental Principles of Financial Regulation”, *Geneva Reports on the World Economy*, Vol. 11, Geneva/London: ICMB/CEPR.
- CAPRIGLIONE, FRANCESCO
2013 *European Banking Union: A Challenge for a More United Europe*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2319297> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2319297> [consultado em: 02.02.2015].
- CARDOSO, José Lucas
2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CHAMON, Merijn
2011 “EU Agencies Between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea”, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 4, pp. 1055-1075.
- CHARHER, Santiago J.
2005 *Is Lamfalussy Falling from the Third Floor (Level)?*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=966705> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.966705> [consultado em: 02.02.2015].
- CHITI, Edoardo & TEIXEIRA, Pedro Gustavo
2013 “The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 3, pp 683-708.
- CHRISTENSEN, Tom
2007 “Regulatory Agencies – The Challenges of Balancing Agency Autonomy and Political Control”, in *Governance*, Vol. 20, Issue 3, pp. 499–520.
- DERVIZ, Alexis
2013 “Bubbles, Bank Credit and Macroprudential Policies”, ECB, Working Paper Series N.º 1551, Macroprudential Research Network, disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp1551.pdf> [consultado em 02.02.2015].
- DOMBRET, Andreas & LUCIUS, Otto (ed.)
2002 *Stability of the Financial Sector – Illusion or Feasible Concept?*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing.
- FERRAN, Eilís
2012 “Crisis-Driven Regulatory Reform: Where the World is the EU Going?”, in Ferran, Eilís, Moloney, Niamh, Hill, Jennifer & Coffee, JR, John, *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis* (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, pp. 48 ss.

- FERRARINI, Guido A. & CHIARELLA, Luigi
 2013 *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, ECGI – Law Working Paper No. 223/2013, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2309897> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2309897> [consultado em: 02.02.2015].
- GOMES CANOTILHO, J. J.
 2003 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra: Almedina.
- GOODHART, Charles
 2010 “How Should We Regulate the Financial Sector?”, in *The Future of Finance*, The LSE Report, London: The London School of Economics and Political Science, pp. 153 ss.
 2011 “The Macro-Prudential Authority: Powers, Scope and Accountability”, in *OECD Journal: Financial Market Trends*, Vol. 2011 – Issue 2.
- GREEN, D.
 2012 “The Relationship Between Micro-Macro-Prudential Supervision and Central Banking”, in Wymeersch, Eddy, Hopt, Klaus & Ferrarini, Guido, *Financial Regulation and Supervision – A Post-Crisis Analysis*, I, 3, Oxford: Oxford University Press.
- KATYAL, Neal
 2006 “Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within”, in *Yale Law Journal*, 115, pp. 2314 ss.
- LANNOO, Karel
 2008 *Concrete Steps towards More Integrated Financial Oversight: The EU’s Policy Response to the Crisis*, CEPS Task Force Reports, disponível em <http://aei.pitt.edu/11471/1/1762.pdf> [consultado em 02.02.2015].
- LASTRA, Rosa & BUCHHEIT, Lee
 2014 *Sovereign Debt Management*, Oxford: Oxford University Press.
- LASTRA, Rosa & GARICANO, Luis
 2012 “Towards a New Architecture for Financial Stability; Seven Principles”, in Cottier, Thomas, Jackson, John H. & Lastra, Rosa M. (ed.), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, Oxford: Oxford University Press, pp. 72 ss.
- LIM, Cheng Hoon, KRZMAR, Ivo, LIPINSKY, Fabian, OTANI, A. & WU, X.
 2013 *The Macroprudential Framework: Policy Responsiveness and Institutional Arrangements*, IMF Working Paper No. 13/166, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2307408> [consultado em: 02.02.2015].

MAGGETTI, Martino

2010 “Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review”, in *Living Reviews in Democracy*, Vol 2, disponível em <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29> [consultado em 02.02.2015].

MAJONE, G.

1994 *Independence vs. accountability?: Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in Europe*, Florence: European University Institute.

MORAIS, Luís Silva

2001 «Droit des Assurances – L’Intégration juridique dans l’Espace de l’Union Européenne en Matière d’Assurances – Rapport National – Portugal – Journées 2000 – Association HENRI CAPITANT», in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Vol. 42, n.º 1, pp. 201-288.

2008 “A Função Reguladora e as Estruturas de Regulação na União Europeia”, in Pitta e Cunha, Paulo & Morais, Luís Silva (org.), *A Europa e os Desafios do Século XXI*, Coimbra: Almedina, pp. 323-340.

2009 *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra: Almedina.

MORAIS, Luís Silva (coord.), PARDAL, Alves & RODRIGUES, Nuno Cunha

2014 *Direito da Economia*, Vol. I, Lisboa: AAFDL.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Direito Público e Regulação*, N.º 4, Coimbra: Coimbra Editora.

ONADO, Marco

2010 “European Financial Supervision after the De Larosière Report: Are We on the Right Track?”, in *Bancaria Special Issue* No. 03-2010, pp 16-26, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1603784> [consultado em: 02.02.2015].

PAPATHANASSIOU, C.

2012 “A European Framework for Macro-Prudential Oversight”, in Wymeersch, Eddy, Hopt, Klaus & Ferrarini, Guido, *Financial Regulation and Supervision – A Post-Crisis Analysis*, II, 6, Oxford: Oxford University Press.

PAZ FERREIRA, Eduardo & MORAIS, Luís Silva

2009 “A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral”, in Paz Ferreira, Eduardo; Morais, Luís Silva & Anastácio, Gonçalo (org.), *Regulação Em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

TRILLAS, Francesc

2012 “The Institutional Architecture of Regulation and Competition: Spain’s 2012 Reform”, IESE Business School Working Paper No. WP – 1067 – E, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2353526> [consultado em: 02.02.2015].

VÉRON, Nicolas

2012 “Europe’s Single Supervisory Mechanism and the Long Journey Towards Banking Union”, in *Bruegel Policy Contribution*, Issue 2012/16, disponível em [file:///C:/Users/utilizador/Downloads/Europe’s%20single%20supervisory%20mechanism%20and%20the%20long%20journey%20towards%20banking%20union%20\(English\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/utilizador/Downloads/Europe's%20single%20supervisory%20mechanism%20and%20the%20long%20journey%20towards%20banking%20union%20(English)%20(1).pdf) [consultado em: 02.02.2015].

WYMEERSCH, Eddy

2010 *The Institutional Reforms of the European Financial Supervisory System, an Interim Report*, Ghent Univ. Financial Law Institute Working Paper No. 2010-01, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1541968> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1541968> [consultado em 02.02.2015].

2011 *Europe’s New Financial Regulatory Bodies*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1813811> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1813811> [consultado em: 02.02.2015].

ZIGRAND, Jean-Pierre

2014 “Systems and Systemic Risk in Finance and Economics”, in *Systemic Risk Centre’s Special Paper Series*, Special Paper N.º 1, London: Systemic Risk Centre – The London School of Economics and Political Science, disponível em http://www.systemicrisk.ac.uk/sites/default/files/downloads/publications/sp-1_0.pdf [consultado em 02.02.2015].



UMA ANÁLISE ECONÓMICA DA LEI-QUADRO DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES¹

João Confraria²

ABSTRACT: This paper discusses Law 67/2013, a Framework Law for independent regulatory authorities. The need for independent regulation is discussed from the point of view of both the public interest and the private interest theories of regulation. It is argued that independent regulation is a response to state failures associated with representative government. Concepts of regulatory failure are discussed and it is suggested that the new legal framework lacks a clear hierarchy of regulatory objectives that may be the source of substantial difficulties identifying regulatory failures. Lack of clearly defined objectives may also increase government discretion when evaluating the need for the creation of independent regulatory objectives or when evaluating plans and budgets submitted by the independent regulatory authorities.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poderes e objetivos. 3. A necessidade de regulação independente do Governo numa perspetiva de interesse público. 4. A regulação independente como resposta a falhas do Estado. 5. Falhas da regulação independente. 6. A Lei-quadro e os equilíbrios políticos. 7. Comentários finais.

1. INTRODUÇÃO

O exercício da atividade reguladora através de entidades com autonomia de decisão em relação ao Governo é talvez uma das inovações mais marcantes na administração pública portuguesa desde a adesão às Comunidades Económicas Europeias, em 1986. Essa autonomia envolve em primeiro lugar a existência de competências próprias de decisão, independentes do Governo, sendo o direito de recurso das decisões tomadas exercido através dos tribunais. Para

¹ Este trabalho beneficiou de discussão com colegas do ICP-Anacom, designadamente com a Dra. Isabel Areia, a quem agradeço esclarecimentos jurídicos sobre alguns aspetos da Lei n.º 67/2013 e com o Prof. Helder Vasconcelos a quem agradeço também, assim como ao Dr. Carlos Costa, comentários a versões anteriores deste trabalho. No entanto, as opiniões aqui expressas, tal como eventuais erros ou omissões, são da exclusiva responsabilidade do autor.

² Universidade Católica Portuguesa. Autoridade Nacional de Comunicações.

garantir o exercício adequado dessa autonomia de decisão, é necessária, naturalmente, a autonomia financeira e administrativa dessas entidades. A inamovibilidade dos cargos dirigentes, designadamente do Conselho de Administração, é um requisito complementar para o mesmo fim. Ao mesmo tempo, têm-se procurado estabelecer requisitos formais que reforcem a independência de atuação em relação às empresas reguladas, habitualmente relacionados com limitações aos cargos que podem ser exercidos nessas empresas pelos membros do Conselho de Administração das entidades reguladoras, por um período antes e depois da sua nomeação.

Tem sido utilizada a designação de autoridades reguladoras independentes para as entidades administrativas que reúnem todas estas condições – seja a essencial, de ter competências próprias de decisão em determinados assuntos e a autonomia financeira e administrativa para as exercer, sejam aquelas que podemos considerar complementares, embora estes requisitos não sejam sempre definidos do mesmo modo. Entidades com autonomia de decisão, mas sem esses requisitos complementares não têm sido consideradas como autoridades reguladoras independentes.

As autoridades reguladoras independentes exercem o poder regulador do Estado de forma independente do poder executivo e, em boa medida, dos processos democráticos de decisão habituais. Assim, na sua criação devem ser definidos com rigor os poderes que lhes são atribuídos, assim como devem ser claros os motivos que levam a que se considere necessário o exercício desses poderes por entidade independente. Ao mesmo tempo, devem ser estabelecidas as suas regras de funcionamento, para que a sua atividade corresponda aos fins para que foram criadas.

A Lei-quadro, em anexo à Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto, insere-se neste contexto. Define um quadro geral para a constituição e funcionamento de autoridades reguladoras independentes. Não é uma lei dirigida ao conjunto da atividade reguladora do Estado e, assim, não tem como objeto definir as condições que a justificam. Na Lei-quadro procura-se somente estabelecer as circunstâncias em que se justifica o exercício do poder regulador através de autoridades independentes assim como as regras mais adequadas ao seu funcionamento.

Neste trabalho, seguimos esta sequência de temas. Começamos por analisar na secção 2 os poderes e os objetivos da regulação independente e o modo como eles são consagrados na Lei-quadro. Nas secções 3 e 4, analisam-se os fundamentos da regulação independente, seguindo duas abordagens alternativas,

a teoria do interesse público e as teorias baseadas na análise da influência dos interesses privados na política e na regulação. Discute-se depois em que medida esses fundamentos são acolhidos pela Lei-quadro, através de disposições adequadas ao funcionamento das autoridades.

De acordo com esta análise um dos motivos que devem ser considerados para a regulação independente do Governo é a correção de falhas do Governo. Sendo assim, importa também considerar a possibilidade de falhas na regulação independente, e o modo como nesta mesma Lei-quadro se procuram evitar pelo menos algumas das falhas teoricamente previsíveis. Estes problemas são analisados na secção 5. Conclui-se discutindo a possibilidade de se analisar a criação desta Lei-quadro como parte dos equilíbrios políticos que na sociedade portuguesa se têm formado sobre a regulação independente.

2. PODERES E OBJETIVOS

Os poderes das autoridades reguladoras independentes são objeto dos artigos 3.º e 40.º da Lei-quadro, anexa à Lei n.º 67/2013. Entre os requisitos das autoridades reguladoras independentes conta-se a detenção de poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatório, de acordo com o estabelecido no art.º 3.º, n.º 2, *e*). Concretizando, na definição de poderes, a que se refere o art.º 40, no n.º 1 são atribuídas às autoridades reguladoras poderes de regulação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações, no n.º 2 de regulamentação, no n.º 3 de inspeção e auditoria, de fiscalização e sancionatório e no n.º 4 admite-se que lhes possam ser atribuídos poderes de mediação.

Esta definição é bastante alargada, atribuindo-se à atividade reguladora independente poderes que vão da definição de regras, à supervisão e fiscalização do seu cumprimento e à sanção de eventuais incumprimentos. No entanto é fonte de algumas dúvidas. Desde logo, no que diz respeito à definição dos poderes de regulação e de regulamentação. À primeira vista parece contribuir para esclarecer uma questão antiga, a de caracterizar o poder de regulamentação. Foi notado que a expressão regulamentação é muitas vezes usada com sentidos muito diferentes – seja no sentido do poder de fazer regulamentos, seja no sentido de participação no processo legislativo, por exemplo através de assessoria ao Governo na elaboração de propostas legislativas³. O art.º 40.º, n.º 2 da Lei-quadro parece considerar qualquer uma destas atividades no

3 Confraria, 2011.

âmbito do poder regulamentar, pois inclui no exercício dos poderes de regulamentação elaborar e aprovar regulamentos, assim como a pronúncia, a pedido do Governo ou da Assembleia, sobre iniciativas legislativas ou a formulação de sugestões com vista à reformulação do quadro legal e regulatório. Não é evidente que esta seja uma opção muito clarificadora. Juntam-se num mesmo conceito duas áreas a que correspondem capacidades de intervenção bem diferentes. Uma, a aprovação de regulamentos, que implica a tomada de decisões com competências e responsabilidades próprias em áreas que regra geral são muito técnicas⁴ e outra que corresponde a uma contribuição para o processo legislativo da responsabilidade final do Governo ou da Assembleia da República e que pode envolver orientação política do Governo.

Em segundo lugar não é evidente o que seja o poder regulador. No art.º 40.º, n.º 1 são descritas de forma agregada as competências inerentes aos poderes de regulação, de supervisão e sancionatórios. Por exclusão das competências de carácter sancionatório ou fiscalizador nele enumeradas, o poder de regulação incluiria estabelecer preços e regras de acesso à atividade económica regulada, assegurar, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores, garantir obrigações de serviço público ou de serviço universal, ou emitir ordens e instruções, conceder autorizações e aprovações ou homologações nos casos legalmente previstos. Ora, em muitos casos o poder regulador assim caracterizado pode confundir-se com o poder de regulamentação, pois pode ou deve ser exercido através de regulamentos apropriados. Em qualquer caso trata-se de impor restrições a comportamentos de empresas. Neste sentido, poder de regulamentação e poder de regulação acabam por ser semelhantes.

No entanto, no art.º 48 e) parece ser adotada uma noção mais abrangente de atividade de regulação quando se estabelece a obrigação de informar sobre a “atividade regulatória e sancionatória”. Podemos admitir neste caso que as atividades de supervisão e de fiscalização estejam incluídas na reguladora, embora não seja evidente que isso aconteça com a atividade regulamentar que seria objeto de referência autónoma na alínea a) do mesmo artigo.

Talvez fosse mais claro, e mais compatível com a própria definição de autoridade “reguladora”, caracterizar o poder regulador de forma geral, constituído por poderes de regulamentação, de supervisão, fiscalização e sancionatório.

4 Regras técnicas em sentido lato, no sentido de regras de atuação estabelecidas com base em conhecimentos técnicos, que podem ser de natureza económica, contabilística, tecnológica, jurídica ou outra.

Questão diferente é saber se todos estes poderes devem ser exercidos pela mesma autoridade. Por exemplo, se por qualquer motivo se entender útil criar uma entidade administrativa com poderes regulamentares e de supervisão, mas sem poderes sancionatórios, parece razoável admitir que fica também sujeita a esta Lei-quadro. Se assim não fosse, tratar-se-ia de uma opção que bastante restritiva na escolha das instituições mais adequadas ao exercício de funções de Estado, tanto mais que, por vezes, pode haver vantagens em que estes poderes agora considerados por atacado atributos da regulação independente não sejam exercidos por uma única entidade.

Algumas destas ambiguidades presentes na definição dos poderes das autoridades independentes também estão presentes na definição dos seus objetivos. Desde logo, no art.º 3 n.º 1 refere-se que as autoridades reguladoras têm atribuições em matéria de regulação da atividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência. De novo, a redação não parece ser muito feliz. Em princípio a regulação da atividade económica inclui e muitas vezes fundamenta-se precisamente na defesa da concorrência, de direitos dos consumidores e de serviços de interesse geral.

Por outro lado, ainda no mesmo artigo 3.º, na alínea *f*) do n.º 2, assim como no n.º 3 do art.º 6.º, é estabelecido que é requisito das autoridades reguladoras garantir os direitos e interesses dos consumidores. A defesa dos direitos dos consumidores tem sido concretizada através de legislação que pode existir independentemente das autoridades reguladoras aqui em causa. Agora como no futuro, na base dessa legislação podemos encontrar ideias muito diferentes sobre os direitos dos consumidores, que tanto podem estar assentes nos conceitos tradicionais de soberania do consumidor como noutras ideias, por exemplo, de paternalismo do Estado. Nesta matéria permanece uma grande liberdade de escolha política e regulativa. E assim quando se diz que autoridades a constituir devem defender os interesses e direitos dos consumidores, introduz-se um conceito em aberto, que muitas vezes tem definições fora do quadro de intervenção da autoridade a constituir. Parece ser necessário que na constituição de uma autoridade sejam devidamente explicitados os direitos e interesses dos consumidores que ela deve proteger e seja definido o modo como se articula com outras entidades, independentes ou não, também com atribuições em matéria de defesa do consumidor. Para as autoridades agora constituídas pode ser problema a esclarecer através dos seus Estatutos.

Ainda assim, é claro que a defesa dos direitos dos consumidores é um objetivo essencial da regulação independente. Isto pode ser fonte de alguns problemas na conceção da intervenção reguladora, pelo menos numa perspectiva de análise económica. Desde logo, pode ser desvalorizada a defesa dos direitos de outros utilizadores dos serviços das empresas reguladas, como os utilizadores empresariais. Ora, há muitos casos em que o uso ou o abuso de poder de monopólio, por exemplo, afeta diretamente empresas e não consumidores, como sucede nos mercados de monopsonio e de oligopsonio. Ou seja, em que a maior parte das distorções concorrenciais se situam nos mercados de equipamentos e de consumos intermédios, em que como compradores e vendedores temos sobretudo empresas, e não nos de consumo final, em que do lado dos compradores temos em geral os consumidores. E o mesmo pode ser dito a propósito de alguns problemas de assimetria de informação entre vendedores e compradores. Ou seja, em muitas circunstâncias em que, numa perspectiva económica, se justifica uma intervenção reguladora porque há falhas de mercado, encontramos empresas e não consumidores nos dois lados do mercado. Numa interpretação limitada da Lei, poderia argumentar-se que nestes casos não estaria preenchido um requisito necessário para a regulação independente. Eventualmente o problema seria ultrapassado caso se provasse que distorções nos mercados de equipamentos e de consumos intermédios acabam por ter efeitos no consumidor final. No entanto essa é uma prova morosa, que pode ser difícil, caso a caso, e sempre desviaria a natureza da intervenção reguladora para mercados diferentes daqueles que, nas circunstâncias em apreço, mais justificassem intervenção reguladora.

Finalmente, pode argumentar-se que o peso dado ao conceito de defesa dos direitos dos consumidores pode levar à desvalorização da defesa da concorrência ou da procura de eficiência no mercado como objetivo da atividade reguladora, apesar da defesa da concorrência fazer parte do âmbito da atividade reguladora, nos termos do art.º 3.º, n.º 1. É certo que muitas vezes estes objetivos coincidem e na maior parte dos casos será difícil garantir uma defesa sustentada dos direitos dos consumidores sem que, ao mesmo tempo, se valorize a eficiência económica e se promova a concorrência. No entanto, podem não coincidir. Por exemplo, na defesa da concorrência existe o problema tradicional de escolha do critério de decisão a seguir pelo regulador, a maximização do excedente do consumidor ou a maximização do excedente do mercado. Pode também acontecer que a aparente diferença entre um objetivo de defesa dos consumidores e um objetivo de eficiência se reconduza a diferenças

entre critérios de eficiência de curto prazo, mais próximos eventualmente do que se entenda como direitos dos consumidores e critérios de eficiência de longo prazo, mais relacionados com a promoção de investimento eficiente. Ou podemos ter situações de conflito entre uma conceção paternalista dos direitos dos consumidores e a eficiência no mercado. Finalmente podemos ter ainda casos em que eficiência e defesa da concorrência não coincidam, como sucede nos monopólios naturais.

Em síntese, fica por saber em que medida os Estatutos das diferentes autoridades e a evolução futura do quadro regulamentar podem vir a resolver estas dúvidas e ambiguidades que se encontram na Lei-quadro. Parece essencial que, em cada caso, haja uma ponderação conjunta destes ou doutros objetivos, de uma forma clara e hierarquizada, que permita entender os principais fins a ser prosseguidos por cada autoridade em causa.

3. A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO INDEPENDENTE DO GOVERNO NUMA PERSPETIVA DE INTERESSE PÚBLICO

Na análise económica das origens da regulação são utilizadas habitualmente duas abordagens. Uma, de natureza normativa, centra-se na identificação dos casos em que deve haver regulação. Outra, no domínio da análise positiva, centra-se na identificação dos motivos que dão origem à regulação que se verifica nos mercados. Esta última será considerada a seguir, nas secções 4 e 5. A primeira, que agora nos ocupa, tem como objetivo identificar os casos em que uma intervenção é necessária, admitindo-se, naturalmente, que o objetivo da intervenção reguladora é o interesse público.

Tradicionalmente, nesta abordagem o interesse público é identificado com a promoção de eficiência económica. Numa versão simples do problema, partindo-se do princípio de que os mercados de concorrência perfeita são eficientes, a necessidade de regulação é identificada em cada mercado a partir dos desvios da estrutura desse mercado relativamente à de concorrência perfeita. Quando se verificam desvios diz-se que há falhas de mercado e correspondem a situações de ineficiência económica. A intervenção reguladora deve ter como objetivo conseguir resultados nesse mercado semelhantes aos que se verificariam se houvesse concorrência perfeita, ou seja, deve ser promover a eficiência económica.

As falhas de mercado normalmente consideradas são o monopólio, o oligopólio, as assimetrias de informação, externalidades e, nos mercados de seguros, a seleção adversa, a interdependência de riscos e o risco moral. Existe por

vezes a distinção entre regulação económica, relacionada com a promoção da concorrência e a regulação do poder de monopólio, e a regulação social, cuja necessidade é geralmente independente da estrutura de mercado, destinada a resolver problemas como os de assimetria de informação, de externalidades ou de falhas nos mercados de seguros. Não parece ser uma distinção muito interessante tanto mais que muitas vezes estas diferentes falhas coexistem no mesmo mercado. Nos mercados de telecomunicações, de energia, de água e resíduos, na aviação civil e nos transportes marítimos, coexistem falhas como o poder de monopólio, assimetrias de informação, externalidades ambientais e, por vezes, o problema dos bens públicos.⁵

Ora, nesta perspetiva, admitindo que o Estado prossegue sempre o interesse público, a pergunta a que importa responder, para justificar a existência de autoridades reguladoras independentes é: em que circunstâncias se justifica uma intervenção através de entidade independente do Governo?

Em geral a intervenção reguladora do Estado deve ser concretizada através da administração pública, direta ou indireta. Em muitos casos é para isso que administração pública existe. A adoção de outras formas organizacionais, como as autoridades reguladoras independentes, só se justifica quando a administração pública não é adequada para a resolução do problema em vista.

Se admitirmos, na linha desta abordagem teórica, que a intervenção do Estado é sempre orientada pela procura do interesse público, e que este é bem conhecido, correspondendo por exemplo a um conceito inequívoco de eficiência económica, o problema de criação de autoridades reguladoras independentes não tem a ver com os objetivos, tem a ver com a forma organizacional mais adequada a adotar. Mas, sendo assim, só existe quando as regras de funcionamento da administração pública, direta e indireta, concebidas em função de necessidades gerais e que podem não poder ter em conta especificidades setoriais, não permitem o desempenho adequado da função reguladora num determinado setor ou numa determinada área de atuação. Algumas dessas especificidades radicarão nos mercados de trabalho. Regras gerais salariais e de progressão na carreira na administração pública podem dar origem a condições salariais muito diferentes nas que prevalecem no mercado e nas empresas objeto de regulação. Se forem piores pode não ser possível ao Estado contratar as pessoas com as qualificações adequadas no quadro das regras gerais de funcionamento da administração pública. Assim,

5 No mesmo sentido, Ferreira & Morais, 2009.

pode justificar-se uma situação excecional que pode ser a criação de autoridades reguladoras independentes. Seriam necessárias naqueles setores onde se exige uma especialização técnica para corresponder ao interesse público em causa que, por razões várias, não se consegue no âmbito da administração pública. De facto, foi sugerido que as exigências técnicas crescentes sobre os Governos nacionais que resultaram dos desenvolvimentos técnicos, dos processos de privatização e do quadro institucional europeu terão estado nas origens de autoridades reguladoras independentes do Governo em vários países europeus (por exemplo, Thatcher, 2002).

Será esta uma primeira interpretação do princípio estabelecido no art.º 6, n.º 1, nos termos do qual as entidades reguladoras só podem ser criadas para a prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo.

É importante não desvalorizar o carácter específico ou setorial da opção por regular através de uma autoridade independente. É uma opção excecional para responder a necessidades do setor a regular. E assim, é de reear que regras gerais acabem por impor demasiadas restrições na escolha das formas organizacionais mais adequadas. Em limite, não é evidente a necessidade da Lei-quadro. No entanto, sendo aceite que não é uma lei de valor reforçado, e tendo presente o grau de generalidade de algumas das suas opções, será possível ao nível dos Estatutos de cada autoridade garantir essa diversidade institucional e organizacional que sempre tem estado presente, porque necessária, nas origens e no desenvolvimento da regulação independente.

Finalmente, aceitando-se que o essencial em cada caso é a criação de uma organização eficiente e com capacidade técnica de intervenção importa ter presente que a qualidade de uma organização é global. Não basta ter alguns profissionais excelentes. É necessário, mas não é suficiente, nomear pessoas qualificadas para os conselhos de administração.⁶ Importa garantir nos níveis de atuação relevantes um nível técnico que traduza um profundo conhecimento dos problemas de mercado, nas suas vertentes tecnológicas, jurídicas, económicas ou sociais. Na prática isto significa que os reguladores devem ter um nível técnico pelo menos igual ao das empresas reguladas. E assim importa garantir ao nível de cada setor competitividade salarial entre a autoridade

⁶ Embora não seja evidente que isto sempre tenha acontecido entre nós, ao longo dos últimos 20 anos, em autoridades independentes ou em institutos públicos com algumas características de independência.

reguladora e as empresas reguladas, para especialidades técnicas e para níveis de direção ou de chefia de serviços equivalentes. Se esta competitividade salarial não for conseguida fica em causa a competitividade técnica e fica prejudicado, nesta perspetiva de interesse público, o fim para o qual a autoridade em causa foi criada. O custo de eficiência que isto implica é seguramente maior do que o custo incremental que garante a competitividade salarial de quadros técnicos especializados de uma autoridade reguladora independente.

Este problema pode ainda ser mais agravado se entendido numa perspetiva europeia. Para algumas qualificações técnicas o mercado de trabalho é europeu. Sem capacidade de ajustamento a condições específicas dos mercados de trabalho pode uma autoridade nacional não ser capaz de reter quadros qualificados, e muito menos de os contratar, não só porque os perde para a indústria mas porque os perde para outras autoridades de outros países europeus ou para organizações da União Europeia.

Em síntese, numa perspetiva de interesse público a principal razão para que a intervenção reguladora do Estado se verifique através de autoridades independentes relaciona-se com a necessidade de poder contratar pessoal qualificado e com a flexibilidade de gestão necessária para responder mais rapidamente a problemas de mercado. No entanto, estas razões não se encontram explicitamente afirmadas na Lei-quadro, quando se define um quadro de criação e extinção de autoridades reguladoras, objeto dos artigos 6.º a 8.º. É certo que se prevê o regime de contrato individual de trabalho para os trabalhadores das autoridades reguladoras (art.º 32.º). Este regime pode contribuir para a viabilização da contratação de pessoal qualificado, mas o resultado final acabará por depender do quadro geral de contratação e de carreiras e das condições para a sua aplicação que venham a ser viabilizados, designadamente ao nível dos Estatutos. E isto, admitindo, evidentemente, que o normal funcionamento das autoridades reguladoras que venha a resultar da Lei-quadro e dos Estatutos, não seja suspenso por leis excecionais, como se tem verificado nos últimos anos, em que através da Lei do Orçamento se tem procurado limitar a autonomia financeira e administrativa de algumas entidades independentes, na sequência da crise económica e da intervenção externa a que o país tem estado sujeito.

Noutro sentido, o enquadramento que resulta da nova lei tem algumas vantagens. Aqui se estabelece o carácter excecional da regulação independente (art.º 6.º n.º 1). Determina-se que a criação de autoridade reguladora deve ser precedida de estudo que a fundamente, em bom rigor de uma análise

institucional (art.º 6.º, n.º 4). Aceitam-se as características dinâmicas deste processo de criação de autoridades reguladoras, pois admite-se a sua extinção (art.º 8.º).

No entanto, estas ideias deveriam ser mais bem concretizadas, seja no que diz respeito aos princípios, seja no que diz respeito à sua aplicação. Desde logo, não é evidente que uma análise institucional da necessidade de autoridade reguladora independente tenha sido feita para todos os casos em que já existe atividade reguladora do Estado, neste momento executada no quadro da administração direta e indireta, e se pode discutir a utilidade da regulação através de uma autoridade independente. Seria útil fazê-la.

Por outro lado, uma análise institucional deste tipo, entre diferentes modelos organizacionais, ganha em ter uma metodologia bem definida e geralmente reconhecida, o que não sucede com a Lei-quadro. Existe alguma ambiguidade nos critérios a seguir para a criação de uma nova autoridade, designadamente no que diz respeito ao critério de interesse público estabelecido no art.º 6.º, n.º 3 a), que é neste caso um conceito indeterminado. A análise económica tem um instrumento aplicável, a análise custos-benefícios. A sua adoção neste caso teria como resultado centrar o conceito de interesse público no aumento da eficiência económica que seja consequência da intervenção reguladora da autoridade cuja criação se discuta, relativamente a uma situação em que essa intervenção se fizesse no âmbito da administração pública tradicional. É um exercício feito no pressuposto de que a regulação se destina a aumentar a eficiência económica. No entanto, não é invalidado pela existência de outros objetivos. Pode ser sempre complementado por outras técnicas utilizadas em análise de impacto regulatório.⁷

Finalmente, como as circunstâncias mudam, seria de prever um período, de cinco anos, por exemplo, ao fim do qual cada autoridade reguladora deveria, através de análise adequada apresentar os argumentos a favor da sua continuação como tal ou da sua transformação nos moldes que se revelassem mais adequados.

Em sentido diferente dos comentários anteriores, fica a dúvida sobre se, para a constituição de autoridades reguladoras, se dá importância desnecessária a um requisito que em última análise depende sempre da vontade do Governo que é a capacidade de ter meios financeiros próprios (art.º 6.º, n.º 3, c)). Há autoridades em que isto é natural, por exemplo aquelas em que é

7 Para uma síntese e referências, OCDE, 2009.

fácil estabelecer taxas de regulação porque é fácil identificar os sujeitos dessas taxas, o que acontecerá na maior parte dos casos de regulação setorial. Nestes casos é fácil ao Governo definir taxas de regulação como receitas próprias das autoridades independentes. No entanto, mesmo quando é difícil identificar os sujeitos das taxas, o Governo, querendo, sempre arranja formas imaginativas de resolver o problema, como ficou bem ilustrada com o modo de financiamento escolhido para a Autoridade da Concorrência. Interpretada estritamente, esta disposição introduz um elemento arbitrário no processo de constituição de uma autoridade independente. Se o Governo quiser constituir essa autoridade cria um quadro legal que permita a obtenção de receitas próprias. Se não o quiser fazer, não cria esse quadro legal. Seria talvez mais lógico, estabelecer que, caso se justificasse por razões de interesse público a constituição de uma autoridade independente, o Governo ficava obrigado à constituição de um quadro legal que permitisse a essa autoridade ter receitas próprias.

4. A REGULAÇÃO INDEPENDENTE COMO RESPOSTA A FALHAS DO ESTADO

Um problema que sempre existe quando se admite que o interesse público é o objetivo da função reguladora do Estado é identificar o interesse público. Na secção anterior admitiu-se que correspondia à procura de eficiência económica, correspondendo à ideia tradicional de que o objetivo da regulação é corrigir falhas de mercado.

Em geral, não tem de ser este o conceito de interesse público a utilizar na intervenção do Estado na economia. Para definir o interesse público, o ideal seria agregar as preferências individuais para obter as preferências coletivas, que são muitas vezes designadas como função de bem-estar social. Esta função descreveria o interesse público a ser prosseguido na atividade política e regulativa. No entanto, como é bem sabido, pelo teorema geral da possibilidade de Arrow (1961) ficou demonstrada a impossibilidade de construir uma função de bem-estar social coerente e democrática que permita sempre determinar objetivamente que para a sociedade um determinado resultado é superior a outro. Esta é uma fonte de poder discricionário dos políticos pois será difícil defender, com toda a generalidade que, em resultado de um processo eleitoral, se encontram comprometidos com uma função de bem-estar social que inequivocamente traduza o interesse público.

A estes problemas de identificação do interesse público inerentes ao processo democrático de decisão, há que acrescentar os que resultam do

funcionamento do Governo representativo. Na sua origem está o custo de supervisão dos deputados e dos Governos pelos eleitores, assim como os custos de supervisão da função pública pelo Governo. Como estes custos são muito elevados a supervisão da atividade política e administrativa é sempre imperfeita e pode nem existir realmente nalgumas decisões políticas. Assim, os políticos têm poder discricionário na sua atuação corrente. Isso significa que podem ter objetivos próprios diferentes do interesse público, que pode nem ser conhecido pelos motivos acima referidos.⁸ Admite-se muitas vezes que o objetivo dos políticos é conquistar e manter o poder. Os funcionários públicos também têm poder discricionário, que, admite-se, muitas vezes se traduz na procura de objetivos de natureza corporativa e, a nível individual, pela procura de poder face ao exterior e de poder e de regalias dentro da administração pública.

Nestas circunstâncias pode haver falhas do Estado. A sua definição não é pacífica. Em bom rigor corresponderiam a casos em que as decisões públicas se afastam do interesse público. No entanto, não resultando do processo eleitoral um conjunto de preferências coletivas bem definidas para cada opção política, isto é, não resultando do processo eleitoral uma expressão inequívoca e detalhada do interesse público, há um problema prático neste conceito. Em alternativa podemos definir falhas do Estado por analogia com a definição de falhas de mercado, e dizer que há falhas do Estado quando as decisões coletivas levam a situações de ineficiência económica.⁹

Entre as falhas do Estado associadas ao Governo representativo contam-se a sensibilidade das escolhas públicas a ciclos eleitorais e a influência dos meios de comunicação social no processo político¹⁰. A primeira está na origem de decisões como as que dão origem a benefícios concentrados na legislatura em que são tomadas e a custos dispersos ao longo das legislaturas seguintes, sendo os custos maiores do que os benefícios. Ou seja, políticas que não deveriam ser adotadas mas que são fonte de ganhos eleitorais imediatos. É um problema relativamente frequente nas democracias ocidentais. Por exemplo, na

8 Note-se que assim seria mesmo que do processo democrático resultasse sempre uma definição inequívoca do interesse público. O poder discricionário neste caso tem origem nos custos de supervisão dos deputados pelos eleitores, do Governo pelos deputados ou da função pública pelo Governo.

9 Outra definição, de aplicação talvez um pouco mais difícil, seria estabelecer que há falhas de Estado quando uma decisão pública dá origem a um resultado que não é superior, no sentido de Pareto, ao que se teria sem essa decisão pública (Beesley, 2006)

10 Weimer e Vining, 2011.

regulação de preços isto deu por vezes origem a políticas que inviabilizaram programas de investimento das empresas reguladas, quando os preços eram mantidos artificialmente baixos por razões eleitorais. Também pode acontecer o contrário. Por exemplo, em processos de privatização por vezes opta-se por atribuir vantagens de diversa ordem às empresas a privatizar para maximizar a receita da privatização, ainda que à custa de preços mais elevados nos anos seguintes. Noutras áreas de regulação há problemas semelhantes. A resolução de problemas ambientais foi muitas vezes atrasada pelos custos imediatos que implicava. Um pouco por todo o lado, a criação de condições de sustentabilidade das reformas foi adiada por sucessivos governos, que assim transferiram para legislaturas posteriores os custos dos benefícios que concederam aos reformados.

Alguns dos efeitos negativos da comunicação social no processo político manifestam-se na agenda do debate público. Resultam das diferenças entre os objetivos dos políticos e os da comunicação social. Os políticos procuram conquistar manter o poder. Para o efeito precisam de ser eleitos. Para isso é necessário que os eleitores os conheçam. Não o conseguem se não tiverem espaço na comunicação social. Para obterem este espaço têm de se manifestar sobre os assuntos que interessam à comunicação social. Ora a agenda da comunicação social é determinada pela necessidade de ganhar audiências. Não corresponde necessariamente à agenda de temas de interesse público. E assim os eleitores acabam por conhecer os políticos em que votam sobretudo em função das suas posições em matérias que podem não ser relevantes em termos de interesse público mas são essenciais para ganhar audiências.

De forma geral, importa ver o processo político também como uma manifestação de conflitos entre grupos de interesses. Estes interesses podem estar mais ou menos organizados. Os benefícios e os custos de diferentes decisões podem estar concentrados num ou noutra grupo, ou dispersos pela generalidade dos interessados. Um resultado possível é a prevalência de interesses concentrados sobre interesses difusos à custa de eficiência económica. Por vezes designa-se isto como política clientelar. Em alternativa, podem estar os benefícios e os custos concentrados em grupos de interesse específicos e o problema é arbitrar a sua distribuição entre eles, o que por vezes se designa como política dos grupos de interesse. Mas também pode acontecer que políticas que promovam a eficiência económica sejam sacrificadas a políticas populistas, para agradar à maioria dos eleitores. O resultado final depende evidentemente das escolhas que os políticos façam em função dos seus próprios objetivos. Admite-se que

estes passam pela manutenção do poder, podendo dar origem a decisões que são fonte de ineficiência económica¹¹.

Uma forma de procurar evitar estas falhas associadas ao Governo representativo é delegar o poder de tomar decisões em autoridades independentes do Governo. Na medida em que estas autoridades possam agir de forma independente das circunstâncias políticas, dos ciclos eleitorais e da comunicação social, podem, em teoria, ser evitadas falhas do Estado como as referidas. Ou seja, podemos entender a regulação independente do Governo como uma tentativa de eliminar, ou reduzir, falhas do Estado. Sendo assim, haveria que explicar os motivos pelos quais um Governo aceita criar autoridades reguladoras independentes, abdicando de um substancial poder discricionário que sempre poderia ser utilizado para obter ganhos políticos. O problema é importante tanto mais que tem sido essa a prática dos governos europeus nos últimos 20 anos. Uma resposta global a esta pergunta envolveria uma análise da formação dos equilíbrios políticos que, em cada setor, deram origem a autoridades independentes. De forma simples, e coerente com a teoria económica da regulação, podemos admitir que os Governos foram de algum modo forçados a isso, por vários dos interessados, que vão desde associações de consumidores, a empresas candidatas à entrada em mercados liberalizados, aos antigos monopolistas ou a Comissão Europeia e que estaria em causa, sobretudo, a potencial ineficiência criadas por falhas de Estado na atuação dos governos, suscetível de prejudicar o investimento e a concorrência.¹² Alguma evidência empírica sobre a evolução da regulação independente nos países europeus é compatível com esta ideia¹³. Analisada a criação de autoridades reguladoras independentes nesta perspetiva há vários problemas a resolver, que não são identificados numa análise, como a da secção anterior, baseada na teoria do interesse público. Desde logo quanto às razões para a criação de autoridades reguladoras independentes. Já antes se referiu que a Lei-quadro obriga a uma análise institucional para a sua criação, que deve resultar de uma demonstração de necessidade que resulta do desenvolvimento das atribuições de regulação num determinado setor de atividade (art.º 6 n.º1). Ora, nesta demonstração o poder discricionário do Governo permanece significativo. Em primeiro lugar,

11 Baldwin, Cave & Lodge, 2012.

12 Este é um tema a ser tratado no domínio da teoria das escolhas públicas. Para uma sistematização de possibilidades de investigação neste sentido, veja-se a secção 6.

13 Gilardi, 2002, 2005; Thatcher, 2002.

note-se que a lei refere que as autoridades independentes só podem ser criadas em determinadas circunstâncias que recomendem a independência em relação ao Governo. Não refere explicitamente que sempre que essas circunstâncias se verificarem deve ser criada uma autoridade independente. A decisão final de criação de autoridades independentes pertence ao Governo, ainda que condicionada pelo resultado da análise institucional – sendo certo que a iniciativa para a análise institucional pertence também ao Governo. Em segundo lugar, há o problema do critério de decisão. Formalmente é o interesse público nos termos do art.º 6.º, n.º 3 a). O problema é definir o interesse público, como se viu. Neste domínio admitir um critério de eficiência na análise institucional a fazer, ou seja, obrigar a uma análise custos benefícios, poderia introduzir limites à discricionariedade da decisão política. Seria também o critério mais adequado, caso se definam falhas do Estado como situações em que decisões coletivas dão origem a afetações de recursos ineficientes do ponto de vista económico. Tem sido esta a definição utilizada neste trabalho. Mas, não se aceitando esta perspetiva e pretendendo-se outro critério de interesse público, o aspeto a salientar é que, partindo do princípio de que a regulação independente serve para reduzir ou eliminar falhas do Estado, o critério de avaliação da necessidade de uma autoridade reguladora independente exige uma definição prévia das falhas do Estado a corrigir.

Ora, entre as falhas do Estado que podem ser reduzidas por regulação independente contam-se aquelas associadas ao Governo representativo e acima referidas, como a influência do ciclo eleitoral e da comunicação social no processo de decisão política. Isto evidencia um problema fundamental que não é abordado numa perspetiva de interesse público: como garantir a independência em relação ao Governo, não só numa perspetiva organizacional, de natureza financeira e administrativa, mas sobretudo, numa perspetiva fundamentalmente reguladora. Essa independência passa a ser necessária para garantir o objetivo desejado, a correção das falhas do Estado originadas pela excessiva sensibilidade dos governos a fatores como a conjuntura política e os ciclos eleitorais.

Este problema é objeto das disposições sobre a independência das autoridades reguladoras que se encontra definida no art.º 45.º. No n.º 1 e no n.º 2 fica estabelecido que as autoridades são independentes no exercício das suas funções e não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental, e que os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes sobre a sua atividade reguladora nem

sobre as prioridades a adotar. O Governo tem o poder de pedir informação sobre a atividade reguladora, nos termos do n.º 3.

No entanto os números 4 a 6 do mesmo art.º 45.º delimitam e condicionam essa independência. Nos termos do n.º 4 e n.º 5, carecem de aprovação prévia por parte dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, os orçamentos e respetivos planos plurianuais, o balanço e as contas, assim como carecem de aprovação prévia pelo membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, outros atos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos. Nos termos do n.º 6, estas aprovações apenas podem ser recusadas mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da entidade reguladora ou para o interesse público ou ainda em parecer desfavorável emitido pelo conselho consultivo, caso este exista. Isto é, sem prejuízo do disposto no art.º 45.º, n.º 1 e n.º 2, ao Governo é atribuído um poder substancial na aprovação de orçamentos, planos de atividades e contas, pois na prática o conceito de interesse público aqui, de novo, um conceito indeterminado. Por esta via pode haver lugar a uma intervenção significativa do Governo na definição das grandes opções regulativas, em matéria de plano e de orçamento. Além disto, a aplicação às autoridades reguladoras do regime de tesouraria do Estado, em particular os princípios e as regras da unidade de tesouraria, prevista no art.º 38.º, n.º 3, pode criar um risco adicional para a independência de gestão e de decisão das autoridades reguladoras.

Note-se que não está em causa a necessidade de aprovação dos planos, orçamentos e contas das autoridades reguladoras independentes por uma entidade com legitimidade democrática. É indiscutível a necessidade de supervisão democrática da atividade reguladora. Dir-se-ia que esta pode ser feita no âmbito parlamentar, de modo em princípio desgovernamentalizado. Mas essa maior independência em relação ao Governo não seria necessariamente melhor. O objetivo da independência em relação ao Governo é reduzir ou eliminar o impacto das circunstâncias políticas e dos ciclos eleitorais nas decisões regulativas. Não é evidente que a intervenção parlamentar na aprovação de planos, contas e orçamentos, contribuísse para isto.

De facto, é problema que não se pode evitar. Num contexto democrático, há um limite para a independência regulativa do poder político, dado pela necessidade de supervisão democrática dos orçamentos, pois os recursos das

autoridades reguladoras, ainda que recursos próprios nos termos em cada caso legalmente aplicáveis, são em regra recursos públicos. A melhor forma de evitar influências das circunstâncias políticas e eleitorais na aprovação dos planos orçamentos e contas que contrariasse os próprios fins para que são criadas as autoridades reguladoras seria densificar o conceito de interesse público aplicável neste caso. Talvez seja matéria que possa ser objeto de legislação setorial ou dos próprios estatutos ou que venha a ser aperfeiçoada pela própria dinâmica criada por este diploma.

Problema semelhante, mas de solução mais fácil, diz respeito à nomeação dos membros do Conselho de Administração. Nos termos do art.º 17.º os membros do Conselho de Administração são nomeados pelo Governo, após audição por comissão competente da Assembleia da República. De novo, há aqui uma intervenção política que é indispensável. A designação pelo Governo parece ser uma solução prática.¹⁴ A audição na Assembleia República deveria ter um duplo objetivo. Em primeiro lugar, eliminar a possibilidade de nomeação para os cargos de pessoas pouco conhecedoras dos assuntos de regulação, que em princípio ficam mais expostas numa audição pública. Em segundo conhecer as suas opiniões sobre grandes opções regulativas que seja pertinente considerar no setor em causa. No entanto, em sentido contrário, pode haver o risco de uma maior politização do processo de nomeação, por exemplo, se um processo de audição vier a estar integrado num conjunto de medidas sujeitas a negociação entre Governo e Assembleia.

De qualquer forma a previsão de um mandato de seis anos, não renovável, como previsto no art.º 20.º, n.º 1, pode contribuir para alguma desgovernamentalização da atividade reguladora. Em sentido contrário pode criar tensões em áreas não regulativas, nomeadamente em matéria de assessoria ao Governo e de apoio à Assembleia da República no processo legislativo.

5. FALHAS DA REGULAÇÃO INDEPENDENTE

Num quadro em que admitimos falhas do Estado associadas ao funcionamento do Governo representativo é natural que se discuta a possibilidade de haver também falhas na regulação independente. Esta possibilidade tem uma história longa. Começou por estar identificada com situações em que se

¹⁴ E provavelmente mais isolada da conjuntura política do que se a nomeação fosse feita pela Assembleia da República. Por vezes entre nós também se sugere uma intervenção Presidente da República na nomeação dos Conselhos de Administração. Como é óbvio, também aqui haveria interferência política na nomeação.

admitia que o regulador estivesse a defender os interesses das empresas que deveria regular, e não os interesses dos consumidores, presumivelmente mais próximos do interesse público. Isto poderia acontecer por vários motivos. Por exemplo, em relação com o ciclo de normal de vida das autoridades reguladoras que formam a sua opinião de acordo com as informações fornecidas pelas empresas reguladas e que à medida que exercem a sua atividade desenvolvem relações mais estreitas com as empresas reguladas e acabam por interiorizar como seus alguns dos objetivos dessas empresas que deviam regular. Também pode acontecer por haver distorções nas decisões regulativas, na medida em que os reguladores antecipem oportunidades de emprego nas empresas reguladas, ou outras vantagens como o apoio de empresas reguladas a uma carreira política ou qualquer outra, e isso afete as suas decisões. Esta possibilidade foi designada muitas vezes como a captura do regulador pelos regulados e estudada no domínio daquelas que por vezes são chamadas como teorias da captura. Implícita nesta ideia tem estado uma ideia de interesse público correspondente a eficiência económica. Porque atua no sentido dos interesses das empresas reguladas e não no dos consumidores, o regulador acaba por ter decisões ineficientes no sentido económico¹⁵.

As teorias da captura não serão teorias no sentido próprio do termo. Será talvez mais adequado considerá-las como hipóteses de comportamento, sem grande desenvolvimento teórico. Por outro lado, são refutadas pela evidência empírica, pois não explicam, por exemplo, a existência de regulação contra os interesses regulados, que acaba por corresponder a boa parte da atividade regulativa¹⁶. E mesmo como hipóteses, são incompletas. Quando, tendo presente a realidade dos mercados, se pondera a possibilidade de haver um comportamento regulador que acolha diretamente interesses privados, as situações a analisar são bem mais complexas. Por exemplo, pode um regulador ter políticas populistas e determinar preços abaixo de custo às empresas reguladas, aumentando os benefícios dos consumidores no curto prazo mas prejudicando os consumidores no longo prazo porque as empresas deixam de investir dados os prejuízos que esses preços lhes impõem. Nestes casos pode dizer-se que a regulação não é credível para os investidores, que existe um problema de credibilidade regulativa e um problema de eficiência económica. Mas normalmente não se diz que há aqui captura. Para o regulador

15 Posner, 1971.

16 Hertog, 2012.

este comportamento pode ser vantajoso se lhe der boa imagem na imprensa, criando popularidade e uma boa hipótese de carreira política posterior. Pode haver muitos outros casos. Com os processos de liberalização nas indústrias que tradicionalmente eram consideradas como monopólios naturais apareceram novas empresas nos mercados, normalmente com interesses diferentes dos do antigo monopolista e dos consumidores. Nestes casos, pode haver também distorções nas decisões do regulador quando as toma correspondendo diretamente aos interesses destas empresas que entraram no mercado. Como se disse, este comportamento pode resultar de expectativas de emprego, ou de apoios esperados a atividade política ou a quaisquer outras atividades profissionais futuras dos reguladores. Ou seja problema análogo ao que se admitia existir nas relações entre reguladores e os monopólios regulados. Mas pode também acontecer que essas decisões de que resultam ineficiência económica e benefícios para interesses privados resultem somente do melhor julgamento de quem as tomou, de acordo com as suas convicções ideológicas, num contexto que é sempre de informação imperfeita sobre o mercado. E, na prática, será muito difícil determinar as razões para as decisões.

Acolhendo a diversidade destas situações, a teoria económica da regulação parte do princípio de que existem diferentes procuras por regulação originadas nos diferentes grupos de interessados, com diferentes capacidades de influenciar o regulador, e de que existe uma oferta de regulação da parte do Estado, através dos que detém funções reguladoras.¹⁷ Em equilíbrio pode acontecer que o nível de regulação assim determinado em resposta direta a interesses privados contribua para aumentar a eficiência económica. Interesses privados procuram regulação que gere um aumento de eficiência se virem oportunidade de se apropriarem de uma parte dos ganhos daí resultantes¹⁸.

Um desenvolvimento natural desta abordagem foi a análise integrada dos objetivos dos reguladores e legisladores e das interações entre os vários interessados ao longo do processo regulativo. Com isto a teoria da regulação aproximou-se dos problemas tradicionalmente analisados pela teoria das escolhas públicas¹⁹.

17 Estes podem ter objetivos próprios pois têm poder discricionário que resulta da ambiguidade na definição legal do interesse público e da vantagem de informação que têm sobre o público, os membros do Governo ou os deputados.

18 Peltzman, 1989.

19 Hertog, 2011.

Tal como sucede com a identificação de falhas do Estado em geral, a identificação de falhas de regulação implica identificar desvios no comportamento regulativo face a um objetivo de referência. Há várias possibilidades. Uma é considerar desvios em relação aos preços e quantidades dos serviços regulados que resultariam da maximização de uma função de bem-estar social admitida à partida e que, por hipótese, traduziria as preferências da sociedade. Nos casos mais simples, admite-se que esta função se reconduz à procura da eficiência económica, havendo que distinguir, como acima se referiu, entre eficiência económica no curto prazo e no longo prazo. Outra hipótese poderia ser comparar a atuação do regulador num determinado assunto com a que resultaria do prosseguimento do “interesse geral”, definido como a decisão que seria tomada sobre o mesmo assunto com base nos processos democráticos de decisão pública em vigor na sociedade em causa²⁰.

Uma alternativa prática para resolver o problema seria partir dos objetivos estabelecidos para a regulação através do processo político. Considerando-se como “boa regulação” a que segue os objetivos legalmente estabelecidos para o regulador e atua com base em regras de transparência, também se pode considerar que há falhas de regulação quando o regulador se afasta dos objetivos legais que deve prosseguir e tem formas de atuação não transparentes. Isto é as falhas de regulação dizem respeito à falta de cumprimento de objetivos e de procedimentos.²¹ No entanto permanece um problema para definir a situação de referência para a avaliação de falhas na regulação se alguns desses objetivos não forem facilmente compatíveis entre si, o que pode suceder com facilidade quando se misturam objetivos de eficiência com objetivos de equidade, ou quando os objetivos são consagrados na lei através de conceitos indeterminados. Neste domínio já vimos que a Lei-quadro estabelece aos reguladores objetivos que necessitam ser densificados, e não é evidente que os Estatutos das diferentes autoridades sejam mais claros. É matéria que importaria aperfeiçoar, para bem identificar e corrigir falhas de regulação.

É claro que para evitar falhas de regulação uma alternativa radical é eliminar o poder discricionário do regulador. Neste caso, uma autoridade

20 Levine, 1998.

21 Baldwin, Cave & Lodge, 2012. Por vezes, como nestes casos, os autores não utilizam a expressão “interesse público” para identificar a opção que se considera socialmente mais desejável. Isto corresponde a uma tradição na literatura económica de identificar interesse público com uma função de bem-estar social; no caso mais simples com a procura de eficiência. Esta tradição afasta-se da literatura jurídica e da linguagem comum, em que muitas vezes se considera como interesse público o que está na Lei.

reguladora limitar-se-ia a aplicar a lei, suficientemente detalhada para não permitir poder discricionário. No fundo transfere-se o poder regulador para a lei. Em Portugal foi defendida por vezes uma abordagem deste género, no quadro dos contratos de concessão, chamada regulação contratual, para a regulação de algumas infraestruturas de transportes. Neste caso procura-se redigir contratos de concessão tão completos quanto possível, com todas as regras necessárias para ajustamento de preços e para novos investimentos, sem qualquer intervenção discricionária de uma autoridade reguladora, que tem, sobretudo, um papel de supervisão, garantindo que os contratos são cumpridos. No Chile na regulação do setor elétrico nos anos 1980 seguiu-se uma abordagem que vai no mesmo sentido. Pretendia-se atrair investimento e para garantir aos investidores credibilidade na regulação, isto é, na prática para impedir o estabelecimento de preços abaixo de custo, criou-se um quadro regulativo complexo através do qual todas as decisões fundamentais ficaram definidas na lei, não sendo tomadas pelo regulador. O objetivo foi conseguido. No entanto este quadro revelou-se demasiado rígido para permitir respostas adequadas em situação de crise energética, como a que se verificou em finais dos anos 1990²². Os custos de ineficiência que a rigidez deste tipo de solução pode provocar levam a que não deva ser adotada em muitos casos em que se possam esperar alterações significativas na procura, na tecnologia ou nos mercados dos fatores de produção.

Parece adequado assim que numa Lei-quadro esta opção radical não tenha sido seguida e se tenha viabilizado poder discricionário ao regulador. Neste caso o problema é saber quais as regras adequadas à redução de falhas na regulação e verificar em que medida a Lei-quadro as acolhe. De uma forma geral, e sem se ter como referência um conceito específico de falhas de regulação, parece haver algum consenso sobre as regras a estabelecer para o que se tem considerado um “bom” funcionamento de uma autoridade reguladora. Incluem²³: a) A definição estatutária de direitos e responsabilidades de cada autoridade reguladora e quando existem vários objetivos hierarquizar esses objetivos pelo menos em objetivos primários e secundários.

b) Estabelecer o princípio de que as decisões das autoridades reguladoras podem ser objeto de recurso para os tribunais.

22 Fischer & Serra, 2000.

23 Kessides, 2004.

- c) Exigir que os reguladores produzam relatórios anuais das suas atividades, submetendo-os a revisão por auditores independentes ou comissões legislativas.
- d) Assegurar que os interessados participam no processo de decisão.
- e) Assegurar transparência no processo de decisão, divulgando adequadamente os seus regulamentos e decisões, assim como os seus fundamentos.

A Lei-quadro acolhe alguns destes princípios, mas não todos. Talvez seja nos casos da alínea *c)* e da alínea *a)* que a Lei-quadro mais se afasta destas práticas. Não existe a revisão obrigatória dos relatórios dos reguladores e os princípios e objetivos das autoridades reguladoras não estão definidos com clareza nem hierarquizados. É certo que se observa na Lei-quadro um grande número de medidas relacionadas com a gestão financeira e com o controlo financeiro das autoridades reguladoras. Por exemplo, no art.º 4.º detalham-se cuidadosamente princípios de gestão interna. Contudo, não há um detalhe semelhante para a definição dos objetivos fundamentais a prosseguir na regulação dos mercados, além da referência genérica à defesa dos consumidores e ainda mais genérica à defesa da concorrência (art.ºs 3.º e 4.º). Estes objetivos são de facto conceitos em aberto. Fica por ver se na legislação setorial ou nos Estatutos são convenientemente densificados e, na presença de outros objetivos adicionais, se haverá uma hierarquização que de forma geral tem estado ausente da definição de objetivos regulativos.

Neste domínio também se tem dado importância entre nós ao regime de incompatibilidades e impedimentos, considerando-o como um aspeto essencial do enquadramento legal da atividade reguladora²⁴. A Lei-quadro acolhe preocupações deste tipo, procurando que se manifeste *ex ante* que os titulares de cargos de administração reúnem condições de independência face aos regulados e impondo algumas restrições à atividade profissional nos dois anos seguintes ao fim do mandato (art.º 19.º). Trata-se de uma abordagem que parece corresponder ao senso comum e a algum consenso interno. No entanto, a análise económica sugere por vezes a utilidade de uma abordagem mais complexa, em que as relações entre empresas, regulador, governo e outros grupos de interesse sejam abordadas de forma integrada. Por exemplo, as relações entre reguladores e empresas não devem ser consideradas isoladamente, porque têm efeitos nas relações entre os reguladores e o Governo, cujos objetivos não têm de coincidir com os dos reguladores²⁵.

24 Moreira & Maças, 2003.

25 Martimort, 1999.

É matéria que, apesar de aparentemente consensual, ganharia muito com investigação adicional.

Também se considera muitas vezes que nestas áreas a melhor garantia de independência face aos regulados e de competência no exercício das funções deve ser dada pelo reforço da transparência nas decisões e na fundamentação dessas mesmas decisões. Não tem que se tratar de matéria a ser coberta por esta Lei. É algo que pode naturalmente vir a ser definido no âmbito dos estatutos e de acordo com as práticas de cada setor. Mas parece possível sugerir que esta lei não trata esta matéria com o cuidado com que aborda outras de importância equivalente. E que assim pode ser entendida como fonte de algum desequilíbrio, surpreendente dado o interesse público em causa. O argumento pode ser ilustrado comparando o dever de reserva com o dever de transparência. O dever de reserva está definido de um modo que pode (mas certamente não deve) ter uma leitura restritiva (art.º 18.º, n.º 1), ao passo que a transparência se reconduz ao dever de disponibilizar em página eletrónica um conjunto de elementos de natureza organizacional e quanto à essência da atividade reguladora se refere somente a publicação de regulamentos e informação sobre a “atividade regulatória e sancionatória” (art.º 48.º).²⁶

Este grau de generalidade sobre a informação a disponibilizar, sem referência por exemplo, aos fundamentos das decisões tomadas, é atenuado com a referência à prestação de informação à Assembleia da República e ao Governo, presumindo que a atividade regulativa seja destacada, designadamente no que diz respeito à informação a prestar no âmbito da Comissão parlamentar competente (art.º 49.º, n.º 3). Para tornar mais efetivo este processo seria útil que os assuntos de regulação pudessem ser acompanhados por Comissão parlamentar constituída para o efeito e especializada em temas de regulação através de um procedimento regular e devidamente publicitado.

Dito isto, pode talvez interpretar-se a importância dada ao dever de reserva dos reguladores como tentativa de evitar falhas de regulação que resultem da interação entre autoridades reguladoras e a comunicação social, de algum modo análogas às falhas de Estado com origem na influência dos meios de

26 No entanto sempre se refere a transparência como princípio de gestão, através da discussão pública de projetos de documentos que contenham normas regulamentares e da disponibilização pública de documentação relevante sobre as suas atividades e funcionamento com impacto sobre os consumidores e entidades reguladas, incluindo sobre o custo da sua atividade para o setor regulado (art.º 4, n.º 1). Este princípio parece mais orientado para a gestão interna e o controlo dos custos do que para a discussão pública das opções regulativas.

comunicação social no processo político. Embora na atividade reguladora não esteja em causa uma eleição, a interação de uma autoridade reguladora com a comunicação social pode ter uma dimensão meta regulativa, por exemplo mediática ou populista, por interesse próprio dos reguladores, sem que do seu mediatismo resulte nenhum benefício para o mercado regulado. Não significa que com este comportamento se ponha necessariamente em causa a independência em relação ao governo. A interação com a comunicação social pode ser independente de uma agenda política ou eleitoral, mas também não se pode excluir essa possibilidade. De qualquer modo o problema essencial acontece quando se criam condições de interação entre a comunicação social e o regulador que levam a uma distorção da discussão pública da agenda regulativa. E se assim for tem-se um resultado contrário aos fins para que foi criada a própria regulação independente: o regulador cai na falha do Estado que se pretendia evitar. Assim, talvez se possa admitir que, com este conceito de dever de reserva o legislador procure evitar ocorrências deste tipo, limitando a expressão pública de algumas posições, eventualmente mais delicadas, ou pelo menos em momentos mais delicados. É uma possibilidade a considerar. No entanto a Lei-quadro só se dirige a aspetos muito limitados da interação entre autoridades reguladoras e comunicação social. E dirige-se precisamente aos aspetos da atividade reguladora que podem justificar mais divulgação e discussão pública, deixando em aberto situações para as quais é possível admitir um comportamento populista dos reguladores. Por estes motivos, não é evidente que o dever de reserva, tal como definido na Lei-quadro, contribua para evitar falhas regulativas com origem na interação com a comunicação social. Em sentido diferente, haverá que tomar os cuidados necessários para que não seja prejudicada a desejável transparência na decisão.

Finalmente, é de considerar que evitar falhas regulativas, ou falhas do Estado em geral, envolve um conjunto de questões mais vastas do que as que resultam de uma Lei-quadro. Levy & Spiller (1996) consideram cinco elementos fundamentais para a dotação institucional de um país:

- a) As instituições legislativas e executivas, incluindo os mecanismos de nomear legisladores e reguladores, de fazer leis e regulamentos e para determinar as relações entre estas duas instituições.
- b) Os tribunais, incluindo os mecanismos de nomeação dos juizes e a estrutura interna do poder judicial.
- c) As normas e procedimentos informais geralmente aceites que tacitamente impõem limites às ações de indivíduos e de instituições.

d) A natureza dos interesses sociais em conflito e os equilíbrios entre eles.

e) As capacidades administrativas existentes no país.

A Lei-quadro contribui para definir as relações entre legisladores, governantes e reguladores. Situa-se assim sobretudo no domínio da alínea *a*). Teria sido útil que mencionasse explicitamente a necessidade de garantir capacidades técnicas elevadas, reforçando as capacidades administrativas do país e dando uma contribuição para o preenchimento da última condição. Não o tendo feito, fica por ver o tratamento que se dá ao tema nos estatutos das autoridades reguladoras e na prática legislativa que se venha a seguir.

6. COMENTÁRIOS FINAIS

A Lei-quadro estabelece um quadro legal comum para a criação e funcionamento de autoridades reguladoras independentes. À partida não seria evidente a necessidade deste quadro comum, dada a importância das condições específicas de cada setor para determinar a necessidade de regulação independente. Publicada a Lei, essa necessidade também não parece ter ficado demonstrada. O principal resultado foi a introdução de regras gerais no relacionamento entre governo e as autoridades reguladoras independentes mencionadas no diploma, sobretudo em matéria de gestão financeira, permanecendo muitos problemas e ambiguidades. Teria sido útil estabelecer mais claramente a necessidade da regulação independente com base na necessidade de deter capacidade técnica que seria difícil manter no quadro da administração pública tradicional, assim como na necessidade de tornar a atividade reguladora independente da conjuntura política e dos ciclos eleitorais, como forma de reforçar a credibilidade dessa mesma atividade e evitar algumas das falhas do Estado associadas ao Governo representativo. Uma hierarquização de objetivos também seria útil para melhorar o quadro legal, na medida em que permitiria mais facilmente definir situações de referência para a identificação de objetivos de regulação, por um lado, e de falhas regulativas, por outro. No mesmo sentido, também se pode dizer que ficou por estabelecer um processo sistemático de análise institucional sobre os benefícios sociais da atividade reguladora independente. Os novos Estatutos das entidades reguladoras a publicar na sequência da Lei-quadro e o desenvolvimento que sempre se verifica da legislação setorial serão talvez oportunidades para resolver e esclarecer alguns dos problemas e ambiguidades existentes.

Numa perspectiva geral, podemos entender o quadro legal da regulação como resultado de um equilíbrio político entre os vários interessados: empresas de

diferente dimensão, grupos de consumidores, administração pública, sindicatos, quadros das entidades reguladoras, a Comissão Europeia, entre outros. Neste contexto, numa perspetiva de investigação futura, importaria analisar em que medida a Lei-quadro traduz uma mudança nos equilíbrios políticos sobre a regulação independente na sociedade portuguesa. Entre nós, a regulação independente do Governo começou por diferentes vias e deu origem a um cenário regulador muito diversificado e por vezes pouco coerente. Nas comunicações, por exemplo, começou pela formação de um instituto público, em 1989, com algumas competências próprias embora sem garantias de independência formal. Com o tempo essas competências alargaram-se e levaram à formação de uma autoridade independente. Mais lentamente e iniciando-se o processo muito depois, deu-se uma evolução semelhante no setor das águas e resíduos, com a constituição da entidade reguladora do setor. Na eletricidade, desde a organização do sistema elétrico nacional, em 1995, que se constituiu uma autoridade independente para regular um setor em vias de liberalização e de privatização. Na área da defesa da concorrência, em 2003, uma autoridade independente sucedeu a um quadro regulador assente na Direção Geral e no Conselho da Concorrência. Noutros casos, a constituição inicial de um instituto com competências próprias não teve uma evolução no sentido de se constituir uma autoridade independente, tendo havido uma progressiva redução da autonomia financeira e administrativa original, ainda que simultânea com o reforço das suas competências próprias, depois da sua constituição, como sucedeu na aviação civil.

No fundo, em cada setor regulado formaram-se equilíbrios políticos específicos sobre este assunto, que geraram diferentes graus de autonomia financeira e de gestão e de independência em relação ao Governo. Com os riscos inerentes a qualquer generalização poderemos talvez admitir que a regulação independente começou por ser desejada pelos Governos para credibilizar o quadro de investimento, garantindo segurança na remuneração do capital, e como forma de reformar e dinamizar o setor público. Foi apoiada pelas associações de consumidores que recebiam proteções dos Governos aos antigos monopólios, pelas novas empresas que iam entrar nos mercados também porque recebiam essas proteções e porque admitiam ter maior capacidade de influência no processo regulativo se conduzido por uma autoridade independente do que se fosse conduzido pelo Governo. Foi também incentivada pela Comissão Europeia que rapidamente introduziu regras de supervisão da atuação dos reguladores nacionais, sobrepondo-se na prática aos Governos

nacionais e podendo estar na origem de outros tipos de falhas do Estado. As empresas reguladas, antigos monopolistas, também defendiam a regulação independente porque esperavam maior certeza regulativa e confiavam na sua capacidade de fazer valer os seus pontos de vista.²⁷

Este consenso português a favor da regulação independente talvez tenha atingido a sua maior expressão em 2001-2003 quando foram criadas a Autoridade Nacional de Comunicações e a Autoridade da Concorrência. Desde então foi sujeito a vários choques e parece razoável admitir que se alterou significativamente. Em primeiro lugar, com o desenvolvimento da concorrência formas tradicionais de regulação assimétrica tornaram-se menos importantes para as empresas que entraram no mercado, tornando para elas menos importante a regulação. Além disto estas empresas podem ter conseguido aumentar a sua capacidade de intervenção no processo político, deixando de ver tantas vantagens na regulação independente. A crise económica centrou as atenções entre tanto nos custos administrativos da regulação e na eficiência interna das autoridades reguladoras. Por outro lado, o argumento da regulação independente como um dos instrumentos de reforma do setor público deu lugar a alguma reação negativa da administração pública tradicional, na medida em que se observaram diferenças significativas entre as remunerações no setor público e nas autoridades independentes. Talvez por isto, se observe na Lei-quadro um grande peso de medidas relacionadas com a gestão financeira e com o controlo financeiro das autoridades reguladoras. Como se referiu, pode haver dúvidas de que algumas das medidas sejam inteiramente coerentes com os princípios de independência em relação ao Governo.

No mesmo sentido se podem entender as medidas Lei-quadro para regulamentar a criação de autoridades reguladoras independentes. Tratar-se-á também de reação contra o que se podem entender como comportamentos excessivos no passado de criação de entidades com autonomia financeira e administrativa, racionalizados com argumentos de celeridade de processos e de modernização da administração. De facto, ao longo das três últimas décadas foram criadas várias organizações com algum grau de independência em relação ao Governo, sobretudo em matéria de autonomia financeira e administrativa, por vezes sob a forma de institutos públicos. Ora, nem sempre foi evidente que essa independência se justificasse face aos objetivos formalmente enunciados. Mas o contrário também se verificou, em setores

27 Nesta linha de argumentação, sobre o setor de comunicações, Confraria, 2004.

diferentes, havendo falta de capacidade de atuação e de autonomia de gestão quando ela era necessária. Designadamente nalguns institutos públicos com funções reguladoras gerando-se um quadro regulativo incoerente.²⁸ Ou seja, o Estado poderá ter falhado por defeito ou por excesso. Por não criar autoridades reguladoras independentes quando se justificavam, ou por criar entidades independentes com autonomia e flexibilidade de gestão que não se justificavam face aos fins em vista.

Em síntese, a Lei-quadro parece traduzir uma nova posição política em relação à regulação independente. Analisar as características do equilíbrio político na origem desta Lei, e a dinâmica política em cada um dos setores regulados é matéria para investigações adicionais futuras.

28 Para uma síntese da situação na regulação, nos vários setores de atividade, Ferreira, Morais & Anastácio, 2009. A questão da incoerência entre responsabilidades e autonomia de gestão é discutida em Confraria, 2010.

BIBLIOGRAFIA

ARROW, K.

1961 *Social Choice and Individual Values*, New York: Wiley.

BALDWIN, R., CAVE, M. & LODGE, M.

2012 *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford: Oxford University Press.

BESLEY, T.

2006 *Principled Agents? The Political Economy of Good Government*, Oxford: Oxford University Press.

CONFRARIA, J.

2004 “Power and Discretion in Independent Regulation. The Case of Portuguese Communications Markets”, in M. Crew & P. Kleindorfer, *Regulatory and Economic Changes in the Postal and Delivery Sector*, Boston/Dordrecht/London: Kluwer Academic Publishers, 2004.

2010 “Falhas do Estado e Regulação Independente”, *Revista de Concorrência e de Regulação*, Ano 1, n.º 3, pp. 33-52.

2011 *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, Lisboa: Lisboa Universidade Católica Editora.

FERREIRA, E.P. & MORAIS, L.

2009 “A regulação Sectorial da Economia. Introdução e Perspetiva Geral”, in Ferreira, Morais & Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

FERREIRA, E. P., MORAIS, L. & ANASTÁCIO, G. (coord.)

2009 *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina.

FISHER, R. & SERRA, P.

2000 “Regulating the Electricity Sector in Latin America”, *Serie Economia 86*, Universidade do Chile.

GILARDI, F.

2002 “Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis”, *Journal of European Public Policy*, 9:6, pp. 873-893.

2005 “The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598: 84.

HERTOG, J. den

2012 “Economic Theories of Regulation” in R.J. van den Bergh & A.M. Paccas, *Regulation and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.

- KESSIDES, I.
 2004 *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, Washington: IBRD/World Bank.
- LEVINE, M.
 1998 “Regulatory Capture”, in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London: Macmillan.
- LEVY, B. & SPILLER, P.
 1996 “A framework for resolving the regulatory problem”, in B. Levy e P. Spiller (eds.), *Regulations, Institutions and Commitments*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PELTZMAN, S.
 1989 “The Economic Theory of Regulation After a Decade of Deregulation”, *Brookings Papers on Economic Activity*, pp. 1-41.
- MOREIRA V. & MAÇÃS, F.
 2003 *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTIMORT, D.
 1999 “The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs”, *Review of Economic Studies*, 66, pp. 929-947.
- OCDE
 2009 *L'Analyse d'Impact de la Réglementation*, Paris: OCDE.
- POSNER, R.
 1971 “Taxation by Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2 (1) Spring, pp. 22-50.
- THATCHER, M.
 2002 “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, *West European Politics*, 25:1, pp. 125-147.
- WEIMER, D. & VINING, A.
 2011 *Policy Analysis*, London: Longman.



O NOVO REGIME DA ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE: QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?

Luís Guilherme Catarino¹

ABSTRACT: O problema do “controle dos guardiões” ou quem “guarda os guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma atualidade acrescida no crescente “Estado Administrativo”. Como um bom sobretudo, a atual lei-quadro das autoridades independentes esconde muito do que deveria ser visto. O regime jurídico contemplou parcialmente alguns dos problemas que geram a “ansiedade constitucional” decorrente da sua independência, esquecendo soluções há muito defendidas para uma eficaz accountability destas autoridades. A história recente da omissão regulatória, política, social e económica, e o seu contributo para a atual crise deveria ter determinado uma especial atenção a novos dilemas regulatórios. A captura decorrente da “ecologia profissional”, o domínio de um meio por uma elite profissional que circula entre políticos, reguladores e regulados, que se eterniza e autorreproduz, deveria ser acautelada: não só porque contribui para um ecossistema ecologicamente inigualitário e para a Dual Economy, mas porque produziu frutos nefastos na crise recente. A regulação multinível ou “em rede” também demandava por normas de competência e de conflito, internas e internacionais, que pusessem cobro à atual (des)ordem normativa e judicial. Aos futuros estatutos legais dos reguladores será cometido colmatar algumas destas lacunas, essenciais à legitimação do Estado-Supervisor, tentando que a Democracia possa casar com a Globalização.

SUMÁRIO: Introdução: independência, captura e controlo. I. Administração Reguladora Independente e Imparcial: o melhor “remédio”? II. A administração independente: controlar a “ansiedade constitucional”. 1. Da dialética *Autoridade vs Liberdade à Independência vs Responsabilidade*. 2. A legitimação pela *accountability* – o que é a *accountability*? III: Independência e Deriva para a Captura. Sistemas de controlo preventivo e controlos contínuos. 1. Controlo *ex ante*: o “*desenho legislativo*” do seu Estatuto. Sistemas de controlo *on going* ou controlos contínuos. 3. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A coordenação e a captura multinível. IV. Sistemas de controlo sucessivo ou *a posteriori*. 1. O controlo social (interno e internacional). 2. O controlo político. 3. O controlo judicial. 4. O controlo pela responsabilidade civil. A) As Teorias Económicas do Direito.

¹ Professor Auxiliar Economia da UAL; Diretor-Adjunto da CMVM. O texto teve por base um dos Seminários de Doutoramento sobre Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ministrado no Curso na Universidade Autónoma de Lisboa em fev/maio de 2013. As opiniões expendidas, pessoais e académicas, só vinculam o Autor.

Argumentos a favor e contra a responsabilidade dos reguladores. b) Influência das Teorias Económicas do Direito na responsabilização. C) A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, e o Acórdão *Peter Paul* e outros. Conclusão: a eterna luta contra as imunidades do Poder.

Introdução: independência, captura e controlo. As recentes alterações legislativas decorrentes da entrada em vigor da “Lei-quadro” das Autoridades Administrativas Independentes (AAI) com funções de regulação da atividade dos sectores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, doravante *LQ*), relançaram um vivo debate doutrinário². Um estudo regulatório sobre esta nova Administração tinha sido pedido pelo então Ministro da Economia e Finanças, Joaquim Pina Moura, com o fito de uniformizar o quadro legal “ad hoc” e lacunoso em que se moviam estas autoridades. O Estudo entregue ao Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública do XIV Governo Constitucional, acompanhava uma proposta de Anteprojeto de Lei-Quadro (1999). Na sequência da aprovação na generalidade da Proposta de Lei de Enquadramento dos Institutos Públicos, o Projeto de Lei-Quadro das AAI encontrava-se na Assembleia da República (AR) mas não veria a luz do dia devido à demissão do então Primeiro-Ministro, António Guterres³.

O atual Governo retomaria o propósito de regulação destes institutos públicos de regime especial, na sequência do Plano de Ajustamento Económico Financeiro acordado com a União Europeia e o FMI, solicitando a uma empresa especializada um novo Projeto que cobrisse a realidade nacional. A estrutura e o conteúdo da Lei não correspondem totalmente ao propósito de base de uniformização – *i.a.*, a possibilidade de criação de regimes remuneratórios “ad hoc” e não uniformes para os reguladores (arts. 25.º e 26.º *LQ*); a maior exigência de independência colocada nos dirigentes médios (arts. e 32.º, n.ºs 6 a 9 *LQ*); a incompreensão dogmática de alguns conceitos e princípios fundamentais como direção, tutela, superintendência, independência, ou a indisponibilidade das atribuições e das competências legais (*i.a.* arts.

2 Em 25 de outubro de 2013 teve lugar um Seminário sobre a mesma, promovida pela Faculdade de Direito de Coimbra, e em 12 e 13 de novembro de 2013, foi igualmente promovida uma discussão pública na Faculdade de Direito de Lisboa (http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/coloquios/25102013_coloquio.pdf e http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525).

3 Da Autoria do Professor Vital Moreira e da Juíza-Conselheira Maria Fernanda Maças, o Projeto seria publicado em março de 2003.

6.º, n.º 1, 20.º, n.º 5, a), 40.º, n.º 5, 45.º LQ). Ficam fora da Lei algumas questões essenciais a um regime jurídico de entidades públicas reguladoras independentes como o tema do controlo e responsabilidade (*accountability*), tema que a crise mundial iniciada em 2007/8 e as exigências internacionais de “boa governança” colocaram na ordem do dia (*vd Core principles of good governance* da UE⁴).

É efetivamente escasso o tratamento normativo da velha questão de saber como “controlar o controlador”, aspeto essencial na conciliação entre o “Estado Administrativo” atual e a estrutura constitucional que reserva o controlo político da Administração aos eleitos pelo Povo. O procedimento, o controlo e a responsabilidade são formas de colmatar o “pecado original” que acompanha as AAI: a falta de legitimação democrática⁵. A questão do “controlo dos guardiões” ou do “guarda dos guardas”, tão propalada desde as Sátiras de Juvenal, tem uma importância acrescida num ambiente internacional de privatização, de desregulação e liberalização (*Consenso de Washington*). O tsunami económico que desde a década de oitenta submergiu o Direito e os Estados soberanos, criou novos atores públicos informais, numa espécie de Hidra reguladora de plúrimas cabeças, originando sistemas de “governança em rede”, multinível⁶, com instrumentos informais, quase-normativos e atípicos.

Na era da globalização (económica) e de crescente *pós*-humanismo (que lida mal com direitos, liberdades e garantias de primeira geração), a Administração reguladora ganhou renovada força no domínio social e económico. A adaptabilidade, informalidade e liberdade da sua atuação, na cena interna e na cena internacional, “casam” bem com as teorias que defendem com “naturalidade” o fim do Estado, mas esquecem que esta instituição contratualizou a sociedade civil, equalizou os cidadãos perante a sociedade de castas ou de corporações, permitiu diminuir eternos conflitos e levantar os povos contra tiranos que se pretendiam absolutos aos Estados.

A atribuição a AAI de poderes de criação de *hard* e *soft law* e de fortes poderes de execução e verificação da legalidade (*enforcement*), tem um forte apoio dogmático em AA. que defendem modernamente a pulverização do

4 Vd o Livro Branco em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf e o “Draft Inter-Institutional Agreement for a Framework for the European Regulatory Agencies” da CE, de 25Fev2005, COM(2005)59.

5 Entre a vasta bibliografia existente, Moreira & Marques, 2008; Catarino, 2009; Calvete, 2013; Gonçalves, 2013.

6 Catarino, 2010: 383 ss.

Poder e do Direito, a “medievalização” da Sociedade (como se a História da miséria, da desigualdade, da insegurança e iniquidade não tivessem existido) e a “neo-feudalização” do Direito (a que é inerente a já visível subjugação do coletivo, difuso, a grupos fortes, porque organizados e “sem terra”, como Corporações, Empresas transnacionais, Mercados, Igrejas, *fora* internacionais).

Afastamo-nos decididamente do atual “responso” ao Estado de Direito, Democrático, e aceitamos como natural o controlo ou *accountability* destas autoridades reguladoras contra as imunidades do Poder, não esquecendo que dele depende a sua legitimação. Como veremos, nascidas independentes num dado momento da História como *um* remédio para solução de um problema imediato (ordenação económica nos EUA), há que perceber que no longo prazo o que então foi considerado a melhor solução ou remédio vai necessitando “reajustamentos da dose”.

I. ADMINISTRAÇÃO REGULADORA INDEPENDENTE E IMPARCIAL: O MELHOR “REMÉDIO”?

Quem são estes Atores públicos? Correspondem a um modelo administrativo baseado no “governo pelos peritos” que cresceu em meados dos anos 20 do século passado nos EUA, teorizado pelo *Progressive Mouvement* na tentativa de afastar a partidarização do Executivo. Este movimento dos *Progressives* foi acompanhado pelos *New Dealers* na luta contra os malefícios decorrentes do mercado desregulado. A falta de intervenção pública na sociedade e na economia, a fraca aparelhagem administrativo-burocrático e legislativa, os resultados depressivos e anticoncorrenciais inerentes a “falhas de mercado” (*market failures*), e a intervenção “regulatória” demasiado conservadora do Supremo Tribunal Federal norte-americano, revelaram a necessidade de um novo modelo burocrático⁷.

Os ideais de Tocqueville na equalização dos cidadãos e na separação entre a sociedade civil e a “sociedade” ou organização política, permitira um vazio por onde germinaria uma nova administração. O fenómeno da captura do Executivo pelo clientelismo político, a constante rotatividade dos seus titulares e o perigo da sua parcialidade, deveriam pugnar por que a nova burocracia tivesse uma ligação fiduciária ao Povo (“we, the People...”). A solução passaria pelo controlo desta Administração pelo Congresso, desde a sua

⁷ Para uma resenha e evolução história no nascimento das autoridades reguladoras independentes nos EUA (e posteriormente na Europa), Catarino, 2009: 39 ss e 206 ss e bibliografia aí citada.

constituição, a nomeação dos titulares e a monitorização da sua atividade (*fiduciary Administration*)⁸.

Este novo modelo de administração deveria ser “meritocrática” (“governo de sábios”), *independente* do Poder Político e *imparcial* perante os interesses em presença. E à desconfiança face ao poder das aparelhagens partidárias e dos regulados, os paladinos do *New Deal* e o *Progressive Movement* responderam com uma vasta discricionariedade técnica: as *melhores decisões* para os *maiores problemas* sociais e económicos. Neste movimento os Tribunais, enquanto órgãos não eleitos e carentes de saber científico, tenderam a ser desacreditados para a função de controlo e sindicância das orientações públicas (*policy*) desta nova administração⁹. A escassa margem do escrutínio judicial permitido baseava-se igualmente na intencionalidade da delegação legislativa do Congresso: as autoridades reguladoras independentes operavam sob o mandato legal do Congresso vertido nas respetivas leis orgânicas (*statutes*)¹⁰.

A sua independência e imparcialidade implicavam, num *grau mais imediato*, que as AAI apenas devessem respeito à lei, ao Direito e à sua *expertise* técnica, sem submissão a hierarquia ou tutela. Num *sentido médio* ou *subjetivo* implicavam o poder-dever de não prejudicar ou privilegiar um administrado, atuando através de uma justa e proporcionada ponderação dos interesses em presença. Subjaz-lhe a independência *objetiva* de atuação, que faz apelo às suas funções específicas, à sua organização e ao sistema de garantias criado para afastar toda a dúvida legítima sobre a imparcialidade.

A independência e o forte potencial de interferência com direitos, liberdades e garantias individuais redundariam amiúde numa excessiva discricionariedade e na possibilidade, real, de arbitrariedade ou de prossecução de

8 Este conceito de Administração fiduciária enquanto ligação do Povo, como detentor de uma fração de poder, e a Administração, como *trustee*, retomada por Locke, Burke, e os ideólogos norte-americanos Madison, Hamilton e depois Stuart Mill, marcou muito vivamente a conceção republicana de democracia (*We, the People...*) e de representatividade (*trusteeship*). Acerca da sua aplicação na relação regulatória, de legitimidade e limites, Criddle, 2006: 118-136, e Staszewski, 2011: 156-62.

9 Cfr. Bickel, 1986, a propósito de uma teoria constitucional baseada na supremacia absoluta da regra da maioria, que, levada às últimas consequências, se tornaria totalitária (*majoritarianism*). Também Hirschman, 1988: 646-656.

10 Seidenfeld, 1992: 1511-71. Sobre a cassação do poder presidencial de remoção do titular de uma *executive branch agency* (casos *Myers* e *Humphrey's Executor* – *infra*), vd Corwin, 1927. Ainda, acerca destas decisões judiciais e a diferença entre estas *agencies* e as *independent regulatory agencies*, Catarino, 2009: 100, 267 ss. e 310 ss.

atividades dolosas ou arbitrárias (*malicious or capricious*)¹¹. Como decorrência foram criados procedimentos administrativos escritos e formais¹², os estatutos legais tornaram mais precisas e definidas as atribuições e competências, e defendeu-se a necessidade de um controlo judicial forte (*hard look doctrine*)¹³. Apesar de consideradas o melhor remédio para os problemas sociais e económicos que a América enfrentava nos inícios do séc. XX, tais Autoridades de peritos (*independent regulatory agencies*) também padeciam, geneticamente, do *gérmen* da parcialidade¹⁴: concentravam poderes de criação de normas jurídicas; com poderes de polícia (inspeção, investigação e controlo); com poderes judiciais (perseguir e acusar); e poderes de punição.

A *independência* e *discricionariedade* passaram a ser olhadas de soslaio na relação entre *neutralidade* do governo de peritos (*melhores soluções*) *vs* controlo político democrático (*soluções constitucionais*)¹⁵.

A Administração Independente germinaria nos gloriosos 30 anos de crescimento económico pós-II Grande Guerra e seria importada para a Europa sobretudo nos anos setenta – altura em que já se esvaía nos EUA a visão mirífica de tais *agencies*. Também na Europa foi considerada o melhor remédio para os novos movimentos de privatização e de “libertação” da sociedade civil (*empowering the community*), pois não obstaculizavam a adoção de políticas públicas “gerenciais” designadas de *New Institutional Economics* (a *governance*

11 O *Administrative Procedure Act* verteria em letra de lei este padrão/teste para possível sindicabilidade contenciosa (5 U.S.Code, parág. 706). No famoso caso de nudez parcial ocorrida no *Billboard Music Awards* em 2003 e num caso de linguagem utilizada por Bono em 2002, a *Federal Communications Commission* (FCC) admoestou respetivamente a ABC e a Fox Television, e mediante recurso desta última o tribunal decidiu que a decisão da FCC e a sua *indecency policy was arbitrary and capricious* – <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/10-1293>.

12 Cfr. o estudo clássico de Stewart, 1975: 1669. *Idem*, 2003: 437-60.

13 Este entendimento resultou da jurisprudência, *vg.* das decisões do Supremo Tribunal nos casos *Myers vs. U.S.* (1926 272 (US) 52) e *Humphrey's Executor vs. U. S.*, (1935, 295 (US) 602). No caso *Myers*, *Postmaster General* do *Postal Service* exonerado pelo Presidente, o Tribunal fixou jurisprudência segundo a qual, perante uma nomeação feita pelo Presidente e pelo Senado, no silêncio da Constituição e na falta de norma que permita a cessação do mandato ela é possível a todo o tempo (na realidade ele era um *inferior officer*). No caso *Humphrey's Executor*, decidiu que o Presidente Roosevelt não poderia demitir um membro da *Federal Trade Commission* antes do termo do mandato, pois, segundo o Tribunal, o Congresso teria decidido criar um órgão independente de toda a influência do Executivo (na falta de norma expressa a demissão não é possível).

14 Na realidade, a própria constituição da *Interstate Commerce Commission* (ICC) é vista por muitos AA como um meio de proteção da indústria instalada perante novos concorrentes ou a intervenção dos diversos Estados Federados (Fellmeth, 1970: 311-25).

15 Assim, discutindo a “interferência” de poderes não eleitos como o judicial, perante poderes decorrentes de maiorias, Shapiro, 1983: 1487; Seidenfeld, 1992: 1511; Brown, 1998: 531-550.

segundo elevados padrões ou *benchmarks* privados, como comparador de eficiência), nem a via privatizadora da gestão pública típica do *New Public Management* de Thatcher. Pelo contrário, adequavam-se à adoção pela Administração de métodos de mercado (preocupação em ganhar ou investir o dinheiro público e não meramente em gastá-lo – VOIGT, 2002¹⁶) e às opções políticas de *contracting out*.

A “importação” para a Europa da administração independente decorreu em igual medida da necessidade de um remédio que ultrapassasse os três grandes problemas associados à tradicional burocracia governamental: a) a captura da administração pelos partidos políticos; b) a captura da administração por interesses privados; c) a ineficiência burocrática e a excessiva centralização administrativa perante uma sociedade técnica pujante e *timeless*. É também aqui se coloca a necessidade de calibrar a dose de *independência* através de formas de *reconhecimento* da legitimidade e do *controle* político democrático.

II. A ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE: COMO CONTROLAR A “ANSIEDADE CONSTITUCIONAL”

As singulares características da nova administração dependem da concretização legal da norma constitucional vertida no artigo 267.º, n.º 3 da Constituição: “a lei pode criar entidades administrativas independentes”. Dando cumprimento à lei fundamental o legislador estatuiu na Lei-Quadro as características fundamentais, como a independência *institucional* (*i.a.* perante orientações concretas do Executivo, art. 45.º LQ), a *inamovibilidade* dos titulares (exceto em casos de falta grave, art. 20.º LQ), a *imparcialidade subjetiva* (recrutamento público e transparente, baseado em capacidades técnicas e não políticas, religiosas ou de género, com remunerações acima da média, art. 17.º LQ) e *objetiva* ou neutralidade decisória (*i.a.*, não participação em matérias de onde resultem conflitos de interesses). A par de uma autonomia reforçada (administrativa, financeira e de gestão, art. 3.º LQ), os estatutos especificarão de forma clara e precisa as *atribuições e competências* (arts. 6.º e 7.º LQ) – secção legal da vida pública, social e económica que deu origem à

16 Esta corrente da *New Institutional Economics*, enquanto aplicação das teorias económicas à ciência social e política administrativa, é coeva do neoclássico, e tem em vista o estudo do fenómeno de funcionamento do enquadramento legal e institucional e estruturas de governação – privadas e públicas (*cfr.* a distinção entre a *positive* e *normative approach* consoante se pretenda estudar as estruturas vigentes e funcionamento ou a sua justificação e méritos do regime e sua escolha, *in* Kirchner, 2006: 341, com remissão para a obra de PIES, 1993. Ainda, Hopt, 2013: 219-53.

constituição de “redes regulatórias” e *networking regulation*. Atribui-se ampla discricionariedade de ação e decisão e vastos poderes funcionais (*i.a.* arts. 3.º e 40.º–44.º LQ)¹⁷.

Pretendendo-se a adesão dos reguladores à sua “sociedade civil”, para a legitimação pelo *reconhecimento social* fomentam-se novas formas de atuação pactuada ou *bottom-up* (arts. 4.º, n.º 1, *d*), 11.º, 41.º, 47.º LQ), e a substituição da regulação *hard* pelo mero *fomento* de condutas (*steering* e *principle based regulation*). Esta nova forma de burocracia (*responsive regulation*) visa a legitimação pela obtenção de apoio político e jurídico: assume a democratização da regulação sectorial para um *reconhecimento político-democrático* que supra a sua fragilidade constitucional.

Liberta de princípios de *hierarquia* ou de *subordinação*, mesmo que *funcional* ou *diretiva*, a nova Administração Independente de Garantia, de Controlo e de Supervisão¹⁸ permitiu de facto uma maior simbiose e adesão às necessidades sociais e económicas e uma maior proteção de direitos fundamentais¹⁹. Mas não escondeu o “pecado original” de fugir à lógica da *responsabilidade política* e *legitimidade democrática*²⁰, nem a possibilidade real de os próprios reguladores tomarem, erradamente, a sua independência como *privatização da função pública*

17 “A generalidade das características usadas para defender estes entes são igualmente os fatores que alguns autores defendem para a sua abolição: – enquanto Administração deveriam estar subordinados ao Executivo e à sua política; – a imparcialidade não é uma realidade, atenta a distribuição dos seus lugares entre os principais partidos políticos; – as suas funções quasi-judiciais e quasi-legislativas violam o princípio da separação de poderes; – a extrema discricionariedade e *expertise* técnica em que se envolvem diminuem o controlo judicial. Finalmente, têm uma visão parcelar da realidade (*vision tunnel*) e uma visão biológica organizativa que redundam numa necessária captura – Molina, 1995: 187.

18 Distinguímos usualmente entre as Autoridades Administrativas Independentes “de Garantia” (entes que têm por função a proteção de dados pessoais, a concorrência, as telecomunicações e outros direitos “primários”), de “Controlo” (visam o equilíbrio de sectores nevrálgicos da economia mas “fechados”, como a banca, seguros, mercados financeiros), de “Vigilância e Regulação” (visam a regulação de sectores onde antes pontuavam os serviços públicos como o gás e eletricidade, e que como tal necessitam fortemente de um árbitro), e as “autoridades Técnicas e Agências” (figura nova cada vez com maior fulgor no espaço europeu – cfr. Borsellino, 2007).

19 O nascimento destas autoridades é também justificado com o mau funcionamento do contencioso administrativo perante sectores “sensíveis” – considerando-se “sensíveis” os sectores onde existem interesses que *não podem* ser violados, *i.e.*, cuja violação não permite ao seu titular obter uma reparação jurisdicional ou reequilíbrio no campo substancial – *Da chio discende la necessità di una protezione di diritti, antitetica a quella affidata al giudice, che non va dispiegata in via successiva, ma in via preventiva, com immediatezza e continuità, a mezzo di una ininterrotta attività di sorveglianza (...)* – Merloni, 1997: 321-367. Sobre a influência dos princípios do direito criminal sobre o direito administrativo sancionatório, Dellis, 1997.

20 O Estado soberano foi afinal uma forma de personalização jurídica da Nação, e a sua legitimidade arranca nos modernos estados democráticos do Estado de Direito, ou seja: *o Estado é a única pessoa que retira competência da sua competência* – Saborin, 1988: 97.

que desempenham. É que os poderes que lhe foram legalmente conferidos para enquadrar e regular um sector social ou económico pressupõem uma visão “arbitral” *do Estado*. Assentam numa nova forma de articulação entre a sociedade e um Estado pluralista e policêntrico²¹, mas continuam a ter como fim redesenhar o interesse dos atores (*self interest*) em prol e subordinado ao *interesse público e coletivo*.

Por esse motivo são essenciais os tradicionais mecanismos de controlo *judicial* mas também a *vigilância política*²². Só em má teoria se pode pensar que uma orientação pública ou *policy* nunca está imbuída de política (*politics*). É certo que a independência e a discricionariedade de ação e de decisão são de cariz *técnico* e não *político*. É igualmente certo que a nova burocracia visa obter as melhores soluções possíveis baseando-se por isso numa *neutralidade* (*split function*) similar à *judicial* (*naked preferences*)²³. Mas como conjugar uma atividade tecnicamente pura com uma Administração necessariamente parcial (prossecação do interesse público), e independente perante os atores sociais (dados os riscos de captura ou de deriva burocrática)? Como controlar a discricionariedade técnica e a possibilidade de fuga ao controlo pelos representantes eleitos (legitimidade democrática do Executivo e do Parlamento)? A tradicional dialética entre a autoridade e a liberdade origina o atual confronto entre a *independência* e a *responsabilidade*.

1. Da dialética *Autoridade vs Liberdade à Independência vs Responsabilidade*. A História mostra-nos que a dialética entre a Autoridade do Executivo face à crescente Liberdade dos cidadãos acompanhou no séc. XIX o crescimento do “Estado Administrativo”. Na sua génese encontrava-se a proteção

21 A expressão é de Sandulli, 1996: 115 ss.

22 *En la medida que la ciencia y la técnica penetran en los ámbitos institucionales de la sociedad, transformando de este modo las instituciones mismas, empiezan a desmoronarse las viejas legitimaciones* – Canals y Ametller, 1999: 474. A deferência judicial perante as normas criadas pelas agências administrativas nasceu também nos EUA, no sentido de que *federal courts must defer to agencies’ reasonable interpretations of ambiguous statutes*, caso *Chevron USA Inc. Vs Natural Resources Defence Council, INC.*). Nem a posterior doutrina judicial denominada *hard look*, por mais intrusiva, deu maior relevância à participação popular estatuída no *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, bastando-se, para além do cumprimento dos procedimentos participativos e fundamentadores da operação de *decision making*, com a explanação “racional” (lógica e completa) da opção regulatória – Catarino, 2009: 101-112.

23 Acerca da problemática da independência, imparcialidade, neutralidade decisória e *split function*, Cap. III da nossa dissertação de doutoramento de 2008, *A hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais : da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes*, Faculdade de Direito de Coimbra, policop.

da liberdade dos cidadãos perante as relações do Poder com as corporações ou associações sob as quais os cidadãos se acolhiam. O fim deste “chapéu de chuva” onde o cidadão se abrigava nas relações com uma Administração centralista forte seria substituído pelo fenómeno de representatividade dos cidadãos nas instâncias políticas democráticas de controlo, que impôs a redefinição do fundamento e limites da Administração Pública e o fim do *cidadão-objeto*.

A nova Administração independente representa um regresso a um Mundo do Poder atomizado e disperso, onde o *deficit* de legitimidade administrativa implica que a *relação fiduciária de representação* de baseie num diferente reconhecimento. Como? Através de mecanismos de participação popular decisória; de fundamentação da regulamentação; do estudo prévio do impacto regulatório e do *ratio* custo-benefício; do recurso procedimental a especialistas e peritos do sector a regular; da transparência e escrutínio popular e dos órgãos de soberania; do acesso à informação; da participação popular para a decisão (*cf.* arts. 4.º, 41.º, 47.º, n.º 2, 49.º *LQ*). Estes são os princípios procedimentais parajudiciais (*due process*) que vertidos no célebre *Administrative Procedure Act* de 1946 permitiram ao Supremo Tribunal Federal dos EUA aceitar vastos poderes para-legislativos e para-judiciais da nova administração independente²⁴.

A arquitetura regulatória independente desenhada até à década de 1940 foi sendo sucessivamente aperfeiçoada desde a década de 1970, mas revelou-se insuficiente (e omissa) perante o fim da fase da primeira industrialização e a entrada na moderna sociedade do risco (Bressman, 2007). Com a globalização, os novos reguladores vêm-se como Líderes e orientadores de uma sociedade civil que apenas deveriam fomentar, vigiar e controlar (“regular”). Para além do tradicional risco de falta de independência face aos interesses dos regulados e dos políticos (*captura*), os reguladores tendem a criar interesses próprios, opacos, criando ou preservando o prestígio próprio e os seus interesses e a sua carreira futura (*vested interests*). A globalização também agravou as tradicionais queixas de falta de legitimidade democrática da Administração e de *accountability*:

- Pelo decréscimo de transparência na tomada de decisões e na aprovação de *standards* e *guidelines* por *fora* internacionais informais, aplicáveis globalmente (*worldwide*);

24 Acerca da luta entre os *New Deal Democrats* e os Republicanos, e entre o Executivo “progressivo” de Theodore Roosevelt e o Poder Judicial que se pretendia único regulador federal (Supremo Tribunal Federal), Shapiro, 1986: 447-92. Esta luta entre Poderes levaria à adoção “pactuada” deste *Administrative Procedure Act* (APAct) enformando-o com a natureza de procedimento para-judicial, Catarino, 2009: 94 ss.

- Pela menor participação de *stakeholders* no procedimento global de decisão (sobretudo do público-beneficiário que os reguladores devem proteger);
- Pela captura do processo regulatório (*rule-making*) por agentes privados internacionais que, pela sofisticação e proximidade dos reguladores, aí têm um papel desproporcionado²⁵;
- Pelo desuso ou mera formalidade em que por vezes se transforma a tradicional consulta pública (*notice and comment*);
- Pelo duplo (e reforçado) *deficit* de legitimidade inerente (i) aos *fora* internacionais que decidem a regulação, (ii) e aos burocratas, políticos e profissionais que aí participam.

As acusações atuais são de tal forma graves que para alguns AA, a independência simplesmente deixou de existir. A *captura* terá origem logo a nível internacional, atenta a presença de políticos e de regulados nos *fora* que atualmente ditam as medidas regulatórias (no G7, no G8, no G20, no FMI/BM, nas Conferências de Davos, no Congresso, no Parlamento Europeu, nas agências europeias – *cf.* arts. 2.º, n.º 2 e 11.º LQ).

Salientam os AA a forma como nestes *fora* internacionais informais, tal como nas demais organizações internacionais, o *lobby* das empresas mais poderosas determinam, nos ciclos expansivos, a política regulatória, com o beneplácito e omissão dos políticos. Relembremos o poder da oligarquia bancária norte-americana no dealbar da crise de 2007, e as vantagens que os políticos retiraram nas épocas de forte crescimento ou de bolhas especulativas. Ao contrário, nos períodos de recessão ou crise económica, os políticos sobrepõem-se aos burocratas e aos sábios: as rédeas das decisões técnicas passam então da indústria para os representantes dos Governos e para os políticos que passam a comandar tais organizações²⁶. Porquê? Por culpa própria, por terem omitido intervir e regular em momentos de expansão e de euforia; por necessidade, pois lhes cabe suportar prejuízos como os resgates (*bailouts*) massivos, inerentes a tais crises. A aceitação desta interferência regulatória, que

25 Cuéllar, 2005: 414-5; Yackee & Yackee, 2006: 129.

26 O mais explícito exemplo decorre do fenómeno da União Europeia onde os Estados se superiorizaram de forma aberta às instituições constitucionais da UE. Acerca do fenómeno de “captura”, Singer, 2007: 34 e 110, e Porter, 2005: 108.64. Acerca da influência política sobre os *fora* dos mercados (IOSCO) e repercussões, *i.a.*, na regulamentação da atividade de *rating*, a obra de Pagliari, 2011.

se dá em qualquer ciclo, leva estes AA a substituir a expressão anglo-saxónica *capture* por “rapture”²⁷.

Aquilo que designamos por *accountability* (*infra* 2.2.) visa afirmar que a “legitimidade técnica” (*ex officium*) não pode mais ser um pretexto para a pulverização dos centros de Poder no Estado²⁸. A atomização da autoridade pública cria centros sociais que *aproveitam* a burocracia para dominar o Estado, afastando a confiança dos cidadãos na administração com grave erosão da democracia (*fiduciary representation*²⁹). Se a cura para os males da democracia reside em *mais* democracia, também a cura para as dificuldades democráticas de uma administração cujas características foram forjadas na industrialização depende da reavaliação e mais legitimação. A dialética regulatória torna essenciais instrumentos procedimentais *hard* para além da participação social. A *accountability* é essencial pois permite à Administração Autolegitimar-se num fenómeno de *building the legitimacy inside-out*.

2. A legitimação pela *accountability*: o que é a *accountability*? As formas de participação popular na atividade administrativa dos reguladores visaram permitir um controlo e uma responsabilidade pública tendente ao seu *reconhecimento*³⁰, suprimindo o *déficit* da “legitimidade técnica” frente à legitimidade jurídica (*ex lege*) ou política (democrática)³¹. Estes meios seriam secundados pela “legitimação pelo procedimento”, na sua versão mas estrita de cumprimento das garantias fundamentais inerentes ao processo devido em Direito

27 Esta curiosa expressão visa retratar um estágio em que já não se discute conflitos de interesses entre regulados e reguladores ou dominação destes por aqueles, mas a assunção de um verdadeiro compromisso político com a indústria que deveriam regular: *doing whatever may possibly advance short-term opportunities for competitive advantages, profit and market positioning* – Dorn, 2011: 36.

28 Autores mais radicais, como Marchán, figuram estes corpos sociais, económicos e políticos, como “animais de presa”, girando em torno da presa mais apetecida – o Estado –, vendo na *burocracia una base para el surgimiento de una oligarquía que surge, dice, en todas las organizaciones, como manifestación de tendencias antidemocráticas existentes en todo grupo social*, oligarquias com tendência natural dentro de qualquer organização humana – logo, também nas entidades reguladoras suscetíveis de captura (1983: 820). Fazendo parte da nova sociedade pós-modernista e integrados numa Administração Pública autorreflexiva, num tema de reinterpretação próprio da ciência da Administração, *vd.* Reed, 1993.

29 Acerca das origens privatísticas da figura da representação (*fideicommissum* romano), ao *trust* anglo-saxónico, *vd.* Avini, 1996: 1139, e Round Jr. e Round III, 2012: 1179-1186.

30 Salomon, 2000: 1611-1674.

31 No sentido da inconstitucionalidade, pela violação dos princípios constitucionais de direção e tutela da Administração, nomeadamente através da livre nomeação e exoneração de titulares de cargos públicos, bem como a responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento, Llovet, 1993: 117.

(*due process of law* particularmente importante na atividade intrusiva sobre direitos fundamentais como as autorizações, inspeções ou punições). A “fundamentalização” das normas procedimentais constituiria uma moeda de troca com os órgãos judiciais que determinou um movimento de *overjudicialization*³².

O “funcionamento em rede” dos reguladores, *i.e.* a sua integração em/com outros reguladores nacionais e estrangeiros e com *fora* internacionais, a participação em espaços regionais (como a UE, onde nasce uma tecnocracia administrativa comunitária³³) ou globais (IOSCO, Comité de Basileia, FMI/BM, IASB) permitiu-lhes maior projeção e mais poder.

No entanto, nem a participação dos reguladores independentes em redes inter e transgovernamentais e sistemas de regulação multinível, nem a forte integração e prestígio internacional daí decorrentes lhes permitiu atuar de forma a fomentar consensos e partilhar o conhecimento técnico para prevenir a concretização de riscos de efeito mundial. Ficou demonstrado que a necessidade de controlo e a responsabilidade da Administração não foi superada por uma atividade *administrativa internacional independente* nem por um *direito administrativo global*³⁴. Pelo contrário, a fraca e difusa *accountability* daí decorrente e a interferência política e profissional nos *fora* internacionais reforçam a sua vulnerabilidade e a crítica social sobre os reguladores *vg* pelas crises financeiras ocorridas no corrente século. Quem paga os custos reconduz-se à velha questão: *quis custodiet ipsos custodes?*

32 Como refere Schwartz (2002: 321), os procedimentos permitem não só a participação popular e a legitimação e evolução do processo de regulação, mas também a *judicial review* – para além de, segundo alguns AA, ter feito evoluir a democracia para uma representação de interesses (relativamente ao papel das agências como reguladoras de interesses, resolução de conflitos de interesses e até eventual repercutora regulatória de interesses “fortes”). Também McCubbins, Noll & Weingast, 1987: 243-77. Alguns organismos internacionais, como a IOSCO, estatuem-nos – o regulador (...) *should adopt processes which are; consistently applied; (...) fair and equitable. In the formulation of policy, the regulator should have a process of consultation with the public including those who may be affected by the policy (...); – include standards of procedural fairness (...)*. – <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf>.

33 O recente fenómeno de “agencificação” e os problemas da sua legitimidade constitucional e não *accountability*, originaram uma reação judicial (doutrina *Meroni*) que verbaliza a falta de poder de delegação dos Tratados e a necessidade de agir segundo os meios tradicionais. O mesmo sucedeu num Estado-Regulador como os EUA, onde tais questões de omissão constitucional levaram à afirmação judicial da *non-delegation doctrine* – Catarino, 2009:101; *idem*, 2012: 147-203.

34 Uma boa súmula deste processo de *building legitimacy inside-out* é dada por Markell & Meazell, 2013, num *case study* – o comportamento da U.S. *Environmental Protection Agency*, actuação *ex ante* e a *posteriori* (perante petições e controlo judicial).

Há que retomar as perguntas: “Quem comanda?”, “Como comanda?”, “Com que finalidade?” “Porquê?”, “A quem responde?”³⁵. Este é o vértice de controlo democrático genericamente englobado na expressão lata de *accountability*. Na falta de uma expressão nacional equivalente, e sublinhando a distinção feita por Bovens (2008), utilizamo-la menos no sentido norte-americano de *virtude* (conceito normativo que respeita a padrões de comportamento e de organização ideais, que permitem a posterior aferição de condutas) e mais no sentido europeu de *mecanismo* de avaliação³⁶.

Neste sentido, *accountability* conjuga *todas as* formas de relação *entre um sujeito de Direito e um ou mais* fora, *perante aos quais aquele deve* explicar e justificar a sua conduta, tendo estes o direito de colocar questões e julgar, resultando desta relação consequências para o sujeito³⁷.

O controlo e responsabilidade (*accountability*) podem por isso assumir formas políticas, sociais, judiciais, e sobre elas e respetivas consequências nos debruçaremos de seguida.

Estas formas podem operar “ex post” facto, mas dependem da existência de mecanismos de controlo de comportamentos estatuídos “ex ante” que salvaguardem a conceção Republicana de Liberdade – porque esta é também a não dominação de alguns órgãos pelos demais.

III. INDEPENDÊNCIA E DERIVA PARA A CAPTURA. SISTEMAS DE CONTROLO PREVENTIVO, E CONTROLOS CONTÍNUOS

Defende-se modernamente a aplicação aos reguladores independentes dos novos instrumentos de controlo e de supervisão da conduta dos regulados. Tal como os regulados têm mais informação que o regulador, há uma clara consciência de que por sua vez o regulador detém mais informação e *expertise* que o público em geral e que os Políticos em particular. Pode facilmente ocultar as suas verdadeiras intenções. Ultrapassar esta assimetria informativa e a falta

35 Lodge, 2004: 129; *vd.* em particular as “soluções” e instrumentário do Quadro 6.3., a p. 135, ao conjugar tais dimensões com as três doutrinas de transparência regulatória (*Fiduciary trusteeship, Consumer sovereignty e Citizen empowerment*).

36 O Autor sintetiza a concetualização da expressão que tem “strong positive connotations; they hold promises of fair and equitable governance, (...) a willingness to act in a transparent, fair and equitable way” – Bovens, 2008.

37 Os sentidos são usualmente mais latos (*liability, responsibility, controllability, responsiveness, transparency*), mas na falta de uma expressão equivalente em português, seguimos o sentido mais restrito utilizado no Reino Unido e na Europa e proposto por Bovens, 2006, www.connex-nnetwork.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf.

de transparência (e consequente *adverse selection* e *moral hazard*), dependem da adoção legislativa de “remédios” que afastem da regulação do mercado o mau supervisor (“o *watchdog* prova do seu remédio”).

Aceitar a possibilidade real de uma “deriva burocrática” do regulador, *i.e.* uma atuação fora dos limites ou *gaps* permitidos pela lei e pelos seus Estatutos, acarreta a obrigação de a prever e anular *ab initio*. Se o fizer no momento de criação legislativa, o legislador pode confiadamente conferir ao regulador maior discricionariedade de atuação.

Falamos em “deriva burocrática” englobando a que resulta da atuação dos titulares dos órgãos dos reguladores (*bureaucratic drift*) segundo os seus interesses próprios (*vested interests*). Mas a “deriva económica” também está aí, a par da política, a necessitar de controlo. Muitos apontam a crise financeira iniciada em 2007/8 como novo exemplo de captura multinível decorrente dos profissionais de Wall Street e da City. A sua influência junto dos respetivos Governos e dos reguladores propagara-se nos anos 90: ao Comité de Basileia que dita as regras do mercado bancário; à IOSCO que dita as normas relativas aos mercados financeiros; à IASB que dita as normas contabilísticas: e daí aos Estados reguladores e ao FMI/Banco Mundial que faz avaliações regulares do seu cumprimento (*assessments*). A desregulação mundial que defendiam e a permissividade dos reguladores foi (e sempre será) possível porque nas fases de euforia económica o público não tem interesse por estas matérias e os políticos não permitem discutir os perigos que espreitam³⁸.

A esta influência foi concomitante uma “colonização” dos *fora* regulatórios através do fenómeno da *revolving door* ou transição de profissionais em várias direções; dos regulados para os reguladores e política e vice-versa. É famoso o “Wall Street-Washington corridor” (entre a oligarquia financeira e a política³⁹), que tornou transparente o *mix* político e económico. A revogação da vária regulação financeira contida no *Glass-Steagal Act* de 1933 por um Democrata, é um exemplo dado frequentemente. Também a “deriva política” decorre

38 Os reguladores confiaram na gestão e controlo do risco pelos regulados e nas teorias da difusão e dispersão do risco inerente à inovação financeira (através da titularização, de *repackage* de créditos, de CDS, de CDOs, de MBS, do *shadow banking*), e os políticos agradeceram a euforia económica e o financiamento das suas campanhas – Baker, 2010: 648 e Thikell-White, 2009: 690.

39 No plano bancário, a Goldman Sachs e pessoas como Robert Rubin, Henry Paulson, William Dudley, Gerald Corrington, entre outras, estiveram muito tempo sob censura pela transição entre grandes bancos e o Governo e Agências federais, tendo dado origem a filmes e documentários chocantes – Baker, 2010: 652. Sobre o tema Johnson, maio de 2009 <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/>.

da aliança entre os titulares do regulador com o(s) político(s) que os levou à organização. Mas a “deriva” pode mudar de rumo; aqueles podem ultrapassar tal “aliança política” se verificarem que outras forças políticas virão a deter o Poder (*coalitional drift*)⁴⁰.

Um novo fator perturbador da independência decorre da “captura intelectual” que se tornou quase inevitável com o fenómeno da globalização: o “neocorporativismo”. É pronunciada existência de uma “ecologia profissional” ou uma comunhão de interesses profissionais e culturais entre indivíduos que funcionam dentro do mesmo círculo profissional, social e sectorial. Estes indivíduos transitam entre o sector privado e o sector público, independentemente da cor política, numa real “captura intelectual” e social⁴¹. As suas ligações pessoais, a informação de que dispõem (e consequente influência), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, “clubes” fechados social e intelectualmente (*narrow*), cujos membros rodam “naturalmente” entre diversas empresas e estas e o sector público. No limite, são epifenómenos da *Dual Economy* tão atacada por AA. como Judt ou Stiglitz, i.e., da existência paralela de duas sociedades e duas economias: a dos 99% e a dos 1% da população.

As vantagens e desvantagens destas *ecologias profissionais* são muito discutidas. Existe uma real possibilidade de inovação regulatória (*cross fertilization*). Mas é óbvio o *supra* referido fenómeno da captura entre indivíduos que “rodam” entre cargos decisórios num movimento que incentiva e reforça a criação de “clubes herméticos” e autorreferenciais: e quanto mais perto estão das “redes” internacionais, maior é a sua distância face aos seus Governos, à demais Administração nacional, criando opacidade e déficit de vigília Política e Judicial⁴².

O medo de falta de temperança destas aparelhagens burocráticas e a sua permeabilidade a elementos endógenos pugna pela consagração legal de mecanismos *permanentes* de alerta e controlo que afastem as tendências corporativas (*autopilot*) e a opacidade (*black box*). Tais mecanismos podem ser *formais* (publicação de relatórios e estatísticas, comparência perante comités parlamentares de controlo) ou *informais* (*briefings*, notícias, debates, entrevistas); podem ser *concentrados* (auditoria externa, aprovação de orçamento ou de atos concretos

40 Sobre a matéria os clássicos trabalhos do “gupo Mcnollgast”, McCubbins e Noll, 1987. Também Macey, 1992: 93-110; Shepsle, 1992: 111-118.

41 Sobre o tema das ecologias profissionais, *vd* Seabrooke & Tsingou, 2009. Especificamente sobre este fenómeno e as e influência nas soluções de Basileia II, Tsingou, 2008.

42 Seabrooke & Tsingou, 2009: 22. Desenvolvidamente, Tsingou, 2012, com o exemplo concreto da influência dos componentes do Grupo privado dos 30 (G30).

pelo Governo, fiscalização pelo Tribunal de Contas) ou *difusos* (perante a Sociedade); podem ser *contínuos* (*ongoing*) ou “a posteriori” (tipicamente a aferição de responsabilidade civil); e podem ter lugar perante autoridades públicas (Parlamento, Governo, Tribunais, Provedor de Justiça) ou grupos sociais (regulados, profissionais do sector, *media* ou grupos sociais organizados).

1. Controlo ex ante: o “desenho legislativo” do seu Estatuto. O dever de independência e imparcialidade *subjéctiva* (ou de tratamento igualitário *horizontal*) desemboca num dever de atuar com *neutralidade* (*duty to act fairly*) e *terceiridade* (imparcialidade objetiva ou *super partes*). A par do apelo às funções exercidas pela Autoridade o dever apela também à pessoa dos seus titulares e da sua personalidade, e ao dever de boa Administração⁴³. Esta exigência de imparcialidade resolutória (*duty to act judicially*), inerente às modernas teorias da regulação económica, resulta de desenvolvimentos da “justiça Natural” (*natural justice*) e da adoção do conceito anglo-saxónico de *due process* num sentido material – *substantive due process* –, e procedimental – *procedural due process*⁴⁴. Por este motivo os Estatutos de cada regulador devem ser claros quanto aos requisitos objetivos e às condições prévias de *nomeação* dos dirigentes, que assentem numa reconhecida formação técnica no sector e numa especial idoneidade, independência política e preferencialmente em procedimentos concursais (mesmo internacionais, como sucedeu recentemente para o governador do *Bank of England* – art. 17.º, n.º 2 LQ).

Porque a burocracia técnica independente tem revelado permitir a alguns reguladores prosseguir agendas políticas próprias (*auto-captura* que se expressa na vontade de aumentar os orçamentos, ganhar maior prestígio, competências, respeitabilidade, poder e notoriedade⁴⁵), devem-se estatuir, *i) limites temporais*

43 Para além da abundante jurisprudência do TJCE sobre o art. 214.º, posteriormente 287.º do Tratado CE, sobretudo no âmbito de procedimentos de fiscalização/sanção pela Comissão e aplicação dos direitos da defesa como vértice da lealdade e uma justa Administração disponível no respetivo *website*, salientamos a decisão de 6 de julho de 2000, no caso T-62/98 *Volkswagen AG vs. Comissão CE*, onde o Tribunal fiscalizou a legalidade da atividade dos serviços da Comissão quanto à alegada falta de descrição e publicitação da intenção de aplicação de uma sanção e da publicitação do procedimento – <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&dcjo=docjo&numaff=T-62/98 &datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

44 A justiça natural (*natural justice*) e as duas regras fundamentais de que partiram os juízes (*nemo iudex in re sua e audi alteram partem*) entende-se aplicável a punições aplicáveis a detidos, a visados em inquéritos administrativos, a juízes árbitros de associações privadas, a clubes privados e a partir do séc. XX também aos procedimentos administrativos, Wade, 2000: 435 e 469.

45 Niskanen, 1971, reeditado em 2007.

aos mandatos, ii) *deveres de contenção* ou de reserva típicos dos titulares do Poder Judicial, e iii) *não publicitação* da votação das decisões (arts. 20.º e 18.º da LQ).

O *dever de reserva* implica também uma utilização muito parcimoniosa dos *media* pelo regulador para não ser depois por eles capturado, dada a tendência para manifestar opiniões próprias ou para se avantajarem em casos concretos, ou decidir para o público-audiência (fenómeno de *decision-making in front of an audience* mais próprio de políticos, que respondem perante uma grande variedade de *stakeholders*)⁴⁶. Por este motivo deve existir também um dever de *secretismo* das votações – ideal será a existência de uma só voz da Autoridade, desde que tal não impossibilite a divergência criativa ou a responsabilização (arts. 22.º LQ e 8.º do Regime Geral). A Lei não impede que se expressem vozes divergentes ou dissonantes perante os regulados, mas tal evita a pressão sobre os membros dos órgãos, protegendo-os de si próprios.

A defesa da independência e da imparcialidade *objetiva* dos reguladores demanda igualmente pela estatuição de *interdições pontuais* de atuação e de deliberação de titulares de órgãos decisórios ou de execução, o que não foi contemplado na atual Lei. Perante o real ou potencial conflito de interesses na intervenção regulatória (supervisão ou sanção, por exemplo sobre uma empresa com a qual o próprio ou familiar, tem ou teve, uma relação laboral ou de serviços, ou uma participação de capital, direta ou indireta), o titular do órgão da AAI deve abster-se de votar, e, perante outras relações relevantes, de participar na discussão.

A par da independência *subjetiva* e *objetiva*, também a *autonomia* é fundamental para que as AAI se apartem funcionalmente do Governo. A *independência funcional* (ausência de tutela ou de hierarquia) e *autodeterminação* (essencial à neutralidade⁴⁷) dependem da consagração da *autonomia*. É típica a garantia de *inamovibilidade* fora de casos de falta ou culpa grave

46 Na sua área, estas autoridades detêm um poder enorme e uma informação que nenhum órgão político detém, o que determina a dificuldade e onerosidade da monitorização da sua atividade, podendo a entidade prosseguir objetivos e uma *agenda política* ou *interesses próprios* diversos (ou mesmo contrários) aos que os nomearam, minar os objetivos políticos que lhe foram confiados, proceder a uma vertente investigatória abaixo da média – convivendo melhor com os regulados e evitando recursos judiciais. Um aprofundado estudo sobre estes “desvios” pode ser consultado na bibliografia citada por Noll, 2002: 59.

47 Na sua análise comparada, Martínez (2002: 335), demonstra como esta neutralidade é conatural a todas as Autoridades Independentes, o que parece significar que se aceita naturalmente a corrupção e a partidarização do Governo e do Estado, procurando-se estes organismos *which are at arm's length from the Government* ou para manutenção do *Staatsdistanzprinzip* ou princípio da distância do Estado ou do Governo (relembremos a História norte-americana do monopólio dos caminhos de ferros ou escândalos mais recentes de corrupção) e distância dos particulares.

(*p.e.* decorrentes da violação grosseira e/ou reiterada da lei ou da violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais), arts. 20.º, n.º 3, e 45.º LQ.

A autonomia deve ser orgânica ou *organizativa*, refletida no poder de auto-organização “secundum legem” (arts. 10.º, 21.º, n.º 11, *b*) e 32.º LQ). A autonomia resulta também do predomínio do *regime de direito privado* desde que coexista com a natural vinculação aos princípios fundamentais que regem toda a Administração (*direito privado da administração*). A violação grave e/ou reiterada destes requisitos pode também constituir fundamento de *demissão por falta grave*. Por exemplo, a contratação de trabalhadores ou de prestação de serviços subordina-se ao regime do contrato privado mas obedece aos princípios gerais de direito público: procedimento concursal que verta o princípio da *publicitação* da oferta; *igualdade* de condições e de oportunidades; admissão regida pelo princípio do *mérito*; *transparência* de procedimentos; *fundamentação* da decisão final; possibilidade de reclamação ou de recurso. Este princípio fundamental é aplicável a toda a Administração reguladora, mesmo a não abrangida pela Lei-Quadro, e encontra regra expressa no art. 32.º LQ.

A prevenção da captura e dos conflitos de interesses implica um *plus*: a estatuição de proibições que prolonguem no tempo as condições de nomeação, passando-se do controlo *ex ante* à monitorização de comportamentos (arts. 17.º e 20.º, n.ºs 3 e 5 LQ). Típicas são as *incompatibilidades* do cargo, como a proibição do exercício concomitante de quaisquer outras funções ou atividades profissionais, públicas ou privadas (art. 19.º, n.º 1, *a*) LQ); as *incapacidades* ou *inelegibilidades*, salientando-se a proibição de realizar diretamente ou por interposta pessoa atividades ou operações no sector regulado (art. 19.º, n.º 1, *b*) e *c*) LQ). Tais limitações devem estender-se após cessação do mandato durante um período de tempo determinado, numa espécie de “período de nojo” (*cooling off period*) – art. 19.º LQ.

O conhecimento destas limitações obvia a que os titulares dos órgãos e dirigentes assumam como seus os interesses alheios (*vested interests*), e deixem as AAI para trabalhar para os regulados e vice-versa (fenómeno de *revolving door*). A Lei não completou a proibição de captura decorrente deste fenómeno, existindo o risco decorrente de os cargos de decisão e direção dos reguladores serem totalmente ocupados por pessoas vindas dos regulados – art. 19.º, n.º 2 LQ⁴⁸.

48 O fenómeno da *revolving door* verifica-se declaradamente nos regimes em que não existem incompatibilidades expressas ou sanção pela sua violação, como forma de garantia de futura carreira privada (*cfr.* Lodge, 2004: 127, e vasta bibliografia aí citada).

Finalmente, essencial à independência, imparcialidade e autonomia é que fique determinada a *não renovação dos mandatos* para evitar a *patrimonialização* do lugar ou a assunção do cargo como “propriedade” – art. 20.º, n.º 1 *LQ*. Mas a lei não previu uma prévia *declaração de interesses*, conforme sugerido nas discussões prévias, que completaria este controlo.

Porquê reforçar a necessidade destas exigências legais? Porque também existe uma crescente indistinção entre o mero controlo de legalidade e o verdadeiro controlo da *policy* desta Administração. Esta consideração tem determinado, na tradição anglo-americana, uma especial incidência e especificação legislativa (controlo *ex ante*), através de estatuições legais que permitam uma posterior atuação de controlo efetivo da atuação do regulador independente. Esta técnica designa-se de *hard wiring the agency*.

A especial natureza e função das AAI obriga a um delicado equilíbrio político. A intervenção na génese evita a criação de AAI para avantajar determinadas forças políticas, “lobbies” profissionais ou económicos. Este avantajar é real e resulta algumas vezes da intenção do legislador vertida nos princípios ou padrões legais *genéticos*: estatuição de requisitos organizativos ou operacionais cujo cumprimento apenas está ao alcance dos grandes agentes (*players*) de um mercado, para extinguir e afastar a concorrência dos demais; estatuição de formas de atuação muito específicas e fora dos objetivos iniciais, como a audição apenas de empresas ou grupos fortes e estruturados (os regulados) e falta de defesas dos principais prejudicados contra a inação (os beneficiários); a subsidiação indireta de alguns *players* através de isenção da prática de atos empresariais obrigatórios mas muito onerosos (ofertas públicas, ou a condenação e/ou do cumprimento de sanções). A consagração legal destes mecanismos de controlo constitui uma técnica denominada de *stacking the deck* ou *stack the deck*, e impõe a construção de uma “ponte” entre o controlo “ex ante” e o controlo “a posteriori”.

A técnica de *deckstacking* é usualmente citada pelos AA norte-americanos a propósito da independência, *vg* da relação entre o poder político e a permeabilidade da atividade de *policymaking* das AAI. Tal como sucede nos jogos de cartas em que o resultado é falseado à partida para avantajar um jogador, muitos dos procedimentos e meios de atuação das *agencies* são definidos *ex ante* para que a relação de forças ou a orientação política que levou à sua criação se mantenha no futuro. O favorecimento legal de um *género*, ou de uma *profissão*, nos órgãos das AAI, pode ser visto como uma técnica de *stack the deck* contra alegadas discriminações negativas, ou mero resultado do equilíbrio de forças aquando da criação da Lei.

2. Sistemas de controlos on going ou controlos contínuos. As exigências de controlo devem permitir a fiscalização da legalidade da atuação das AAI *a todo o tempo*. As técnicas de controlo policial ou “auto-stop” (*police-patrol oversight*) têm a sua origem nos poderes de fiscalização pelo Congresso norte-americano – através de inquéritos, de pedidos de informação, de preparação de estudos científicos, da exigência de prévios estudos de análise de impacto regulatório de algumas medidas, da justificação técnica da regulamentação (*vg* com base no risco que visam prevenir ou em análise custo-benefício)⁴⁹.

Estes mecanismos devem ser estatuídos no ato de criação legislativa por dois motivos:

1 – Desde logo porque evita a tentação de o Executivo vir a transformar mecanismos de coordenação em formas de controlo/captura⁵⁰. Sucedeu nos EUA desde Nixon (pela estatuição de submissão prévia de decisões, regulamentos ou despesas das AAI, ao *Office of Management and Budget – OMB*⁵¹), até Obama⁵². Este último democratizou o procedimento regulatório de consulta pública exigindo resposta (*feedback*) também do público beneficiário, reviu toda a regulação passada que se demonstrasse ultrapassada ou ineficiente (*Executive Order 13,563, Improving Regulation and Regulatory Review*⁵³), mas também nomeou paulatinamente pessoas da sua inteira confiança⁵⁴;

49 Acerca das diferentes abordagens de controlo, Bressman, 2007. Também, McCubbins & Schwartz, 1984: 165-79.

50 Esta vontade de controlo data praticamente da criação destas autoridades e a própria expressão *Fourth Branch* nasceu em 1937 com um sentido pejorativo no *Brownlow Committee (President's Committee on Administrative Management)* instituído pelo Presidente Roosevelt perante estes ramos acéfalos do sistema de governo – Catarino, 2009: 194 e 298 ss.

51 Embora existisse desde 1921 com o Presidente Warren Harding, seria Nixon quem o reorganizaria em 1 de Julho de 1970, com a *Executive Order 11,541* ultrapassando a sua função de meio de apoio na elaboração do Orçamento e passando a controlar o Executivo, onde se incluem as *executive agencies* – <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11541.html>.

52 Discurso de 2011 (*State of the Union Address*), <http://www.gpo.gov/pdfs/news-media/press/11news05.pdf>.

53 Disponível em <http://exchange.regulations.gov/topic/eo-13563>.

54 Desde a sua criação por Nixon que os demais Presidentes têm reforçado as suas competências perante as *agencies*. Ronald Reagan e George H. Bush foram considerados por muito AA. os desconstrutores do *New Deal*, mas antes foram criados outros meios de controlo, pela apreciação da eficácia fiscal das medidas (Gerald Ford), do seu custo (Jimmy Carter), da necessidade de análises de impacto regulatório das propostas de normas (as *Regulatory Impact Analysis*, E.O. 12,291 de Reagan), a famosa *Executive Order 12,866* (Clinton), com a criação do *Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA* no OMB), pela criação de sucessivas Instruções ou *presidential Orders* de coordenação (Clinton usaria a E.O 12,866 num canal de direção da administração executiva). Nada que se assemelhasse ao estatuído pelo Presidente George W. Bush em 2007, que com a *Executive Order* n.º 31,422 transformou a natureza do *Regulatory Policy Officer* (RPO), agente de ligação entre a Casa Branca e as agências, nomeado por estas e que “shall report to the

2 – Depois, o regime dos reguladores deve basear-se num prévio acordo político que estatua mecanismos de equilíbrio (*checks and balances*) inerentes à especificidade das entidades. Devem-se fixar claramente as suas *atribuições* e *competências* nas leis orgânicas, afirmando claramente qual o público-alvo da sua proteção para evitar o *stacking the deck*.

Os mecanismos de vigilância *on going* baseiam-se em técnicas menos ativas e *concentradas* de controlo. Uma das formas descentralizadas de controlo e de correção da atividade administrativa é designada por *fire alarms*. Os *fire alarms* são *alertas* que, embora não dirigidos, permitem detetar a todo o tempo comportamentos dos reguladores não consentâneos com os seus fins ou deveres, ou aos princípios que os regem. Os seus *detetores* (*detectors*) são tradicionalmente o público ou os agentes que atuam no meio profissional ou social regulado. Os beneficiários e os agentes descontentes atuam como controladores (*watchdogs*) dos reguladores – os últimos particularmente sobre a sua *expertise* (ou falta dela).

Estas formas de controlo são tanto mais importantes quanto permitam suprir uma fraca sindicância pelos Tribunais (*toothless regulation*). A par da tradicional *deferência* do Poder Judicial às AAI dada a falta de conhecimentos específicos (*expertise*), assiste-se hodiernamente a uma “captura” dos órgãos de controlo judicial pelo *Science Policy Paradigm*. Referimo-nos à captura no sentido de “super-deferência” Judicial⁵⁵ face à tecnicidade dos reguladores, no que pode servir a Política e o Executivo. Contra esta politização da Ciência os Tribunais deveriam exigir a demonstração de que as decisões científicas não seguem a política (*expertise-forcing*). Um exemplo desta *politicization of administrative expertise* foi o indeferimento judicial da petição popular de *rulemaking*, movida contra a *Environmental Protection Agency* (EPA), petição dirigida contra esta *agency* por se ter recusado a regular as emissões de gases com efeito de estufa produzidos por automóveis (regulação permitida pelo §202(a)(1) do *Clean Air Act*), alegando falta de evidência científica de causa-efeito (argumento então adotado pela Administração Bush)⁵⁶.

agency head”, numa nomeação política, quando o deveria ser previamente pelo OMB – Catarino, 2009: 104 ss, e Criddle, 2006: 118-136; Notes, 2011: 580-601. Acerca da criação da OMB pela *Executive Order* 11,541 de 1970, Bressman, 2007, com os desenvolvimentos e sucessivas alterações desta nova burocracia americana, especialmente após 1994.

55 Acerca do problema da “super-deferência”, reforçada pela tendência de defesa dos reguladores que se “armam” com múltiplos pareceres técnicos, tecnicidades e jargão impenetrável na sua fundamentação, Meazell, 2012: 733-784.

56 Após diversas decisões judiciais o Supremo tribunal Federal indeferiria, por 5 votos contra 4, a ação que fora movida contra a EPA por falta de fundamentação na recusa da petição de uma regulamentação

Os *fire alarms* devem permitir uma intervenção política pois *sem consequências não há credibilidade, e sem credibilidade não há eficácia*. Deve o legislador consagrar meios de alerta e deteção, que têm até a vantagem de colocar sobre terceiros o custo da deteção e obtenção de elementos. Salientamos, entre outros: – a possibilidade de cidadãos interessados ou grupos de interessados intervir através de mecanismos procedimentais (*i.a.* audiência prévia e obrigatória dos beneficiários da regulação); – a publicidade e transparência (*i.a.* o recurso a consultas públicas e relatórios de fundamentação obrigatória); – o cumprimento escrupuloso e atempado de deveres de informação (*i.a.* incluindo o acesso à informação procedimental e ao arquivo administrativo); – a possibilidade de controlo por autoridades constitucionais como o Provedor de Justiça (*cf.* arts. 4.º, n.º 1, *d*), 41.º, 47.º-9.º *LQ*).

Um meio de supervisão em voga na regulação norte-americana repousa na existência e avantação dos *whistleblowers*, colaboradores dos regulados que denunciam irregularidades, fraudes e comportamentos antiéticos⁵⁷. Este mecanismo deve igualmente ser aplicado ao controlo interno dos reguladores a par da aceitação e fomento (regulado) do dissenso interno. Este mecanismo pode funcionar como escape de tensões internas e permitir inovar e canalizar formalmente opiniões dissonantes que incentivem a renovação interna, a inovação e o espírito de corpo. É certo que a sua aceitação depende da auto-segurança de quem aceita a franqueza como lealdade, mas existem casos de sucesso como o norte-americano *State Department's Dissent Channel*, onde se incentiva os colaboradores dos reguladores com base na máxima de que *dissent is (...) part of the formula for successful bureaucracy*⁵⁸.

para combater a emissão de gases com efeito de estufa. A EPA alinhara com o Executivo de George Bush, sublinhando a inexistência de pareceres científicos definitivos que levassem à necessidade de adoção de tais medidas – *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al*, 127 S. Ct. 1438 (2007) <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1120.ZS.html>. Um comentário a esta decisão em Freeman & Vermeule, 2007, pugnando pelo *expertise-forcing*.

57 Como veremos adiante a propósito do caso Paul Moore (*infra*, nota 102), este sistema nem sempre tem resultado em favor do público em geral – *cf.* notícia do *Financial Times* de 5Jun2013, “Whistleblowing almost killed me”, <http://www.ft.com/cms/s/0/2dd0f0de-ab70-11e2-8c63-00144feabdc0.html#axzz2oHoOe700>

58 Como informa Katyal, 2006: 2314-2349, a ferramenta administrativa designada por *State Department's "dissent Channel"* foi criada por Nixon em 1971, porque entendeu que não recebia informação importante dos reguladores, *vg* a informação crítica), que incentivou e protegeu o diálogo – acerca deste *regulatory review process*, <http://www.state.gov/documents/organization/84374.pdf>. Tem um êxito assinalável no *Foreign Service* que incentiva a que os seus colaboradores formulem e expressem opiniões *vg* sobre decisões e opiniões tomadas pelos embaixadores ou colaboradores situados nos níveis mais altos da hierarquia. Sendo analisadas no *State Department* (pela *Policy Planning Staff*), existe um prémio anual pelo seu melhor uso e pode mesmo levar a mudanças e promoções nos membros mais ativos e com maior mérito (*ibidem*, p. 2328).

Uma outra forma de controlo pode decorrer da existência de uma instância de *coordenação e harmonização* das redes de reguladores sectoriais (*infra*). Existindo espaços regulatórios partilhados por diversos reguladores poderá criar-se uma instância de coordenação administrativa à semelhança do norte-americano *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), criado no *Office of Management and Budget* (OMB)⁵⁹.

3. O controlo pela coordenação de espaços regulatórios partilhados. A coordenação e a captura multinível. O controlo pode efetivamente decorrer da *coordenação em espaços regulatórios partilhados* (referimos em anteriores escritos que no âmbito comunitário a coordenação tem dado origem a sistemas multinível de decisão, ao processo comitológico e à agencificação europeia). A criação de múltiplos reguladores sectoriais e a consequente rede regulatória (*networking regulation*) necessita instrumentos legislativos mais perfeitos que a mera concretização de atribuições e competências próprias. Podem ser necessários métodos de concertação administrativa mais centralizados que os meros acordos administrativos de entajuda ou de cooperação (p.e. de troca de informação ou de entajuda na supervisão). Os arts. 2.º, n.º 2 e 11.º da LQ ultrapassam as primitivas formas de interregulação nacional e internacional, aceitando a concertação administração pela *contratualização* e pela *primazia* da administração comunitária.

Esta coordenação entre diferentes reguladores deve ter lugar a nível nacional mas também a nível internacional implicando um difícil balanço na sua relação: autonomia *vs* hierarquia; independência administrativa *vs* interferência governativa; defesa da soberania *vs* intercooperação internacional⁶⁰. Este não é um aspeto sobre o qual a moderna *governance* se debruce, tanto mais que implica

59 Através do OMB os planos anuais de atividades das diversas autoridades seriam harmonizados, e ao mesmo tempo prosseguindo uma política comum conforme com a vontade democrática; e com a OIRA também é analisada a viabilidade económica das propostas de ação e consistência das propostas de regulação <http://www.whitehouse.gov/omb>.

60 São reais os difíceis problemas jurídicos legitimatórios e práticos resultantes da criação de agências sectoriais, implicando meios nacionais e internacionais de coordenação regulatória necessária à prevenção de riscos sistémicos (interregulação), desde os meros fenómenos de troca de informação a pedido aos acordos interadministrativos de cooperação (Catarino, 2009: 157ss. e 257). São agravados pelas funções executivas da UE com vastos poderes de interferência na atividade dos reguladores nacionais – desde a regulamentação à comunicação de entendimentos vinculativos e sanção pelo seu incumprimento, possibilidade de inspeção aos próprios reguladores (*idem*, 2012, 175). Acerca das diferentes técnicas e desenvolvimentos para melhorar o controlo da “exclusividade jurisdicional” ou monopólio dos reguladores e crescente independência, Page, 2001: 127 e Lastra Schams, 2001: 165.

outras consequências que não serão aqui abordadas como a fusão de reguladores para racionalização de sectores ou a redação de normas de conflitos de competências públicas⁶¹.

Seguindo a classificação proposta por Freeman e Rossi⁶², a necessidade de interação entre os reguladores para um controlo mútuo pode decorrer:

1. De *atribuições sobrepostas*. Em sectores regulados por vários reguladores podem verificar-se atividades de supervisão e sanção que incidem materialmente sobre as mesmas atividades e actos (no limite, também acompanhados pela atividade de investigação e de seu sancionamento por autoridades judiciais e criminais⁶³);

2. De *atribuições diferentes mas relacionadas*. Dado a visão parcelar da realidade (*tunnel vision*) tendencialmente criado por cada regulador e a falta de visão do todo, o regime de cooperação é essencial. O mais recente exemplo decorre da regulação financeira pelo *Dodd-Frank Act* que criou uma intrincada rede de reguladores em que alguns têm o poder de recusar regulamentos de outros (caso do *Financial Stability Oversight Board* perante regulamentação do *Consumer Financial Protection Bureau*)⁶⁴;

3. De *atribuições diferentes mas paralelas*. Existem atividades bancárias com forte impacto na carteira das instituições de crédito (impacto prudencial), mas que pugnam na sua comercialização pela proteção do investidor (impacto comportamental), controlo prudencial e comportamental atualmente atribuídos a diferentes reguladores. Nestes casos, como sucedeu com a *Securities and Exchange Commission* e a *Commodity Futures Trading Commission* após o *Dodd-Frank Act*, os reguladores terão de se coordenar dado o risco de inação, ineficiência ou mau emprego de recursos públicos⁶⁵;

61 Acerca das vantagens e desvantagens da concentração são vários e bons os argumentos a favor e contra a pulverização e a consolidação, Lowi, 2009.

62 Os AA. desenvolvem esta nova perspectiva, não só em termos de classificação, mas dos inúmeros desafios que tal hipótese coloca, apresentando instrumentos de coordenação (Freeman & Rossi, 2012: 1134-1209).

63 *Vd* o Acordo de Cooperação celebrado com a Procuradoria-Geral da República e o Banco de Portugal in <http://www.cmvm.pt/cmvm/coopera%C3%A7%C3%A3o%20nacional/acordos/Pages/acordos.aspx>.

64 O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, http://www.banking.senate.gov/public_files/070110_Dodd_Frank_Wall_Street_Reform_comprehensive_summary_Final.pdf. Implica a intercoordenação com o *Financial Stability Oversight Council* (reúne o Secretário do Tesouro e diversos presidentes de reguladores como a *Securities and Exchange Commission*, a *Commodities Futures Trading Commission*, a *Federal Deposit Insurance Corporation*, o *Consumer Financial Protection Bureau*, o *Financial Stability Oversight Council*, a *Federal Reserve*). Acerca da sobreposição, Barkow, 2010: 1792.

65 O Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, visou reforçar a estabilidade financeira e os deveres de informação e transparência no âmbito do sector financeiro para com as autoridades de supervisão

4. De *atribuições partilhadas*. Por poderem existir atribuições incompatíveis ou interdependentes, existe a necessidade legal ou informal de concatenação. Temos exemplos nos casos de autorização administrativas *de funcionamento* ou *de atividades* no sector financeiro (p.e. Banco de Portugal e CMVM)⁶⁶; na aprovação de atos de fusão de empresas de sectores regulados (p.e. nas telecomunicações implica a ANACOM, a CMVM se as empresas forem abertas, a Autoridade da Concorrência pela dimensão da operação)⁶⁷.

A *coordenação* pode rapidamente desenvolver-se no mau sentido, da *hierarquia* de um ente sobre os demais ou da sua *captura*. Um caso de sobreposição de atribuições verifica-se atualmente entre a União Europeia e os Estados-membros, e apesar da natureza administrativa das instituições europeias no domínio bancário, segurador, financeiro, energético, existe uma falta de controlo comunitário e nacional sobre os eurocratas dado os domínios serem *matéria reservada* dos Estados⁶⁸. Paradoxalmente, se as AAI nacionais que participam numa rede transnacional ganham dimensão europeia e consequentemente mais poder internamente, tal não evita a subordinação a uma *Administração comunitária indireta*.⁶⁹

e para com os clientes das instituições financeiras, nomeadamente na comercialização de Produtos Financeiros Complexos (PFC's). No âmbito da supervisão da comercialização de PFCs, atenta a sua dispersão pela área bancária, financeira e seguradora, os reguladores respetivos necessitaram aclarar e acordar administrativamente a distribuição de competências através de "Entendimentos comuns", disponíveis em <http://www.cmvm.pt/cmvm/recomendacao/entendimentos/Pages/default.aspx>.

66 Acerca da tipologia e intensidade das intervenções regulatórias, como as autorizações e aprovações, Catarino, 2010: 470-80.

67 Retomando o exemplo dos EUA, o já referido *Dodd-Frank Act* divide competências mas estatui a obrigatoriedade de consultas recíprocas e mesmo de regulamentação conjunta de reguladores, por forma a evitar riscos sistémicos e/ou inconsistências (na área financeira a regulação da atividade de contratos derivados é dividida entre a SEC – os *securities-based swaps* – e a CFTC. Pugna pela cooperação e consulta mútua, e regulamentação conjunta (não o impõe) entre diversas autoridades como a SEC e a *Securities Investor Protection Corporation* (vd 15 USC 78o-11(h)), ou que " h) Authority to Coordinate on Rulemaking.– The Chairperson of the Financial Stability Oversight Council shall coordinate all joint rulemaking required under this section", <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr4173enr/pdf/BILLS-111hr4173enr.pdf>.

68 Salientando o crescimento sem controlo desta Administração comunitária e pugnando por um maior controlo judicial, Lindseth, 1999: 628-738.

69 Acerca dos problemas da sua legitimidade e do Acórdão Meroni, da compatibilidade com o princípio da subsidiariedade, da proporcionalidade, da desburocratização, Catarino, 2012a: 95-155. Vd também a abordagem do parlamento federal alemão, pois o *Bundestag* defendeu que cada autoridade de regulação deveria estar sob "tutela" de um Comissário e o *Bundesrat* questionou mesmo a existência das *executive agencies* e falta de coerência judicial assim criada http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html Mas as preocupações vêm também do Parlamento britânico e francês – Saurer, 2010: 623. Nos EUA existe para as *executive agencies* a possibilidade de procurarem tal mediação no *Office of Legal Counsel* do *Attorney General*, *Department of Justice*, entidade encarregue de apoiar legalmente o Presidente e todo o Executivo (nada impede as demais de tal recurso) – <http://www.justice.gov/olc/index.html>.

A necessidade de cooperação regulatória internacional, *vg* na União Europeia, para evitar lacunas de supervisão, é premente mas têm-se levantado questões de legitimidade e de *accountability*. O problema da legitimidade e do controlo estão sempre latentes, como o demonstrou o *Acórdão Meroni*: um é a contraface do outro (embora alguma jurisprudência recente do TJUE tenha vindo a “limar” a linha dura vertida no *Ac. Meroni*). A par do controlo pela Comissão, pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu, o TJUE desenvolveu meios de controlo judicial dos atos normativos e quase-normativos, a par de mecanismos extrajudiciais fixados por legiferação europeia secundária. É crescente na União Europeia a tendência para consagrar a possibilidade de *mediação* de conflitos positivos ou negativos de competências entre reguladores, tal como sucede nos EUA no caso das *executive agencies*⁷⁰.

Não podemos esquecer que esta Administração comunitária não tem ganho o seu poder pela devolução de competências da Comissão Europeia, mas pela perda de poderes dos Estados membros. Estes são posteriormente chamados à execução (*enforcement*) e a colmatar falhas e lacunas (como subsidiar os seus campeões nacionais quando insolventes). É por isso aceitável um controlo daquela administração pelos Estados-membros num ambiente regional que não é de federação de Estados mas de Executivos.

IV. SISTEMAS DE CONTROLO SUCESSIVO OU *A POSTERIORI*

Os *fora* perante quem respondem as autoridades são diversos, e a sua atuação está sob escrutínio: (i) sob os olhos políticos e administrativos (dentro do tradicional regime democrático de responsabilidade perante os eleitores e perante o Executivo no cumprimento das determinações políticas gerais); (ii) sob o olhar profissional de guardiães (*gatekeepers*) privados (conselhos consultivos ou conselhos representativos dos pares profissionais, de auditores e outras formas externas e privadas de controlo social que cresceram no *New Public Management* naquilo que se designa por *audit explosion*⁷¹); (iii) sob o escrutínio dos tribunais (num controlo de legalidade que é tanto mais importante quanto as demais formas de controlo sejam socialmente sentidas como de controlo “fraco”).

70 Tais mecanismos de mediação serão dificilmente implementáveis. Para uma distinção entre *independent* e *executive agencies*, e diferentes aceções de regulação, Catarino, 2009: 100-111, 267 e 215.

71 A excessiva aproximação e dependência da autoridades públicas dos *media* e das suas agendas pode determinar a captura e mesmo o efeito mais perverso de poder morrer às suas mãos – sobre esta matéria, atual e determinante, as obras de Mas & Galán, 2000, e Cotarelo, 2013 ou Jiménez, 2012.

Os meios de controlo cruzam-se entre si, pois os factos que lhes dão origem implicam diferentes tipos de intervenção. Uma questão de legalidade pode determinar uma intervenção de cariz político e judicial: uma atuação dolosamente violadora de direitos, liberdades e garantias de administrados pode determinar falta grave, levar à impugnação de atos administrativos ou regulamentares, à responsabilização dos agentes, à demanda por comissões de inquérito, ou à presença dos responsáveis em comissões especializadas no Parlamento. As formas de controlo não são autoexcludentes.

1. O controlo social (interno e internacional). As teorias do *New Public Management* e da *Public Choice* são coevas do fenómeno de liberalização, desregulação e privatização. Estes princípios, crismados no Consenso de Washington, tiveram reflexos políticos na regulação e supervisão e em todas autoridades independentes. O paradigma centrou-se na década de oitenta do século XX numa “regulação social” baseada no autocontrolo do regulado:

- Na criação de mecanismos internos e piramidais de controlo (*vg* pela sociedade, pelos acionistas e *stakeholders* nas novas formas de *governance*) e de posterior responsabilização (interna e externa);
- Em “reportes” e denúncias aos seus reguladores, através do envio de relatórios de controlo interno, de relatórios de auditoria interna, de reporte de irregularidades e ilegalidades por *whistleblowers*.

O escrutínio social tornou-se mais forte perante a alegação de omissão de ação pelos Governos e pelos reguladores, de que resultaram prejuízos em cadeia para os consumidores⁷². Temos o exemplo da emissão e venda ao retalho de inovadores e desregulados produtos financeiros complexos que disseminaram pelo público o excessivo risco assumido por algumas instituições. A violação de um *princípio de precaução* e a assunção de que a socialização do risco (a sua dispersão por inúmeros investidores e mercados) o diluiria, revelou-se enganadora, contagiando os próprios Estados soberanos⁷³. Também a falta de criatividade e assertividade dos reguladores pode ter induzido em erros próprios: a mesma origem dos agentes reguladores e regulados, a nível social (*background* social), profissional (da indústria, da academia ou da política) e cultural (*revolving door*), determinaram um “pensamento de grupo”.

72 Helleiner & Pagliari, 2011: 169-200.

73 Dorn, 2011: 44.

Foi este “pensamento de grupo” que na fase de exuberância económica permitiu aceitar que fossem os regulados a controlar internamente o seu *risco* (Basileia II) e se um banco mantinha um problema de solvabilidade, a intervenção do regulador poderia ser protelada até que a situação financeira melhorasse. A falta de uma intervenção no momento certo pode levar posteriormente à sangria de dinheiro dos clientes.

As vozes que demandam um maior controlo e responsabilização dos reguladores (mesmo uma “repolitização” da regulação num sentido mais dirigista – submetida às opções políticas e culturais próprias de cada Estado) têm vindo a aumentar dada a quebra de confiança social (*auctoritas*). As crises sucessivas iniciadas no séc. XXI, e o efeito sistémico da convergência regulatória na globalização, não deram mais crédito às AAI⁷⁴.

O descrédito está a alterar o compromisso (*trade off*) entre controlo democrático e o sigilo de negócios que gerou a excecionalidade da administração independente. O paradigma norte-americano segundo o qual a regulação independente deve estar fechada à política tende a ceder perante a pressão social. Muitos defendem menor liberdade de circulação de capitais, as vantagens de um *uneven playing field*, a concorrência entre espaços e mercados, a inovação e adequação da regulação às realidades e empresas locais. A Democracia parece não casar com a Globalização; a convergência dos mercados livres e a “tomada” por organizações ou *fora* nacionais e internacionais poderá levar a prazo a um divórcio com o Estado⁷⁵.

74 Assim, a crise das *dot.com*, da contabilidade criativa (Enron/Worldcom), dos conflitos de interesse na *governance* societária, da desregulação e dos *hedge funds*, dos conflitos de interesses das companhias de rating, de criação de produtos financeiros complexos transacionados fora de mercados regulamentados (*Over The Counter* ou OTC), de disseminação de créditos de alto risco pelo retalho, de utilização de veículos especiais e criação de *shadow banking*, de omissão dos reguladores. Dorn, 2011: 59; Alexandre *et al.*, 2007: 647; Helleiner, 2009: 8.

75 A responsabilização nacional e o *uneven playing field* pressuporiam uma arbitragem regulatória, uma arbitragem jurisdicional, um *patchwork* que agradaria pouco aos grandes *players* internacionais e aos interesses privados, mas impediria a criação de empresas *too big to fail*, levaria a uma convergência na intervenção de produtos tóxicos, de *portfolios* e conseqüentemente do risco, e permitiria a competição e concorrência e uma prossecução do que os cidadãos decidem em cada momento ser o interesse público a prosseguir (*public good theories*). Ademais, um controlo pela autoridade estrangeira (*home country control*) proteger menos os cidadãos onde uma entidade estrangeira se estabelece. No entanto, o caminho seguido a partir de 2002, com a lei Sarbanes-Oxley Act e criação de mais entidades de controlo contabilístico (PCAOB) ou sistémico (FSF/FSB) nos EUA, ou o caminho trilhado pela União Europeia após os Relatórios Lamfalussy e o Larosière, vieram no caminho da convergência e unicidade que fosse de encontro aos investimentos financeiros e bancários que existiam entre a Europa e os EUA – cfr. Alexander *et al.*, 2007: 667; Catarino, 2011.

Por isso o controlo social das autoridades públicas tornou-se incontornável. A ele não escapam hoje todos os órgãos de soberania, e numa economia de mercado acentuadamente liberal a administração independente está sob escrutínio diário. Tal escrutínio visa conferir um *reconhecimento* social que supra a falta de legitimação democrática. No entanto, a *auctoritas* e a *dignitas*, ou o magistério de influência do qual pretende retirar o reconhecimento legitimatório concorrem com tendências contrárias, de “acantonamento” de boa parte da Administração:

- Pela adoção de formas privadas, privatizadas ou contratualizadas de “governança pública” (*New Public Management*);
- Pela transformação do cidadão em mero “cliente” da Administração;
- Pela difusão pública de “boas práticas” administrativas que contêm elevados padrões de atuação privados (*benchmarks*);
- Com a transferência do Parlamento para os *media* (e para a praça pública em geral) da busca de reconhecimento, controlo e *fórum* da discussão e luta política;
- Enfim, com a tentativa de criação de uma verdadeira e exigente sociedade do homem económico (*stakeholder society*).

Os reguladores têm de se reaproximar dos beneficiários da regulação (*external stakeholders*) e menos dos regulados. A realidade regulada encontra-se exposta, nacional e internacionalmente, a comunidades de peritos (professores, cientistas, especialistas), a grupos de interesse concentrados e fortes (associações de profissionais, de defesa de consumidores, sindicatos), e grupos difusos, como a opinião pública. Os grupos de interesse “fortes” intervêm constantemente junto das autoridades reguladoras com a finalidade de fazer vencer os seus pontos de vista, sendo importante analisar a sua influência perante as escolhas públicas feitas, e os benefícios que recolhem. Esta fusão de interesses privados e públicos é demasiadas vezes clara, como o demonstra o uso da expressão *rapture* ou “procedimento com integração vertical” (*vertical integration* ou *joint policy making*⁷⁶).

Um *controlo social legitimante* acarreta fortes deveres⁷⁷: – na sua relação com o público/cliente a Administração deve cumprir elevados padrões (*benchmarks*)

76 Schweotzer & Kumpan, 2005: 687-729.

77 Cfr. *Social Accountability Sourcebook* do Banco Mundial, vg Capítulo III, *Tools and Methods*, disponível http://www.worldbank.org/socialaccountability_sourcebook/PrintVersions/Methods%20and%20Tools%2006.22.07.pdf.

de atividade e eficiência; – a sua atividade deve sujeitar-se a publicidade, fundamentação e transparência; – quando solicitada, deve prestar informação de forma atempada, verdadeira, independente e completa; – não deve recusar *briefings* públicos para perguntas e respostas de cidadãos; – deve pugnar pela reserva e sigilo nas suas atividades investigatórias; – não pode regular *por causa* ou *para* o público ou os *media*; – deve adotar e publicitar a sua orientação pública (*policy*).

Porque a independência é real e baseia-se na tecnocracia (a necessidade de *expertise* e complexidade técnica são inultrapassáveis), ela tem de ser contrabalançada por uma força particular das normas de garantia e de participação (“fundamentalização” – *supra*, nota 32).

Mas existe o denominado *accountability dilemma*: a criação de mecanismos de controlo não deve permitir o torpedear da normal atividade de um regulador. A necessidade de equilíbrio (*checks and balances*) não pode ser ultrapassada por poderes fortes, como têm alguns regulados ou os *media*. Os próprios reguladores são demasiadas vezes apesados (*trapped*) por estes últimos no recurso à barganha constante entre a informação que detêm, fornecem ou obtêm. Tal como um regulador que prossiga objetivos políticos ou pessoais (*patrimonialização* do cargo), um regulador fraco pode acabar limitando-se ao estrito cumprimento de formas e objetivos facilmente justificáveis nos *fora* de controlo social, evitando inovar ou prosseguir a sua função de forma assertiva. Os reguladores vítimas desta *accountability trap* podem igualmente adotar um comportamento defensivo, por vezes hostil ao exterior, ritualizado e rotineiro⁷⁸. Os meios de controlo dos regulados devem por isso ser doseados, mas não perdem importância num momento em que o Poder Executivo se agiganta perante o Poder Legislativo e o Poder Judicial⁷⁹.

A par dos tradicionais meios de fiscalização externa podem ser criados meios e canais internos com esta missão específica de evitar a ritualização, pois é bem verdade que *where you stand is a function of where you sit*⁸⁰. Uma forma de mitigar o anquilosamento interno pode decorrer do autocontrolo, da mobilidade, do incentivo interno ao estudo e inovação pelos colaboradores

78 Thjiel & Leeuw, 2003: 267-281, e a obra de De Bruin, 2000.

79 Otero, 2003; Sunstein, 2006: 2580-2610.

80 Katyal, 2006: 2314-2349. Na realidade, uma pessoa “does not live for months or years in a particular position in an organization, exposed to some streams of communication, shielded from others, without the most profound effects upon what he knows, believes, attends to, hopes, wishes, emphasizes, fears and proposes” – Simon, 1994.

reguladores, que devem ouvir e cultivar o “eco interno” de perspectivas diversas e alternativa – através de *internal checks* ou de *whistleblowers*⁸¹, mitigando o efeito *tunnel vision* da realidade.

2. O controlo político. O *controlo político* das AAI decorrerá dos mecanismos naturais inerentes à democracia representativa ou à lógica das maiorias. Estamos perante entidades que escapam à lógica do controlo hierárquico-funcional da Administração dado o seu estatuto legal de independência e imparcialidade e os vastos poderes atribuídos pelo poder legislativo. O princípio da legalidade que as norteia e constitui garantia dos administrados encontra-se difuso com o predomínio das fontes quase-normativas, da informalidade, da desprocedimentalização e da delegação normativa e deslegalização, num “diálogo regulatório” com os cidadãos, atípico (*fuzzy legality*⁸²).

Um vasto espaço de atuação conjugado com uma legalidade cada vez mais difusa pode ser utilizado, e deliberadamente criado, para os políticos atuarem sem controlo democrático, *vg* criando ou pressionando os reguladores num sentido que favoreça interesses privados, políticos ou económicos (técnica de *stacking the deck*). Ao mesmo tempo eles auferem a vantagem de a devolução de poderes lhes permitir desresponsabilizar-se por omissões na defesa do interesse público (*p.e.* não atuação contra cartéis), ou por medidas impopulares (*p.e.* subida de preços ou tarifas). Na realidade, tais atos e omissões são praticados por autoridades sobre as quais não detêm (teoricamente) domínio e que os políticos podem culpar perante os eleitores⁸³.

Como compaginar a independência com o controlo político? Este decorre *prima facie* da *transparência* da atuação da AAI e da *visibilidade* e *credibilidade*:

81 Desde o *Pendleton Civil Service Act* de 16 de janeiro de 1883 (ou Pendleton Act, espécie de tributo ao assassinado Presidente Garfield por um desempregado desesperado), que se promoveu uma cultura de proteção dos funcionários do Executivo perante o poder político, na contratação e na perseguição e despedimento, e baseada meramente no mérito. A desconfiança na influência dos políticos, que levou à criação das autoridades independentes, seria prosseguida neste domínio de proteção dos seus colaboradores pelo *Civil Service Reform Act* de 1978 e criação de uma autoridade independente de controlo (*Merit Systems Protection Board*, uma *quasi-judicial agency*) – <http://www.dol.gov/olms/regs/compliance/complcsra.htm>.

82 O problema das desordem normativa, da informalidade e deslegalização no diálogo regulatório criado por instruções, advertências, orientações, pareceres, tinham sido aspetos apontados no que denominámos pelo império do direito “informador” e “conformador” (Catarino, 2009: 420 ss). A criação de autoridades atípicas no direito da União Europeia viria a criar uma maior desordem normativa que a “cidade dos juizes” será chamada em breve a decidir (*Idem*, 2012a: 95-155).

83 Estas críticas são muito dirigidas ao poder legislativo pelos teóricos da *Public Choice* como David Schoenbrod, 1993. Também Aranson, Gellhorn & Robinson, 1982: 57.

uma Autoridade com “auctoritas” não tem a tentação de esconder a sua atividade⁸⁴. A independência, a imparcialidade e a neutralidade não são meras questões técnicas mas políticas. Prosseguindo um interesse público, quando ocupa um espaço vazio de poder, uma instituição detém uma autonomia real e tende a transformar-se em *sujeito político*. Ora, uma composição de interesses políticos deve ser imputável a qualquer órgão constitucional com competência política ou a um órgão dotado de representatividade democrática; não é facilmente admissível que existam órgãos *politicamente autoreferenciais* e como tal irresponsáveis (Teubner, 1989)⁸⁵.

Existem dois momentos ótimos de controlo político: num primeiro momento através da *delimitação legal* da instituição (definição de atribuições e competências de forma clara e precisa); da sua estrutura e do procedimento (transparência e participação popular); da sua democraticidade (meios de escolha de titulares); do relato obrigatório de atividades (p.e. à Sociedade civil através do Parlamento e dos *media*), e da autoridade que lhe é delegada (vg a discricionariedade de *policy making* não deve esquecer que o mandato é meramente administrativo). Estaremos perante a estatuição de *ex ante controls*.

Num segundo momento, através da estatuição de controlos contínuos (*on going controls*). Este controlo deve ter por fim a monitorização pelos poderes Legislativo (através de Relatórios periódicos, de audições ou inquéritos parlamentares que podem decorrer de *fire-alarms* acionados pelo público/beneficiário descontente). A Assembleia da República detém o poder de fiscalização política no âmbito do qual pode apreciar os atos do governo (vg os atos de superintendência e de tutela previstos na lei das autoridades reguladoras independentes e dos respetivos estatutos legais), art. 162.º, *a*) CRP). Efectiva-se através de perguntas dos deputados aos membros do Executivo (art. 156.º, *d*) CRP e art. 4.º, n.º 1, *d*) do Regimento da Assembleia da República – RAR); – de requerimentos ao Governo ou aos órgãos de qualquer entidade pública para obtenção de informação sobre os assuntos relevantes para o exercício do seu mandato (art. 156.º, *e*) CRP, e art. 4.º, n.º 1, *e*) RAR); – de inquéritos

84 Sobre a matéria da credibilidade, Shapiro alega que quando o público se interessa por determinada matéria, a posição dos especialistas deixa de ser só por si credível, tornando-se em mais um instrumento de luta política com o risco de não conseguirem contrapor-se à contrainformação que daí resulta (1996: 101).

85 Para uma visão do problema da independência objetiva e subjetiva e da imparcialidade e neutralidade decisória (*split function*), e a epistemologia de discursos e comunidades autopoieticas (Teubner, 1997: 99-123), baseadas em sistemas autorreferencias no Estado regulador a nossa dissertação de doutoramento em Coimbra, 2008, *A hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais : da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes*, policop. e em CD.

parlamentares (arts. 156.º, *f*), 178.º, n.ºs 1, 4 e 5, e 180.º, n.º 2, *f*) CRP e art. 4.º, n.º 1, *f*) RAR e art. 1.º da Lei n.º 3/93, de 1 de março).

Mas também o Executivo deve exercer de facto e de direito o seu poder de superintendência, de tutela ministerial, *vg* orçamental, tal como o Poder Judicial deve controlar da legalidade e da discricionariedade de atos e omissões das AAI⁸⁶.

Ao atribuir a uma AAI a microgestão de uma área (porque o Legislativo e o Governo não sabem ou não o querem fazer) as formas de controlo devem ser acauteladas e fundamentadas numa relação de custo (*trade-off*) entre a estatuição de controlos *ex ante* e *ongoing*. Conferir uma maior latitude e discricionariedade de atuação (e *adaptabilidade*) corresponderá a uma maior limitação do poder de controlo *ex-post*. O contrário deverá suceder se não quiser deixar ao sabor de futuras mudanças políticas o exercício do controlo⁸⁷.

No nosso sistema o Parlamento não deveria ser periférico ao controlo destes *arms length* do Executivo, como sucede no diploma aprovado. O Parlamento deve estender a sua representatividade e controlo a toda a Administração, mesmo a de representatividade “difusa”, de tal forma que os titulares dos órgãos reguladores apenas se deveriam manter em funções enquanto conseguissem

86 Acerca da decisão entre modelos *Ex Ante Discretion* e *Ex Post Veto*, e de diversas outras influências (maior ou menor *expertise* do criador sobre a área a regular; confrontações políticas subliminares; confrontos políticos reais ou possíveis), McCubbins & Schwartz, 1984: 151; Epstein & O’Halloran, 1994: 697-772.

87 É paradigmático o ocorrido nos EUA no séc. XIX relativamente à necessidade de regulação do comércio entre os Estados federados norte-americanos (*interstate commerce*). Sucessivamente apresentada no Congresso, tiveram sempre oposição de uma das Câmaras até ao *Interstate Commerce Act*, que aprovaria em 1887 a primeira autoridade reguladora independente, a *Interstate Commerce Commission-ICC*. Na Presidência de Grover Cleveland, a House of Representatives era Democrata e o Senado Republicano, e o “desenho” da instituição é um compromisso real – e o mesmo sucederia com as 141 *agencies* federais criadas entre 1879 e 1988. “O Presidente nomeava o presidente da instituição e os comissários tinham de ser equitativamente distribuídos entre as duas forças; a instituição fazia parte do *executive branch* (*Interior Department*) podendo ser assim influenciado pela agenda presidencial, mas tinha escassos poderes discricionários, não tinha poderes de resolução de conflitos entre *shippers* e *carriers* (*adjudicatory powers*); a lei acabaria com algumas cláusulas abusivas, mas a comissão não tinha poderes de *rulemaking*, ou de *enforcement*, por exemplo para determinar preços considerados justos e equitativos – o que representou uma cedência à indústria que, restam poucas dúvidas, participou ativamente na regulação da concorrência interestadual e na criação da ICC. Neste sentido alguns Autores defendem mesmo que o Bill que regulou a concorrência traduz um compromisso entre os *short haul shippers* juntos com a indústria dos caminhos-de-ferro, e os *long haul shippers*. A verdadeira independência da ICC decorreria do *turnover* democrático ocorrido em 1889 que daria a vitória aos Republicanos (e ao Presidente Benjamim Harrison, claramente sintonizado com a indústria dos caminhos de ferro); o Presidente cessante e o Congresso aprovaram em 1899 uma alteração ao *Interstate Commerce Act* “compromissório”, retirando a ICC do Executivo, dando-lhe a independência de os seus comissários cooptarem internamente o presidente (deixou de ser nomeado e demitido pelo Presidente), o que por sua vez deu lugar a investigações claramente independentes do Executivo perante um *staff* que cresceu, o mesmo sucedendo ao prazo dos mandatos que passariam de seis para sete anos” – Catarino, 2009: 338.

demonstrar ter sobre os sectores regulados a *autorictas* e a *dignitas* a que é inerente o seu forte poder independente⁸⁸.

A par do controlo político inerente à constituição do regime jurídico dos reguladores (*statutory policy-making*), que deveria assentar no consenso parlamentar mais alargado possível, o controlo deveria ser exercido também na nomeação dos seus titulares. Temos para nós que o Parlamento não deve usurpar competências tipicamente Executivas como a nomeação dos titulares das autoridades administrativas. Ademais, tal ato autolimitaria o exercício do poder de sindicância sobre o Governo⁸⁹. Mas é essencial que, pelas características das AAI, e pelo “pecado original” de falta de democraticidade, o Parlamento contribua para a *social legitimation*. Como?

- Escrutinando o percurso profissional e a competência dos titulares nos sectores que irão “governar”. Eles devem ser politicamente descomprometidos e competentes (não se espera uma *tabula rasa* mas um superior conhecimento e ideias sobre a matéria), devendo ser aferidos os seus pré-juízos e pré-conceitos;
- Controlando a sua atividade por forma a prosseguir uma regulamentação eficiente e coordenada (*better regulation*) evitando conflitos de interesses ou a prossecução de interesses opacos (*vested interests*). Os titulares devem assumir a necessidade de coordenação administrativa⁹⁰;
- Investigando factos que possam levar à não nomeação dos titulares (relativas à idoneidade *pessoal*, vg condenações judiciais em crimes patrimoniais, ou *profissional*, vg por falta de habilitações ou casos de insolvência de empresas por si geridas), ou, num momento posterior, à sua exoneração (por violação de princípios fundamentais – iniciativa a ser colocada para decisão governamental mas preferencialmente ou sob controlo judicial).

Há muito que defendemos a existência destes controlos, similares aos efetuados por comités do Senado norte-americano⁹¹. Tipicamente, deve haver

88 Para uma síntese das difíceis questões que se colocam a nível da legitimação, Moreira & Maças, 2003: 250.

89 Neste sentido, Gonçalves (2006: 550) ao criticar a excessiva dependência da Entidade Reguladora da Comunicação perante a Assembleia da República.

90 Acerca das dificuldades inerentes a este poder de “comunhão” com um poder Executivo e Legislativo inerente aos Estados modernos, Caracciolo, 1997: 189.

91 Quanto aos defensores desta supervisão (*congressional oversight*) e de que tais entes são sobretudo um braço do Parlamento (*arm of Congress theory*), Molina, 1995: 190 ss.

também uma apresentação anual de atividades à Assembleia da República, a par da audição frequente nas comissões especializadas ou nas comissões de inquérito – arts. 17.º, 21.º, n.º 1, c), l), 49.º LQ).

Infelizmente tal apenas foi parcialmente conseguido – p.e. não existe poder de veto ou de iniciativa para destituição, arts. 17.º, n.ºs 3 e 4, 20.º, n.ºs 4 e 5 LQ. O Poder Legislativo esqueceu que o *custo da monitorização* da atividade dos reguladores é tanto maior quanto menor tiver sido o *grau de compromisso* e as cedências políticas que presidirem à criação de AAI e à nomeação dos seus membros. Esqueceu também que institucionalmente existe uma legitimidade democrática “de segundo grau”: deve caber ao Parlamento a primeira palavra sobre o edifício institucional, tal como lhe cabe a última palavra sobre alterações.

3. O controlo judicial. A Lei-Quadro não inova em matéria de competência ou processo jurisdicional no que respeita ao controlo dos atos da administração independente, enunciando a possibilidade de alguns Estatutos virem a adotar algum dos meios de heterotutela administrativa e de transação, muito em voga na atual corrente de desjudicialização e que integram a designada *reg neg* (*negotiated regulation*, arts. 40.º, n.º 2, a), 47.º LQ)⁹². Aparte uma referência também vaga e indeterminada a poderes sancionatórios a ser concretizada nas respetivas leis orgânicas (art. 43.º LQ), a lei enuncia de forma confusa meios jurisdicionais que as AAI não poderão exercer diretamente (arbitragem), e meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Nestes últimos meios de heterotutela administrativa salientamos os meios extrajudiciais de resolução de conflitos (*alternative means of dispute resolution* – ADR’s) onde se incluem a negociação, a mediação, a conciliação, o *mini trial*⁹³.

A possibilidade de prática de atos administrativos decidindo conflitos entre os cidadãos e os regulados, ou entre estes, mediante aplicação do direito do caso concreto, que pode redundar na condenação ao pagamento de uma indemnização patrimonial ou outro meio de “reparação justa” aos consumidores

92 Rossi, 2001: 1015-1058.

93 Tivemos ocasião de criticar a (des)ordem judiciária em que tais autoridades se movem, e distinguir entre os diversos meios alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, salientando as difíceis questões que convoca (Catarino, 2009: respetivamente pp. 818 ss. e 772 ss.). A nível nacional, a (des)ordem foi agravada pela criação de tribunais “ad-hoc” (para alguns dos reguladores e parte da sua atividade), como o tribunal da Concorrência e da Regulação e Supervisão em Santarém (Lei n.º 46/2011, de 24 de junho). Esta (des)ordem foi recentemente demonstrada pela alteração do tribunal de recurso de Santarém, que passou da Relação de Évora para a Relação de Lisboa no final de 2013.

(arts. 40.º, n.º 4 e 47.º, n.º 3, als. *d*) e *e*) LQ), é uma novidade que apenas tinha paralelo no anterior Estatuto da ERSE. Sendo controvertida a *natureza judicial desta função*, estaremos perante atos administrativos cuja apreciação judicial se encontra cometida aos Tribunais do Contencioso Administrativo (art. 50.º CPTA).

A Lei também nada acrescenta relativamente à atual (des)ordem normativa, criando uma norma de receção material de atos normativos e quase-normativos internacionais sobrepondo-os à ordem jurídica interna (art. 2.º e 40.º, n.º 1, *a*) LQ). Do mesmo modo a (des)ordem Judiciária atual também não foi aclarada, causando grave apreensão a inexistência de uma norma de conflitos relativa ao exercício de competências administrativas sobrepostas, algo essencial perante a “abordagem” material da Administração nacional por atos e instrumentos normativos transnacionais. Face à existência de competências administrativas sobrepostas entre autoridades nacionais e autoridades europeias (fenómeno da “agencificação” da EU), e entre aquelas e as congêneres de outros Estados-membros (no domínio financeiro a legislação comunitária de segundo grau permite-se mesmo uma “delegação de competências” entre administrações estaduais, dentro da União, e daquelas com a própria União), é grave a atual falta de proteção do cidadão perante a “constelação regulatória” (*networking regulation*). A jurisdição competente para um cidadão português demandar um regulador inglês ou irlandês por omissão de vigilância de atos de uma empresa do Reino Unido, com efeitos danosos em Portugal, praticados no âmbito de *passaporte comunitário*, são os tribunais do Reino Unido? E qual a legislação aplicável: a do Estado-membro de origem (eventualmente mais permissiva e menos favorável ao cidadão nacional), ou a legislação nacional?

Aparte estes graves problemas ainda não resolvidos, o controlo jurisdicional exercido pelos tribunais do contencioso administrativo “sofre” com as dificuldades inerentes a atos de entidades dotadas de saber técnico e científico muito especializado, meios e formas de atuação administrativa atípicas, que operam de forma informal e desprocedimentalizada, e no limite da legalidade⁹⁴. Saliêntamos já o problema da *deferência* e da “super-deferência” típicas da atuação judicial perante o paradigma da “cientificidade”, e acrescentamos que uma interpretação das AAI sedimentada pelo tempo e pela prática torna maior a

94 Maçãs, 2006: 21-49; Maçãs, Catarino & Cardoso da Costa, 2004: 420. Acerca da problemática da sindicância da atividade administrativa sancionatória, e da aplicação dos princípios fundamentais de um *substantive due process of law* o nosso trabalho 2009: 557 ss.

deferência pelos Tribunais que não querem correr o risco de proferir decisões inconsistentes, inaplicáveis ou com elevado custo⁹⁵.

A par do cumprimento do “processo devido em Direito” o controlo judicial não se pode alhear desta atividade pois contribui para a *accountability* democrática e proteção do cidadão. Neste processo os Tribunais também devem ter uma posição ativa, mediando o constrangimento político e os vastos e atípicos poderes detidos pela nova Administração, construindo regras que reforcem a sua legitimidade – *ativismo judiciário*.

4. O controlo pela responsabilidade civil. As Teorias Económicas do Direito. Uma derradeira forma de controlo radica na *responsabilidade civil e criminal* dos reguladores e dos seus titulares, funcionários ou agentes, tema que tivemos já ocasião de analisar perante jurisprudência estrangeira relativa a um dos reguladores financeiros⁹⁶. A *ratio essendi* dessas decisões, incidindo sobre a natureza e oportunidade de exercício dos poderes de supervisão, permite transpor para todas as Autoridades reguladoras independentes a generalidade das conclusões a que chegámos antes, e agora vertidas na lei. O regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Regime Geral ou RG) aplica-se à administração independente (arts. 5.º, n.º 3, alínea *b*), 24.º). Esta afirmação não é pacífica na Europa, onde alguns Estados e diferentes Autores pretendem a imunidade ou limitação deste tipo de controlo judicial para alguns atores.

Os principais argumentos da imunidade assentam na natureza e fins específicos da função de regulação – o destinatário é o sector e não as pessoas singulares -, ou na especial dificuldade e natureza da atividade – a elevada

95 Um problema concreto foi por nós levantado em anotação a um Acórdão do STJ no proc. 3422/01, a propósito de uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra os titulares do Conselho Diretivo da CMVM, com pedido de anulação de uma operação sobre valores mobiliários e reversão física e financeira determinada pelo Tribunal (Catarino, 2003: 3-28). Além da problemática da responsabilidade civil extracontratual e da *determinação da jurisdição competente*, em causa estava a eficácia de uma decisão judicial de anulação de um ato administrativo autorizativo de uma oferta pública e substituição de tal ato sobre uma operação registada e plenamente realizada alguns anos antes, perante valores (e empresas) que podem já não existir...

96 Não aprofundaremos aqui argumentos vulgarmente utilizados na discussão da responsabilidade destas autoridades reguladoras independentes, como a exigência de *faute lourde* em sinonímia com o regime dos juízes pela dificuldade e risco da decisão; a não cobertura do dano resultante do risco normal do funcionamento de um sector (risco permitido); a coresponsabilidade dos particulares em atividades negociais que demandam um elevado padrão de diligência e de autoinformação (*myth of the informed laymen*); a responsabilidade por culpa *in elegendo* ou *in vigilando* – Catarino, 2009: 283-6 e 349.

tecnicidade equipara-a à função judicial -, ou no risco de paralisia da supervisão perante esta “ameaça” pendente sobre os funcionários.

Uma outra questão, de possibilidade de insolvência do regulador decorrente de uma responsabilidade objetiva (pelo sistema público), deixou de constituir argumento dada a mutualização do pagamento dos danos decorrente da criação de múltiplos sistema de Garantia, e pela assunção pelo Estado da responsabilidade subsidiária, (no género de responsabilidade *in eligendo* ?) – art. 35.º, n.º 3 LQ.

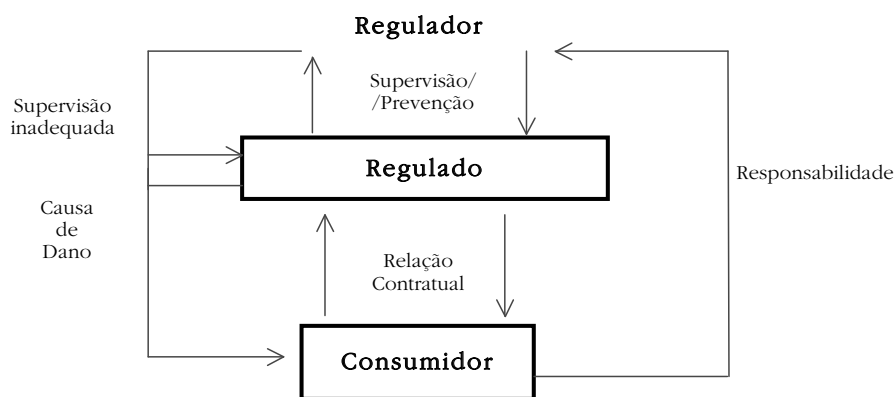
As autoridades reguladoras foram criadas tendo em vista vigiar e controlar sectores económicos essenciais, de risco ou de particular complexidade técnica, e atos ou atividades que possam interferir com direitos, liberdades e garantias individuais. Para tal foram dotadas de uma vasta e *forte* gama de competências administrativas a utilizar face a pedidos de atribuição de *licenças* ou de *autorizações*, seja *de funcionamento ou de de atividade*, e *aprovações* (*supra* n. 66). A possibilidade de imporem limitações à iniciativa privada, à propriedade de empresa, ao exercício de atividades profissionais e de trabalho, decorrem de um pré-juízo *antecipatório de perigos e de riscos* e dos seus efeitos em sectores regulados. Corresponde-lhe a assunção pelos particulares de “obrigações de entrada”, que se traduzem em relações jurídicas de proximidade com a Administração (que não são de sujeição especial), e que incluem sujeição a poderes de proibição, de restrição, de limitação e de ingerência na atividade e privacidade das pessoas singulares e coletivas. Num plano de minoração de riscos e danos, o controlo e supervisão devem obedecer ao princípio da *prevenção* e da *precaução*: no *trade off* regulatório os reguladores utilizam modelos de risco, *stress tests*, análise de impacto e de custo-benefício, e a cooperação e entreatajuda internacional. A intervenção dos reguladores e os fortes poderes que a lei lhes confere acarretam para o cidadão a confiança em que os riscos de uma falência de um banco, de uma intoxicação alimentar ou de um desastre ambiental se não concretizarão, ou serão mitigados – assumindo apenas o dano decorrente do risco “normal”⁹⁷.

Existem dois tipos de situações que são excluídos da responsabilidade dos reguladores. A primeira respeita aos danos causados aos consumidores por uma atividade que se deveria enquadrar nas atribuições de uma autoridade independente mas que o legislador não previu. Tomemos como exemplo uma atividade que revista materialmente natureza financeira, que implica com

97 Albuquerque & Pereira, 2004: 125.

a confiança do público em geral visando captar aforro do público, que seja amplamente divulgada e publicitada, perdurando no tempo. Como sucedeu no caso Afinsa ou Fórum Filatélico em Espanha, o Estado e os reguladores têm conhecimento da mesma, bem como dos respetivos riscos e omitem a sua regulação (quer a regulamentação, *vg* através de propostas do regulador sectorial, quer o seu efetivo controlo através de obtenção de informação e compreensão do negócio). A atividade de captação de aforro e de investimento dirigida ao público e francamente publicitadas, não enquadráveis nas normas jurídicas existentes, durou cerca de 25 anos. Estaremos eventualmente perante um caso de responsabilidade do Estado por omissão legislativa (e não do regulador), atentas as tarefas fundamentais que lhe estão cominadas no domínio da proteção dos consumidores, de práticas nos mercados lesivas do interesse geral, da proteção e segurança das poupanças (cfr. artigos 81.º, *f*) e *i*) e 101.º e 60.º da CRP). Esta falta da iniciativa e diligência necessária para tornar executáveis normas constitucionais dependerá, nos termos gerais, da prévia verificação e declaração pelo Tribunal Constitucional (art. 15.º, n.ºs 3-5 do Regime Geral).

A segunda respeito à responsabilidade dos reguladores por factos ilícitos, danosos, de outrem (agentes regulados), causados a terceiros (cidadãos ou usuários dos serviços regulados)⁹⁸. Esta “relação triangular” tem sido apresentada como uma nova forma de responsabilidade que afastaria a responsabilidade do regulador, mas não vemos necessidade de criatividade dogmática face aos quadros legais existentes. Vejamos:



98 A figura é construída com base numa imagem mais simplificada de Dijkstra, 2009: 269-84.

A realidade apresenta-se-nos como tendo dois agentes potencialmente criadores de danos: *i) primariamente* o supervisionado ou regulado, pela prática de atos ilícitos e danosos; *ii) secundariamente* o regulador por atos ou omissões que constituíram violação das suas atribuições ou o devido exercício das suas competências legais de supervisão sobre o responsável primário.

Também os *lesados* pelos atos ou omissões do regulador poderão ser os *iii) regulados, iv) terceiros*, como acionistas de sociedades abertas, clientes de bancos (figura *supra*).

É pacífica a aceitação da responsabilidade quando a lesão decorra de uma relação jurídica *direta* entre um regulador e um regulado, ou entre um regulador e um terceiro, nos termos gerais. Entendemos que não existe aqui nenhuma forma nova de responsabilidade. O que importa e é controvertido será a eventual responsabilidade pelos danos decorrentes de atos ou omissões ilícitos dos reguladores, que causaram (ação) ou permitiram (omitindo atos devidos), determinado comportamento ilícito do regulado e que, nos termos gerais da obrigação de indemnizar, teve efeitos danosos sobre terceiros⁹⁹. Ninguém pretenderá que a manipulação das taxas Libor ou Euribor por instituições de crédito responsabilize diretamente o regulador perante cada um dos cidadãos/clientes dos bancos, tal como o Estado não responde por atos ilícitos, vg criminosos, ou dos cidadãos, inexistindo relações especiais de poder ou de sujeição. Teoricamente a realidade poderá ser diversa se o Executivo e/ou o regulador forem informados previamente, p.e. por um diretor de uma empresa nuclear ou pelo *compliance* de uma empresa financeira ou outra, de factos ilícitos e danosos, ou da excessiva tomada de riscos, e nada fizerem durante anos: a verificar-se a causação de danos por tal omissão ilícita, a responsabilidade de um regulador também deve existir (em termos civis e políticos)¹⁰⁰.

99 Negando esta possibilidade no caso concreto de danos causados por atos de um regulador a empresas cotadas e aos seus acionistas, decorrentes da desvalorização das participações sociais, Albuquerque *et al.*, 2004, e Calvão da Silva, 2008: 170. Na realidade, o dano pode ser causado à empresa, aos seus corpos sociais (pensemos na difusão de atos sob investigação alegadamente criminosos) e aos investidores, acionistas ou obrigacionistas, pelo impacto negativo sobre o bom nome e a atividade da empresa. Verificados os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnização não existe qualquer dever de suportar o sacrifício patrimonial decorrente de atos ilícitos da Administração.

100 Relembramos o caso do HBOS cujo diretor de risco, Paul Moore, reportou repetidamente e a diversas entidades públicas, a alegada situação crítica decorrente da assunção de graves riscos pelo seu banco mantendo o regulador e o Executivo uma total passividade. Conforme relata BAKER, esta “ecologia profissional” levaria em 2003 ao despedimento do diretor por deslealdade, enquanto o CEO do HBOS exerceria funções no *board* da própria FSA durante o *boom* 2004-2006 (2010: 653).

Também pode suceder, nos termos gerais, um concurso entre atos ou omissões do regulador e os atos danosos praticados pelo regulado, sendo mister aferir se estamos então perante relações de causalidade adequada, de coresponsabilidade, de concausalidade, de concorrência de culpas, ou de responsabilidade exclusiva dos regulados. E a questão deve colocar-se onde exista uma Administração de Garantia: ela tem por função proteger interesses públicos, impedindo ou reduzindo comportamentos ilícitos para proteger os clientes/utentes dos serviços prestados, i.a. minorando danos decorrentes do mau funcionamento do sistema ou dos operadores¹⁰¹. Seja perante casos concretos danosos ocorridos no mercado da energia, das telecomunicações, no bancário e financeiro, seja em acidentes “de massa”, ou que ocorram com uma central nuclear ou numa escola (pelo mau funcionamento das instalações de gás), em piscinas públicas ou de diversão pública (obra confiada ou concessionada mas fiscalizada), convocam-se os mesmos problemas. E tais problemas são iguais seja legalmente “vigilante” de um interesse público (*gatekeeper*) uma entidade privada (auditores, sociedade de *rating*, advogados) ou pública (Municípios, institutos públicos, Tribunais)¹⁰².

Não pensamos que exista por este motivo entorse ao princípio fundamental da responsabilidade pública e ao direito fundamental ao ressarcimento através da tutela judicial efetiva, perante danos causados por factos ou atos, individuais ou normativos, e omissões imputáveis à Administração pela ilicitude do exercício das suas funções públicas – *cf.* artigos 6.º da CEDH, 13.º, 20.º, n.º 1, 22.º e 271.º da CRP e arts. 7.º e 8.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro.

a) Argumentos a favor e contra a responsabilidade dos reguladores. Os argumentos *contra* a responsabilização dos reguladores foram avançados sobretudo no domínio bancário, mas tendem a generalizar-se por uma pretensa similitude da função de regulação económica e social: (i) a complexidade e especial dificuldade desta função acarreta riscos decisórios e dificuldades especiais, que não devem ser agravados com o fator responsabilidade (particularmente

101 Assim, Cadilha, 2008: 119.

102 Estas sociedades instalaram filiais em Portugal tendo o Governo criado um diploma especial que regulasse e supervisionasse tal atividade de comercialização de contratos relativos ao investimento em bens corpóreos como selos, pedras preciosas, obras de arte – Decreto-Lei n.º 357-D/2007, de 31 de outubro. Segundo Carlos Reig, apesar de os contratos sobre bens tangíveis ou corpóreos configurarem materialmente contratos de investimento financeiro, como tal dentro da órbita dos reguladores financeiros, os Tribunais não aceitaram o princípio de que o *nomen juris* dos contratos não altera a sua verdadeira natureza subsumindo-os a contratos comerciais atípicos, inexistindo deveres de inspeção (2012: 133).

no caso de atividades com impacto geral ou sistémico¹⁰³); (ii) a real assimetria da informação entre o regulador e os regulados deve impedir que os reguladores “sejam tomados como garantes da gestão ordinária” dos regulados, logo corresponsabilizáveis pelos danos causados primariamente pelos regulados; (iii) a responsabilidade pode levar à paralisia ou propensão para a inibição na tomada de medidas mais gravosas pelo regulador (particularmente se as ações de responsabilidade forem objeto de uma “cultura de compensação” contra o regulador); (iv) a responsabilização leva à propensão para os regulados utilizarem as ações judiciais como arma de arremesso ou intimidação; (v) e leva igualmente a uma propensão dos regulados para diminuir a diligência e prevenção das suas atividades perigosas, por sentirem a existência de uma entidade responsabilizável com *deep pockets* – o Estado; (vi) ao mesmo tempo existirá a *moral hazard* decorrente de os operadores mas também de os reguladores contarem com a assunção dos prejuízos pelo Estado, por fundos ou sistemas de garantia, por redes difusas de reguladores; (vii) existe uma impossibilidade real de responder pela totalidade dos danos decorrentes de alguns factos, como nos casos de insolvência de bancos.

Existem argumentos a *favor* da responsabilidade: (i) os reguladores foram criados para controlar e vigiar atividades tecnicamente sofisticadas ou produtoras de graves externalidades negativas sobre os usuários, gerando nestes uma Confiança que não pode ser quebrada; (ii) os forte poderes funcionais (poderes-deveres) de intervenção nas áreas reguladas geram nos usuários uma expectativa juridicamente tutelada, de que serão atempada e efetivamente utilizados; (iii) a responsabilização obriga um regulador a intervir, assertivamente, não repousando no princípio da intervenção estadual última, *p.e.* nas instituições consideradas *too big to fail*; (iv) os fortes poderes públicos conferidos a alguns reguladores, vg nas áreas económicas, têm como fim suprir *market failures* e proteger o cidadão-consumidor de atos enganosos dos regulados, que tornam em sua vantagem o elevado custo da litigância e a imprevisibilidade judicial; (v) a ameaça da responsabilidade obriga os reguladores a uma melhor *performance* na vigilância sobre os regulados, o que tem como consequência obrigar

103 Uma súmula dos principais argumentos de limitação da responsabilidade, em particular para o Banco de Portugal, pode ser vista em Maças, 2011: 61-2. A maioria do Estados Reguladores, como Espanha, França, Holanda Dinamarca, Finlândia, Áustria, Itália, aceitam o princípio geral da responsabilidade, nalguns casos como na França, Bélgica ou Luxemburgo limitados a negligência grosseira, enquanto tradicionalmente na Alemanha, Irlanda e Reino Unido os reguladores são imunes exceto em casos de omissão ilícita dolosa (Sec. 25.^a, *Central Bank of Ireland Act* de 1997, e no Reino Unido o *Sched. 1, Sec. 19(1)* do *Financial Services and Markets Act* de 2000) – Dijkstra, 2009: 100. Também Tison, 2005: 647, e Giesen, 2006: 8-31.

estes últimos, que atuam na primeira linha da criação do dano, a terem um maior controlo das atividades perigosas; (vi) a imunidade administrativa, afastando a possibilidade de sofrer consequências negativas por violação dos seus deveres, leva a menor diligência, cuidado e intensidade na supervisão (*moral hazard*).

A aplicação do princípio fundamental da responsabilidade a toda a Administração Pública, incluindo a indireta, reguladora, independente, mesmo que excluída desta Lei-Quadro (caso do Banco de Portugal) não tem sido objeto de grande dissídio jurisprudencial¹⁰⁴, correspondendo o articulado a legal a uma afirmação política (arts. 24.º e 46.º LQ). O legislador considerou não existirem motivos ponderosos para isentar as AAI da responsabilidade verificados que sejam, quanto aos seus atos, os exigentes requisitos constitutivos da obrigação de indemnizar. Porquê?

- Porque a cultura de responsabilidade social e a forte intervenção fiscalizadora, sancionadora e interventora pública sobre as atividades privadas, prévia ou *a posteriori*, direta ou indireta, geram Confiança nos usuários indefesos perante atividades causadoras de externalidades negativas;
- Porque o acentuar do paradigma da liberdade de empresa e de estabelecimento tornou mais assertivo e intrusivo (logo, mais propenso a causar danos) o chamado “Estado Supervisor” (controlo *a posteriori*), em detrimento do “Estado Autorizador” (controlo prévio);
- Porque à atribuição de fortes poderes “governamentais” de vigilância e de investigação do “Estado Garantia” deve corresponder uma atividade de controlo efetiva, eficaz, diligente e célere, de proteção dos cidadãos, não a omissão ilícita.

b) Influência das Teorias Económicas do Direito na responsabilização.

Na maioria dos casos, dissemo-lo já, a responsabilidade dos reguladores será demandada pelos regulados, perante danos causados por atos regulatórios

104 O Banco de Portugal tem sido votado a um crescente e surpreendente fenómeno de “extraterritorialidade” pelas leis gerais da República. O artigo 12.º, n.º 3 do RGICSF pretendeu afastar a responsabilidade pessoal direta nesta entidade nacional com funções de representação do Estado português no SEBC, que teria lugar através do direito de regresso, mas dependente de prévia “justificação”. Os argumentos que pretendem defender esta nova forma de “garantia administrativa” são transplantáveis para qualquer outro regulador que desempenhe funções de controlo de atividades especialmente complexas e com forte impacto geral negativo, seja nos mercados financeiro, na área do Ambiente, do Urbanismo, da proteção de direitos fundamentais. Duvidamos da legitimidade constitucional desta isenção face ao princípio constitucional fundamental da responsabilidade – arts 6.º e 41.º CEDH, 13.º, 22.º e 271.º da CRP, 7.º e 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

excessivos que podem lesar direitos ou expectativas legalmente protegidas (*overreaction* lesiva de reputação de um regulado, p.e. violação do dever de reserva ou de sigilo dos reguladores nas investigações; limitação ilícita de atividades ou de profissões reguladas ou omissão reiterada de decisão; suspensão ou revogação de autorizações quando outros remédios “não mortais” poderiam ser utilizados).

As teorias Económicas do Direito afastam as pretensões da imunidade e demonstram como a existência da responsabilidade, só por si, não desequilibra as relações entre os reguladores e os regulados. A teoria económica do Direito demonstra o efeito preventivo da responsabilidade ao atuar sobre a conduta e os atos próprios *dos* reguladores e de terceiros¹⁰⁵. Teoricamente a responsabilidade tem o efeito de estimular o regulador a uma atuação mais diligente de supervisão sobre o seu sector (inexiste, como no sector privado, o incentivo de aumentar lucros minorando a possibilidade de indemnizações, embora exista o de manter o seu orçamento). Esta maior diligência do regulador tem o efeito indireto de estimular o regulado a um maior zelo no cumprimento dos seus deveres (com menos prejuízos-mais proveitos).

Mas poderão também os cidadãos pretender responsabilizar o regulador por atos ou omissões ilícitas ou de má-fé (ou intencionalmente fora dos seus poderes) que lhes causem diretamente danos concretos: ou porque as suas petições ao regulador se deparam com uma omissão ou atos lesivos; ou porque um regulado é o causador primário de danos aos cidadãos/usuários. O primeiro caso não oferece problemas dogmáticos, e daqui não decorre qualquer pressão ilegítima ou desproporcionada sobre os agentes, tanto mais que o Regime Geral já afasta a responsabilidade pessoal dos funcionários e agentes nos casos de culpa leve (art. 8.º, n.º 2).

No segundo caso, ninguém pretende que o regulador responda por actos privados danosos causados pelos regulados. Uma empresa que com a colaboração de instituições colocadoras, auditores, *advisers*, proceda a um aumento de capital junto do público em geral, disseminando num prospeto informação errónea e falsa, será primariamente responsável, verificados os exigentes requisitos de responsabilidade, pelos danos sofridos pelos subscritores. Esta responsabilidade deverá ser estendida aos colocadores, se agiram dolosamente ou sem *due diligence*, por forma a evitar o *promoter's problem* ou risco de proliferação de maus produtos financeiros. Mas perante casos como a má gestão de um banco, devido à autorização da aquisição de posições de controlo ou

105 Faure & Van den Bergh, 1987: 95-114.

de administração, por nacionais ou estrangeiros, sem experiência, que não deram garantias de gestão sã e prudente; a morosidade excessiva na tomada de medidas de supervisão preventivas ou repressivas face a factos conhecidos e alarme público; a passividade ante denúncias reiteradas – e até públicas – de atos ilícitos de agentes regulados: a solução não pode deixar de ser similar à adotada para qualquer entidade da Administração com deveres de vigilância.¹⁰⁶

A responsabilidade *direta* (solidária) do regulador é modulada quando são os regulados que causaram direta e primariamente os danos, e pode ser facilmente excluída se na alegação de omissão a autoridade demonstrar ter agido no seu papel de garante de forma atempada, diligente, cautelosa, e proporcionada a minorar o risco ou o dano (no caso *Kechichian*, o *Conseil d'État* reduziu a responsabilidade do regulador a 10% porque a gestão fraudulenta do banco tinha sido a principal causa dos danos).

A *responsabilidade aquiliana* tem a particular virtude de afastar os efeitos perversos da imunidade – a *moral hazard* – mas também da responsabilidade objetiva – a paralisia dos reguladores. A necessidade de demonstração e prova *pelo lesado* dos requisitos subjetivos da responsabilidade obsta a que, na eventualidade de o regulador ser mero *agente secundário* na causação de danos, ele se substitua ao lesante *primário*, mas obriga os seus funcionários a um zelo e diligência acrescidos se souberem que pode haver transferência de parte da responsabilização (fora da culpa leve).

É também óbvia a dificuldade, o risco e o custo na demonstração e prova *pelo lesado* dos requisitos constitutivos da obrigação de indemnizar. Ao alegar uma ação ou omissão ilícita e culposa e danosa, deve demonstrá-la e provar a negligência ou dolo do autor; deve provar que os seus atos diligentes se basearam naquela conduta ou informação e que os danos foram por ela causados (nexo de causalidade adequada). Deve também demonstrar quais os atos de supervisão legalmente devidos, *i.e.*, quais deveriam, em concreto, ter sido adotados porque adequados a evitar o ato lesivo. Tal como não existe uma garantia absoluta e objetiva de funcionamento de um sistema pelo facto de existir um regulador, também não basta como título de responsabilização alegar a existência de deveres de supervisão sem alegar quais as diligências que razoáveis e atempadamente deveriam ter sido exercidas¹⁰⁷.

106 Neste sentido também Cordeiro, 2005: 155.

107 Neste sentido o Ac. do STS de 27 de janeiro de 2009 que isentou a CNMV de toda a responsabilidade na omissão perante a GESCARTERA GESTIÓN, Sociedad Gestora de Instituciones de Inversiones Colectiva, <http://rdmf.files.wordpress.com/2009/02/sts-27-enero-2009-gescartera-responsabilidad-patrimonial-cnmv.pdf>.

Existe uma dificuldade real, que deverá ser ultrapassada pelos Tribunais (*ativismo judiciário*), determinando também o que deve ser considerado como um *padrão de diligência* razoavelmente exigível a um agente regulador zeloso, prudente e cumpridor. Ele depende da determinação de qual o correto, atempado e adequado exercício de competências regulatórias de garantia, atento o comportamento do regulado, o risco da sua atividade, o seu impacto sobre o sector, as *legis artis* e técnicas do momento. Há que fazer um balanço entre a necessidade de responsabilidade pelos atos públicos e a proibição de entorpecimento da atividade de supervisão por ações sem viabilidade. A responsabilidade do regulador depende das circunstâncias do caso concreto: perante as circunstâncias do caso e face às regras da experiência e ao conhecimento concreto que o regulador tinha ou deveria ter, quais os atos que deveriam ter sido praticados ou omitidos que previsivelmente teriam evitado a ocorrência de factos danosos para terceiros? A recusa, a obstrução, a deficiente, errada ou a falta de prestação de informação, ao regulador ou ao mercado, pelo regulado, podem gerar para este responsabilidade civil e administrativa sancionatória mas só por si não geram responsabilidade do regulador pelos danos que daí decorram para terceiros. Mas a solução será a mesma se o regulador não exercer *in casu* armas eficazes para exigir informação que não é prestada ou é recusada, ou não alertar o público, ou não utilizar prontamente medidas de polícia ou medidas transitórias contra o regulado?

Não é possível fixar orientações gerais *ex ante* para a responsabilidade do regulador que não (i) as resultantes da ponderação das suas atribuições: fora da habilitação administrativa conferida ao regulador para atuar, não há responsabilidade; e (ii) do âmbito das competências: para além das competências de que dispõe e do seu correto exercício, *vg* utilização de medidas cautelares ou coercivas, não há responsabilidade¹⁰⁸ (art. 10.º do Regime Geral). A partir daí a decisão é necessariamente judicial e depende da ponderação das circunstâncias do caso concreto.

Também como orientação geral, um outro nível ótimo de ponderação poderá ser aferido atendendo ao *critério da atividade mais perigosa do regulador*. Assim, no exercício de atividades sancionatórias ou punitivas, o grau de culpa exigido para a responsabilização pela causação de danos deve ser menor (e pode mesmo ser objetiva). Por três motivos:

108 Reig, 2012: 115.

1 – Porque a lesão decorrente de sancionar desproporcionada ou erradamente é maior do que a absolvição de um culpado (condenar um inocente tem também o custo de diminuir a diferença entre licitude e ilicitude e diminuir a função preventiva da figura do regulador¹⁰⁹);

2 – Porque a probabilidade de utilização excessiva ou abusiva do poder de *jus puniendi* é por natureza superior à probabilidade da sua utilização parcimoniosa, devendo o regulador ter um especial cuidado;

3 – Porque sendo as pessoas avessas ao risco (*risk adverse*), sofrerem um processo sancionatório ou punitivo com diminuição de garantias, ou uma condenação sendo inocentes ou uma sanção desproporcionada, causa-lhes um mal superior ao que decorreria da absolvição de um culpado¹¹⁰.

Ao contrário, nas atividades de supervisão “a priori”, como de autorização ou de aprovação, deve o padrão de culpa para a responsabilização ser mais exigente, porque *é aí mais tolerável uma intervenção de controlo público excessiva ou desproporcionada do que uma atuação insuficiente*.

Porquê a diferença? Atenta a atual passagem do “Estado autorizador” ao “Estado supervisor”¹¹¹, no caso de atividades de risco o efeito diferido no tempo dos atos regulatórios administrativos prévios, como as autorizações, visam prevenir e controlar atividades perigosas que podem gerar graves externalidades negativas para uma plêiade indeterminada de usuários. É por isso mais aceitável um erro, tanto mais que os regulados retiram deles vantagens sem quaisquer custos. Sobretudo porque tais atos, mesmo que fortemente limitadores, têm um impacto e um custo sobre um número reduzido de destinatários (o regulado), que têm maior poder económico e mais meios de defesa no contencioso administrativo de legalidade. E os atos de controlo público, por

109 Cfr. Decisão “V.E.V.” de 15 de janeiro de 1993, relativa à publicitação da abertura de um processo sancionatório contra uma empresa, a propósito de alegada falta de *qualidade* da informação prestada ao público sobre uma operação. O tribunal entendeu que deveria ter sido prestada mera informação objetiva sem referência a informação enganosa, violação dos direitos de defesa causadora de danos (Paoli-Gagin, 1998: 353).

110 No sentido de que a eficácia *preventiva* é erosionada no caso dos falsos positivos (condenação de inocentes), possibilitando o cometimento de atos ilícitos pelos regulados que sintam fracas possibilidades de descoberta e sanção – logo, “que os falsos positivos são piores para a sociedade que os falsos negativos” – Pascual, 2010, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración por el Ejercicio Ilegal de Potestades de Intervención en la Economía”, na comunicação ao *IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo* realizado em 26 e 27 de novembro em Córdoba e *em vias de publicação*. Também, Suay Rincón, 2013.

111 Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos “a posteriori” ou meras comunicações de início de atividade, e o deficit de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão) – Catarino, 2009: 287 e 383.

definição, trazem importantíssimas externalidades positivas para a generalidade do público usuário, que não tem de suportar qualquer custo.

c) A União financeira, os sistemas de garantia de depósitos, e o Acórdão Peter Paul e outros. A integração europeia acarretou a criação de um mercado único e as “autorizações de entrada” dependem do regulador do Estado da sede efetiva da instituição de crédito. Existe um “passaporte comunitário” pelo qual este regulador mantém a generalidade da supervisão prudencial e parte da comportamental perante o exercício de atividade da empresa em outros Estados-membros da União, seja através de sucursal ou diretamente (por exemplo pela internet)¹¹². O princípio do *home country control* leva atrás de si o princípio da responsabilidade. Mas leva também problemas complexos que se intensificarão com o atual quadro de integração regulatórias comunitárias e as fortes competências comunitárias sobre os Estados e seus reguladores¹¹³:

1 – A omissão de normas de conflito que resolvam os problemas inerentes à aplicação dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, nomeadamente as normas de competência pública, de responsabilidade e judiciais, aprofundarão a desordem normativa e judiciária;

2 – A divergência de poderes de supervisão nacional (parte já harmonizada) e a variação de intensidade dos poderes de investigação e sanção em cada Estado, acarretam um dever de diligência e uma capacidade lesiva diferentes (a poderes mais fortes pode corresponder maior dano, logo a exigência de maior diligência);

3 – A falta de coordenação na regulação determinará discriminação na União. Os clientes de uma sucursal podem ver os seus direitos de ressarcimento

112 Cfr. Primeira e Segunda Diretivas de Coordenação Bancária, n.ºs 77/780/CEE do Conselho, 12 de dezembro de 1977, n.º 89/646/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1989 (revogadas pela Diretiva n.º 2000/12/CE, de 26 de maio de 2000, e a Diretiva de Coordenação n.º 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício). Existem no Estado de acolhimento poderes de supervisão e consequente responsabilidade, p.e. perante a liquidez das sucursais (Considerando (22) e arts. 22.º, 27.º e 29.º da Diretiva de 2000, e arts. 53.º, 56.º-A, 122.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF)

113 A par da centralização da regulação das empresas de *rating* (Regulamento UE No 1060/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009), da autorização e funcionamento de contrapartes centrais e de sistemas de liquidação e de compensação, e regulação da transação de derivados OTC (Regulamento UE n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012 – EMIR), os recentes Regulamentos UE de 2009 criadores de autoridades com fortes poderes administrativos (*supra* n. 34) são uma reação à crise iniciada em 2008. A regulação comunitária sobre estas agências preveem inclusive a delegação de competências entre Estados membros e destes com tais agências sem que se tenha previsto normas de conflito entre ordenamentos nacionais, as administrações e a competência judiciária.

diminuídos pelo facto de o Estado membro de origem da empresa ter um regime de responsabilidade dos seus reguladores mais restritivo do que o do Estado onde residem – ou mesmo “imunizador” (caso da aplicação da lei dos países de tradição anglo-saxónica);

4 – Perante danos causados pelo regulado mas em que exista a concorrência da omissão ilícita de diligências ou tomada de medidas inadequadas por um regulador para os prevenir, os clientes terão de se socorrer das normas de Direito Internacional Privado para demandar a empresa regulada – e poderá haver dessintonia com o direito público aplicável;

5 – Numa área regulada como a da banca e dos serviços financeiros, as autorizações “de entrada” e de “funcionamento” e a constante monitorização e forte intervenção pública, geram expectativas de proteção nos clientes do sistema. A limitação ou imunidade de responsabilidade tem sido decretada pela lei (na Alemanha) ou pelos Tribunais (em França exige-se *faute lourde* e no Reino Unido *a misfeasance in public office – a bad faith* para o *Bank of England*, Secção 1(4) *Banking Act* de 1987), decorrentes de casos concretos (também no Luxemburgo após o caso BCCI¹¹⁴).

Do regime geral da responsabilidade devem separar-se as questões objetivas de insolvência ou de falta de liquidez das instituições de crédito, que contêm soluções particulares inerentes à prevenção de fenómenos de pânico desestabilizadores da economia e que resultam as mais das vezes da concretização do *risco* e não do *perigo*¹¹⁵. A pretensão de imunidade de responsabilidade dos reguladores tem o acento tónico no âmbito das falências de empresas *too big to fail*. Existem Estados que por lei expressa ou *case law* limitam a responsabilidade do seu regulador bancário perante o público em geral nos casos de falência ou insolvência, e a existência de sistemas de garantia de indemnização de cidadãos em sectores económicos específicos, como o financeiro, tem trazido

114 Tison (2005: 10) descreve-nos alguns sistemas de limitação de responsabilidade como uma curiosa relação de causa-efeito, ou com a ocorrência de falhas na supervisão ou afirmação da responsabilidade pelos Tribunais ou pelos académicos (Alemanha), a par de casos de efetiva responsabilização.

115 A indemnização em caso de insolvência não decorre da verificação de perigos, de algo que pode ser objeto de prevenção através de supervisão “a priori”, de controlo, ou de supervisão “on going”. Os danos decorrem da concretização do risco da atividade, de factos absolutamente incertos e que se não deixam subordinar a esquemas regulatórios sobretudo numa atividade transnacional e global. Mesmo a lei geral sobre responsabilidade parece influenciada pela diferença entre perigo e risco, pois afastou o ressarcimento pelo risco: aceita indemnizar por atividades “especialmente perigosas” e já não “excepcionalmente” perigosas (cfr. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, e art. 11.º do Regime Geral). Na noção de perigo e a essencialidade do risco na pós-modernidade, são essenciais as obras de Beck, 1992 ou Luhmann, 1997. Entre nós, Faria Costa, 1992 ou Loureiro, 2001: 797.

alguma confusão a esta particular questão da responsabilidade civil extracontratual do Estado¹¹⁶.

As teorias da imunidade teriam sido alegadamente defendidas pelo TJUE para os reguladores bancários, excetuando o princípio decorrente do Acórdão *Francovich*. Na realidade, da leitura do sempre citado Acórdão proferido pelo Tribunal no caso *Peter Paul e outros vs Alemanha*, não resulta qualquer regime-regra sobre responsabilidade pela supervisão. A decisão decorreu de um pedido prejudicial de um tribunal alemão, de interpretação de diretivas de coordenação bancária. Visava-se sobretudo a Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio (alterada pela Diretiva 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março), sobre os sistemas de garantia de depósitos. O regulador germânico solicitara a falência de um banco após inquéritos realizados em 1991, 1995 e 1997, e revogara a respetiva autorização de funcionamento. Na data inexistia o atual sistema de garantia de depósitos: a transposição para o direito alemão da Diretiva de 1994 não se efetuara até 1 de julho de 1995, conforme aí se estatua, mas apenas em julho de 1998. Devido ao incumprimento da Diretiva (*Ac. Francovich*) e aos danos que tiveram que assumir, os requerentes intentaram ação contra o Estado alemão solicitando os depósitos perdidos¹¹⁷.

A primeira instância concedeu uma compensação equivalente ao previsto na Diretiva não implementada mas, quanto ao remanescente, afastou o princípio geral da responsabilidade pelos danos decorrentes de alegada omissão ilícita (§839 BGB e art. 34.º GG). Da atividade de supervisão não resultam direitos para os particulares por ter como escopo meramente o interesse público, pois segundo a lei nacional –o §6.º, n.ºs 3 e 4 da *Gesetz über das Kreditwesen* –, o *Bundesaufsichtsamt* exerce as missões que lhe são confiadas pela lei “exclusivamente no interesse público”. Censurando os AA. por não indicarem com precisão as medidas de supervisão necessárias e omitidas, o tribunal alegara que o princípio da responsabilidade implica a existência de obrigações impostas

116 Salientando esta distinção, com decisões anglo saxónicas Proctor, 2004: 24-5, com fortes críticas ao caso BCCI e ao facto de o Bank of England ter repousado na supervisão luxemburguesa (a sua acitvidade principal era no Reino Unido), não ter revogado a autorização atempadamente (durante quase três anos houve alegações de gestão fraudulenta).

117 Na realidade, o banco em questão (*BVH Bank für Vermögensanlagen und Handel AG*) entre 1987 e 1992 tentara aderir ao sistema de garantia alemão existente, sem êxito devido ao não cumprimento de requisitos, Mas a autorização nunca fora revogada, mesmo após conhecimento pelo regulador de deficiências graves. Sobre este Acórdão, proferido no Proc. C-222/02, 12 de outubro de 2004, existem opiniões a favor e contra a responsabilização – *vd* Giesen, 2006: 105: 649; Maças, 2011: 72.

pelos cargos públicos *para com terceiros* pelo que a citada norma bancária isentava de tal princípio o regulador.

Numa clara relutância perante o impacto económico da responsabilidade nas finanças estaduais, corroborada pelo Advogado-Geral e pelos 6 Estados que juntaram observações no processo¹¹⁸, o TJUE afirmou que:

- “Não decorre necessariamente” das obrigações decorrentes das Diretivas de harmonização bancária e do sistema de garantia de depósitos “que estas diretivas visam criar direitos para os depositantes em caso de indisponibilidade dos seus depósitos causada por uma supervisão deficiente da parte das autoridades nacionais competentes” (ponto 40.);
- As diretivas de harmonização “não contêm nenhuma norma expressa que confira tais direitos aos depositantes”, não parecendo necessário ao seu objetivo coordenar as “normas nacionais relativas à responsabilidade das autoridades nacionais perante depositantes em caso de supervisão deficiente” (pontos 42 e 43.);
- “o legislador comunitário instituiu uma proteção mínima dos depositantes (...) que é igualmente assegurada nos casos em que a indisponibilidade dos seus depósitos possa ser causada por uma supervisão deficiente (...)” (ponto 45).

Ademais, inexistia nexo de causalidade entre a falta da transposição da Diretiva e os danos causados (*Ac. Francovich*), limitada que estava no seu escopo à garantia dos depósitos, referindo a proteção dos consumidores de forma genérica. O Acórdão não consagra nem proíbe qualquer princípio geral sobre responsabilidade por deficiente supervisão bancária (o que não era pedido), nem fixa *standards* ou *benchmarks* de conduta do regulador (o que também não consta das diretivas para futuros julgamentos), deixando a cada Estado nacional a opção pelo regime de responsabilidade. Não é possível retirar dele a afirmação ou opção pela imunidade do regulador bancário em matéria de supervisão; a matéria da responsabilidade do regulador por facto ilícito encontra fundamento nas leis nacionais, como no caso concreto alemão. Temos exemplos no sistema francês, onde a alegada *omissão de supervisão efetiva* suscitou um processo de indemnização decidido no *Conseil d'État* contra a Comissão

118 Para uma descrição crítica do Acórdão *supra* referenciado, mas com base na aplicação *in casu* da doutrina da responsabilidade pela violação do direito comunitário resultante do Acórdão *Francovich*, Tison, 2005: 22.

encarregue de supervisionar o sector bancário (*Kechichian vs Commission Bancaire*, de 30nov2001), mas limitada a 10% por a fraude do banco ter sido o principal causa dos danos. A propósito da falência de instituições de crédito (*United Banking Corporation* e *Saudi Lebanese Bank*), aquela fora acusada de omissão culposa de exercício dos seus poderes de supervisão prudencial. Segundo o *Conseil*, traduzindo o ordenamento sectorial a obrigatoriedade do uso de poderes por autoridades eleitas como guardiãs de um sector e das liberdades conexas, tal legitima a utilização de todos os seus poderes. Mas não afasta a responsabilidade, *vg.* se a estratégia foi mal escolhida ou morosa (no caso concreto verificaram-se conversações prolongadas com os visados na tentativa de reparação de danos e recomposição da instituição – *restorative justice*), ou se não acautelava suficientemente os direitos dos clientes (porque não implicava medidas que travavam imediatamente a insolvência ou o incumprimento)¹¹⁹.

O Acórdão do TJUE separa as questões da garantia legal de depósitos e da responsabilidade pela supervisão. Os sistemas de garantia de depósitos nunca se assumiram como sistemas alternativos ou sequer substitutos à responsabilidade aquiliana. O seu fundamento não decorre da falta ou deficiente supervisão dos reguladores. Os supervisores foram criados porque era ineficiente para os clientes tentarem ultrapassar as imperfeições de mercado (*i.a.* falta de informação) e as externalidades (*spill over*) de estratégias arriscadas – sobretudo quando existem riscos que os bancos não tomam em conta. Os sistemas de garantia dos contratos de depósito bancário são função da necessidade de proteção e confiança de todo o sistema ante os seus usuários/credores – porque confiaram as suas poupanças às únicas entidades privadas que as podem receber do público em geral, e foram criados para cobrir factos danosos “incompensáveis” pelo regulador – como as falências.

A uma atividade lucrativa com forte impacto e interesse público (além de financiadora dos Estados e da economia, a atividade financeira absorve a riqueza dos particulares pelo investimento ou entesouramento), corresponde um risco elevado, e à privatização dos lucros não poderia corresponder uma total socialização dos prejuízos. Ademais, as instituições de crédito não assumem na sua atividade corrente o risco de tais externalidades. Elas sabem que nenhum Governo permitiria que simplesmente falissem – a necessidade

119 Os pedidos contra a COB devem-se sobretudo à morosidade na obtenção de autorizações de entrada no mercado – *cfr.* a propósito da CNIL, *arrêt do Conseil d'État 12Mar82* – GGT, no *Recueil des arrêts du CE*, p. 107. Também Garin, 2004: 126 ss.

de nacionalização do Northern Rock em 2007 ou do Fortis em 2008, ou das *loan mortgages* Fannie Mae e Freddie Mac demonstram-no¹²⁰. Daí ter-se procedido à internalização (parcial) das perdas através da obrigação, que impende sobre todos os operadores financeiros, de contribuir financeiramente para um sistema/fundo de garantia de depósitos.

Esta mutualização tem uma finalidade diversa, pois o *spill over* de uma falência é insuportável para os clientes/consumidores e daí para todo o sistema (*risco sistémico*). Pretende prevenir o colapso do sistema bancário privado decorrente do “animal instinct”, que arrastaria com ele os atuais pilares públicos da sociedade. A volatilidade dos mercados às notícias, mesmo que falsas (denominada na década de 70 de *manias, panics and crashes* por Kindleberger, 1978), é idêntica à volatilidade dos usuários do sistema: a garantia de que, pelo menos até 100.000 Euros o contrato de depósito bancário será cumprido evitará o efeito pânico¹²¹. Aliás, perante a Grande Crise de 2008 houve Estados que declararam publicamente que garantiam ilimitadamente os depósitos de particulares (Alemanha) ou de todos os depósitos (Irlanda), e decerto que a indemnização pela perda de depósitos é tão astronómica que não deve ser deixada a cargo de reguladores que dependem de taxas (*fees*) dos seus regulados.

Este sistema veio, aliás, criar dois dilemas regulatórios: (i) quanto maior for a quantia ressarcitória garantida por fundos especiais, pelo Estado ou por contratos de seguro, menores serão os níveis adequados de supervisão; (ii) tal quantia deve manter-se limitada pois é importante manter a responsabilidade do potencial causador de prejuízos para que previna os riscos adotando uma conduta diligente, pois sabe que vai ter de os internalizar.

O Estado assumiu criar uma garantia de cobertura nos contratos de depósito bancário, objetiva, e por isso o Fundo de Garantia de Depósitos instituiu um procedimento que se encontra de acordo com os Princípios do Comité de

120 Acerca das reformas necessárias, mas cético quanto à sua rápida adoção diferenciando a sociedade mundial atual da de 1944, Helleiner, 2010: 619-636.

121 Inicialmente a quantia era de 20.000 euros, segundo a Diretiva 94/19/CE, alterada pela Diretiva 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março, que seguiu os acontecimentos iniciados em 2007 e que ainda vivemos atualmente. No plano interno o Fundo de Garantia de Depósito, vertido nos artigos 154.º ss do RGICSF, e no Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro. O Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de junho, transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Março, criando o Sistema de Indemnização aos Investidores com meios de ressarcimento de direitos dos investidores que não possam ser satisfeitos devido à situação financeira da entidade prestadora dos serviços de investimento (embora o sistema de crédito sobre os participantes existente se tenha revelado pouco amigável dos investidores...).

Basileia de 2006¹²². Mas esta garantia dos credores é diversa da responsabilidade aquiliana por danos causados diretamente a regulados, ou a cidadãos individualizados – tanto assim que o seu *Core Principle 1* salienta a necessidade de *legal protection for supervisors*. Se o legislador não cria uma norma estatutária de limitação de responsabilidade ou de afetação de coimas de um regulado ao pagamento dos danos que causou, embora estas recomendações não tenham força imperativa existe um interesse próprio de proteção dos supervisores que as implementam¹²³.

CONCLUSÃO: A ETERNA LUTA CONTRA AS IMUNIDADES DO PODER

É usual falar do famoso Quarto Poder quando se refere a estas autoridades. A própria expressão *Fourth Branch* nasceu com um sentido pejorativo no *Brownlow Committee* instituído pelo Presidente Roosevelt, em 1936, para caracterizar «governos miniatura» desenhados para sectores económicos específicos. De facto, a transformação do Estado administrativo Autorizador num Estado administrativo Supervisor implicou a subtração de competências ao Governo, ao Legislativo e à Magistratura, o que tem importantes implicações na Administração Independente, seja de Garantia, de Controlo ou Técnica. Tal movimento de administrativização e a necessidade de uma imparcialidade e assepsidade que se compagina mal com a necessária prossecução de interesses públicos impõem um movimento paralelo de autocontrolo. Como? Fazendo as AAI atuar de forma *apolítica*; adotar princípios do processo *equitativo* e de *igual distância entre as partes* (estas devem poder ser ouvidas, e tentar influenciar as decisões finais); não se pronunciar no *momento contencioso* (sobre matéria de facto ou pessoas em investigação).

Num momento em que se aceita a responsabilidade por facto judicial e por facto legislativo, assumindo o carácter unitário do Estado e a cidadania europeia, os argumentos de isenção significariam um retrocesso dogmático. O entusiasmo pela iniciativa privada e pela liberdade de iniciativa postularam o fim do licenciamento e das autorizações públicas, mas o capitalismo sempre assentou na correspondente responsabilidade. Também do lado da Administração “privatizadora” o predomínio da intervenção “a posteriori”, através de

122 Cfr, os *Core Principles for Effective Banking Supervisions*, BIS, 2006, in <http://www.bis.org/publ/bcbs123.pdf>.

123 O memorando sobre este princípio especifica mesmo que os supervisores bancários devem ter *protection from personal and institutional liability for supervisory actions taken in good faith in the course of performing supervisory duties*.

reguladores dotados de independência e de fortes poderes-deveres, não pode equivaler ao ressuscitar de formas de garantia administrativa ou de imunidades de poder que tanto tempo levou a afastar (García de Enterría,1983). As novas tendências do Direito Administrativo, de privatização e pulverização, desregulação e informalidade, globalização e europeização, eficiência e economicidade, eficácia e desprocedimentalização, postulam o seu heterocontrolo.

Numa esfera de atuação pública cada vez mais livre, o controlo, a fiscalização, a vigilância, a sanção, são verdadeiros deveres jurídicos e não prerrogativas da Administração. Essa é a contrapartida do atual Estado de Garantia que se afastou da responsabilidade de operar diretamente serviços e prestações públicas. Garantindo a sua execução pelos atores privados que fiscaliza e controla, ela assume a responsabilidade pela prossecução dos interesses públicos e exonera-se facilmente quando demonstre a sua atuação e diligência. Enquanto prestador de último recurso esta garantia dada aos cidadãos/clientes não pode ficar ao sabor dos poderes sociais ou da intemperança do poder público, ou de argumentos de isenção por *too big to pay*.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro & PEREIRA, Maria

2004 “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, *O Direito*, Ano 126.º, Tomo I, Coimbra, Almedina, p. 125.

ALEXANDER, Kern, FERRAN, Eilis, JACKSON, Howell & MOLONEY, Niahm

2007 “A Report on the Transatlantic Financial Services Regulatory Dialogue, in *European Business Organization Law Review*, 7, pp. 647 – (também disponível in *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 576*, de 2006, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963381 (consultado em 12.03. 2014).

ARANSON, Peter, GELLHORN, Ernest & ROBINSON, Glen

1982 *A Theory of Legislative Delegation*, Emory University, Law and Economics Center.

AVINI, Avisheh

1996 “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tulane Law Review*, vol. 70, p. 1139.

BAKER, Andrew

2010 “Restraining Regulatory Capture? Anglo-America, crisis politics and trajectories of change in global financial governance”, *International Affairs*, n.º 86, vol. 3, pp. 647-663.

BARKOW, Rachel

2010 “Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design”, *Texas Law Review*, Vol. 15, n.º. 89, *Research Paper*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1717037 (consultado em 02.09. 2013).

BECK, Ulrich

1992 *Risk Society: Towards a New Modernity*, Londres: Sage Pub.

BICKEL, Alexandre

1986 *The Least Dangerous Branch* (2.ª ed.), Yale: Yale University Press-

BORSELINO, Domenico

2007 *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Milão: Cedam.

BOVENS, Mark

2006 “Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual framework”, *European Governance Papers* n.º C-06-01, www.connex-nnetwork.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf (consultado em 12.09.2013)

- 2008 “Two Concepts of Accountability”, *Working paper* da Utrecht School of Governance, <http://www2.ku.edu/~kupa/kettering/pdfs/Bovens.pdf> (consultado em 12.03.2013).
- BRESSMAN, Lisa Schultz
 2007 “Procedures as Politics in Administrative Law”, *Columbia Law Review*, vol. 107, e Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-12 in <http://ssrn.com/abstract=997045> (consultado em 12 .06.2013).
 2003 “Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State”, *N.Y. Univ. School of Law Review*, 78, n.º 2, pp. 461-556.
- BROWN, Rebecca
 1998 “Accountability, Liberty and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 98, n.º 3, pp. 531-550.
- CADILHA, Carlos
 2008 *Regime da Responsabilidade Civil Extrcontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CALVÃO DA SILVA, João
 2008 *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.
- CANALS Y AMETLLER, Dolors
 1999 “La jurisprudência ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 56, pp. 459-482.
- CARACCILO, Luciano Barra
 1997 *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell’ordinamento USA*, Torino: Giapicheli Ed.
- CATARINO, Luís Guilherme
 2003 “Contencioso da responsabilidade regulatória – uma Hidra de Lerna?” – Anotação ao Acórdão STJ de 28.02.2002, P. 3422/01, in *Caderno de Justiça Administrativa*, n.º 41, pp. 3-28.
 2009 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina.
 2010 “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in AAVV, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, Coimbra: Almedina.
 2011 “A Regulação Financeira da UE: refração da disputa entre o Estado de Direito e o Direito Administrativo Global?”, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XII, disponível em http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862121a_reforma_da_regulacao_financeira_lc_formatado.pdf.

- 2012 “A ‘agencificação’ administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9, jan/mar, pp. 147-203.
- 2012a “O Direito Administrativo Global na Regulação Financeira Europeia: Alguns Problemas”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 131, jul/set., 2012, pp. 95-155.
- CORDEIRO, Menezes
- 2005 “Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: a responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuação de inspecção”, in ALBUQUERQUE, Ruy & CORDEIRO, Menezes, (coord.) *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- CORWIN, Edward
- 1927 “Tenure of Office and the Removal Power under the Constitution”, *Columbia Law Review*, n.º 27, n.º 4, pp. 353-399.
- COSTA, José Faria
- 1992 *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- COTARELO, Ramón
- 2013 *Ciberpolítica- las nuevas formas de acción y comunicación políticas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CRIDDLE, Evan J.
- 2006 “Fiduciary Foundations of Administrative Law”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 117, pp. 118-136, disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1535> (consultado em 24 de junho de 2013).
- CUÉLLAR, Mariano-Florentino,
- 2005 “Rethinking Regulatory Democracy”, *Administrative Law Review*, vol. 57, pp. 414-5.
- DE BRUIN, J.
- 2000 *Prestatiemeting in die publieke sector*, Utrecht : Lemma.
- DELLIS, Georges
- 1997 *Droit Pénal et Droit Administratif – L’Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, Paris : LGDJ.
- DIJKSTRA, Robert
- 2009 “Liability of financial regulators: Defensive conduct or careful supervision?”, *Journal of Banking Regulation*, Vol. 10, n.º4, pp. 269-84.

DORN, Nicholas

2011 “Policy Stances in Financial Market Regulation: Market Rapture, Club Rules or Democracy?”, in ALEXANDER, Kern & MOLONEY, Niamh (ed.), *Law Reform and Financial Markets* Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Pub., pp. 36-70.

EPSTEIN, David & O’HALLORAN, Sharyn

1994 “Administrative Procedures, Information and Agency Discretion”, in *American Journal of Political Science*, n.º3, pp. 697-772.

FAURE, Michael & Van den BERGH, Roger

1987 “Negligence, Strict Liability and Regulation of Safety under Belgian Law: An Introductory Analysis”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 12, n.º 43, pp. 95-114.

FELLMERTH, Robert

1970 *The Interstate Commerce Omission: The Public Interest and the ICC: The Ralph Nader study group report on the Interstate Commerce Commission and transportation*, new York: Grossman Publishers.

FERRER, Juan

2002 *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid: IEE.

FREEMAN, Jody & VERMEULE, Adrian

2007 *Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise*, Working Paper 23Agoste, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008906 (consultado em 12 .07.2013).

FREEMAN, Jody & ROSSI, Jim

2012 “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, *Harvard Law Review*, vol. 125, n.º 5, pp. 1134-1209.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1983 *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas.

GARÍN, Beatriz

2004 *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid: Civitas.

GIESEN, Ivo

2006 “Regulating regulators through liability. The case for applying normal tort rules to supervisors”, *Utrecht Law Review*, vol. 2, n.º 1, pp. 8-31.

GONÇALVES, Pedro

2006 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Lisboa: FDUL, pp. 535-73.

2013 *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Almedina.

HELLEINER, Eric & PAGLIARI, Stefano

2011 “The End of an Era in International Financial Regulation? A Post-Crisis Research Agenda”, *International Organization*, 65, pp. 169-200.

HELLEINER, Eric

2009 *Crisis and Response, The Story So Far: Five Regulatory Agendas in Search of an Outcome*, WP, The Centre for International Governance Innovation, disponível in <http://www.cigionline.org/sites/default/files/CIGI-Final-Helleiner.pdf> (consultado em 12.09.2013).

2010 “A Bretton Woods Moment? The 2007-8 Crisis and the Future of Global Finance”, *International Affairs*, Vol. 86, n.º 3, pp. 619-636.

HIRSCHMAN, Linda

1988 “Postmodern Jurisprudence and the Problem of Administrative Discretion”, *NY University Law Review*, n.º 82, pp. 646-656.

HOPT, Klaus

2013 “Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crisis”, *Journal of Corporate Law Studies*, n.º 13, pp. 219-53.

JIMÉNEZ, Palma Peña (*et al.*)

2012 *Comunicación institucional y política*, Madrid: Fragua Ed.

JOHNSON, Simon

2009 “The Quiet Coup”, in *The Atlantic*, disponível em <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/> (consultado em 02.07.2013).

KATYAL, Neal

2006 “Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 2314-2349.

KINDLEBERGER, Charles

1978 *Manias, Panics and Crashes*, Nova Iorque: Basic Books.

KIRCHNER, Christian

2006 “The Proper Role of Bureaucracy in a Modern Market Economy”, in HOPT, Klaus, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, Oxford: Oxford University Press, p. 341.

LASTRA, Rosa & SCHAMS

2001 “Public Accountability in the Financial Sector, in FERRAN, Eilis e GOODHART, Charles, (edit.), *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford: Hart Publishing, pp. 165-189.

LINDSETH, Peter

1999 “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community”, *Columbia Law Review* Vol. 99, No. 3 (Abr), pp. 628-738.

LLOVET, García

1993 “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, n.º 131, p. 61-118.

LODGE, Martin

2004 “Accountability and transparency in regulation”, in JORDANA, Jacint & LEVI-FAUR, David (ed.), *The Politics of Regulation*, Edward Elgar Publishing, p. 129.

LOUREIRO, João

2001 “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-891.

LOWI, Theodore

2006 *The End of the Republican Era*, New York: University of Oklahoma Press.

LUHMANN, Niklas

1997 *Observaciones de la Modernidad*, Barcelona: Paidós.

MAÇÃS, Maria Fernanda

2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, jul/ago, pp. 21-49.

2011 “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, jul/ago.

MAÇÃS, Maria Fernanda, CATARINO, Luís Guilherme & CARDOSO DA COSTA, Joaquim Pedro

2004 “O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico Financeiro (Projecto de Estudo)”, *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora.

MACEY, Jonathan

1992 “Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies”, *Journal of Law, Economics, and Organization* vol. 8, n.º 1, pp. 93-110.

MARCHÁN, Angel

1983 “La administración asediada” *RAP* 100-112, jan/dez, pp. 805-46.

MARKELL, David e MEAZELL, Emily

2013 “Administrative Proxies for Judicial Review: Building Legitimacy form the Inside-Out”, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 37, e *FSU College*

- of Law, Public Law Research Paper No. 603*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127838 (consultado em 20.05.2013).
- MAS, Joaquín Tornos & GALÁN, Alfredo Galán (coord.)
2000 *Comunicación Pública – La información administrativa al ciudadano*, Madrid: Marcial Pons.
- McCUBBINS, Mathew & SCHWARTZ, Thomas
1984 “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols *versus* Fire Alarms”, *American Journal of Political Science*, vol. 28, n.º 1, pp. 165-79, disponível em http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/PLSC541_Fall08/mcubbins_schwartz_1984.pdf (consultado em 16.03.2013).
- McCUBBINS, Mathew, NOLL, Roger & WEINGAST, Barry
1987 “Administrative Procedures as Instrument of Political Control”, *Journal of Law, Economics and Organization*, III, 2, pp. 243-77.
- MEAZELL, Emily
2012 “Super Deference, The Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science”, *Michigan Law Review*, vol. 109, n.º 5, pp. 733-784.
- MERLONI, Francesco
1997 “Amministrazione «neutrale» e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra ‘politica e amministrazione’)”, *Diritto pubblico*, 2, pp. 321-367
- MOLINA, Ángel
1995 *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norte America*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Maria Fernanda
2003 “Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro”, *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Coimbra Editora.
- MOREIRA, Vital & MARQUES, Maria Manuel
2008 *A mão visível – Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina.
- NISKANEN, William
1971 (reed. de 2007), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: A. Atherton.
- NOLL, Roger
2002 *Economic Perspectives on the Politics of Regulation*, in Anthony OGUS, (ed.), *Regulation, Economics, and the law*, Northampton: Elgar Reference Collection.
- NOTES
2011 “Deweyan Democracy and the Administrative State”, *Harvard Law Review* vol. 125, n.º 2, pp. 580-601, também disponível em http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125_deweyan_democracy.pdf.

OTERO, Paulo

2003 *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina.

PAGE, Alan

2001 “Regulating the Regulator – A Lawyer’s Perspective on Accountability and Control”, in FERRAN, Eilis e GOODHART, Charles (ed.) *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Hart Publishing: Oxford, pp. 127-151.

PAGLIARI, Stefano

2011 *Pushed to the Sidelines? IOSCO and the Changing Role of International Regulatory Institutions after the Crisis*, “Working Paper” de Maio, Temple University, disponível in www.stefanopagliari.net/SP/Publications.html (consultado em 05.04.2013)

PAOLI-GAGIN, Vanina

1998 *Les Commissions des valeurs mobilières aux Etats-Unis et en Europe*, Bruylant: Bruxelas.

PIES, Ingo

1993 *Normative Institutionenökonomik, zur Rationalisierung des politischen Liberalismus*, Tübingen: J.C.B.Mohr.

PORTER, Tony

2005 *Globalization and Finance*, Cambridge: Massachusetts.

PROCTOR, Charles

2004 “The liability of financial regulators for bank failures”, *Amicus Curiae*, n.º 52, mar/abr, pp.23-8

REED, Michael

1993 “Organizations and Modernity: continuity and discontinuity in organization theory”, in HASSARD, John, & PARKER, Martin (ed.), *Postmodernism and Organizations*, Londres: Sage, pp. 163-183.

REIG, Carlos

2013 “La relevância de la culpa in vigilando en la regulación y supervisión financiera y bancaria”, *RDBB*, n.º 128 out/dez, pp. 115-157.

ROSSI, Jimi

2001 “Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: The Public Interest in Rulemaking Settlement”, *Duke Law Journal*, Vol. 51, pp. 1015-1058.

ROUND, Jr Charles & ROUND III, Charles

2012 *Loring and Rounds: A Trustee’s Handbook*, Wolters Kluwer, pp. 1179-1186.

SABORIN, Paul

1988 *Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat*, em COLLIARD & TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris: PUF.

SALOMON, Lester

2000 "The New Governance and the Tools of Public Action; an Introduction", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 28, n.º 5, pp. 1611-1674.

SAURER, Johannes

2010 "Supranational governance and networked accountability structures: Member State oversight", in ROSE-ACKERMAN, Susan, & LINDSETH, Peter L., (coord.) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Pub., pp. 618-632.

SANDULLI

1996 *Manuale di Diritto amministrativo*, Nápoles: Jovene

SCHOENBROD, David

1993 *Power without responsibility, How Congress Abuses the People through Delegation*, Yale: Yale University Press

SCHWEITZER & KUMPAN

2005 "Changes of Governance in Europe, Japan and the US: Discussion Report", in HOPT, Klaus, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, Oxford: Oxford University Press, pp. 687-729.

SEABROOKE, Leonard & TSINGOU, Eleni

2009 "Revolving doors and linked ecologies in the world economy: policy locations and the practice of international finance reform", *Centre for the Study of Globalization and Regionalisation*, WP 260/09, disponível http://wrap.warwick.ac.uk/1849/1/WRAP_Seabrooke_26009.pdf (consultado em 02.03.2013).

SEIDENFELD, Mark

1992 "A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State", *Harvard Law Review*, n.º 105, pp. 1511-71.

SHAPIRO, Martin

1983 "Administrative Discretion: Next Stage", *Yale Law Journal*, n.º 92, p. 1487.

1986 "APA: Past, Present and Future", *Virginia Law Review*, vol. 72, pp. 447-92, também disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1448>.

SHEPSLE, Kenneth A.

1992 "Bureaucratic Drift, Coalitional Drift, and Time Consistency: A Comment on Macey", *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 8, n. 1, pp. 111-118.

SIMON, Herbert

1994 “Administrative Behavior: How organizations can be understood in terms of decision processes”, disponível em <http://jespersimonsen.dk/Downloads/Simon-introduction.pdf> (consultado em 12.4.2013).

SINGER, David

2007 *Regulating Capital: Setting Standards for the International Financial Systems*, Nova Iorque: Cornell University Press.

STASZEWSKI, Glen

2011 “The Challenges of Fiduciary Administration”, *Texas Law Review*, vol. 88, pp. 156-62.

STEWART, Richard

1975 *The Reformation of American Administrative Law*, Harvard: Harvard L.R. Association.

STEWART, Richard

2003 “Administrative Law in the Twenty-first Century”, *Harvard Law Review*, Vol. 78, n.º 2, pp. 437-60.

SUAY RINCÓN, José

2013 “Cap. XVI. Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico”, in LÓPEZ, Tomás Q. & MARCOS, Anabélen, *La Reponsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Valência: Tirant lo Blanch.

SUNSTEIN, Cass

2006 “Beyond Marbury: The Executive’s Power To Say What the Law Is”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 2580-2610.

TAVARES DA SILVA, Suzana

2010 *Um Novo Direito Administrativo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

TEUBNER, Gunther

1989 *O direito como sistema autopoietico*, trad. e prefácio de José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

1997 “*Alteras pars audiatur*: Le droit dans la collision des discours”, *Droit et Société*, 35, pp. 99-123.

THIKELL-WHITE, Ben

2009 “Dealing with the banks: populism and the public interest in the regulatory financial crisis”, *International Affairs*, 85, vol.4, p. 690-711, disponível em http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/International%20Affairs/2009/85_4thirkell-white.pdf (consultado em: 21.5.2013).

TISON, Michel

2005 “Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after Peter e Paul”, *Common Market Law Review*, vol. 42, n.º 3, p. 639-75, 647.

TSINGOU, Eleni

2008 “Transnational Private Governance and the Basel Process: Banking Regulation and Supervision, Private Interests and Basel II”, in GRAZ, Jean-Christophe & NÖLKE, Andreas (ed.), *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres: Routledge.

2012 *Club Model Politics and Global Financial Governance. The Case of the Group of Thirty*, Copenhaga, disponível em <http://dare.uva.nl/document/364210> (consultado em: 22.8.2013).

VERMEULE, Adrian

2007 *Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise*, Working Paper 23 agosto, disponível in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008906 (consultado em: 3.8.2013).

VOIGT, Stefan

2002 *Institutionenökonomik*, Munique: Wilhelm Fink Verlag.

YACKEE, Jason W. & YACKEE, Susan W.

2006 “A Bias Towards Business? Assessing Interest Group Influence on the U.S. Burocracy”, *Journal of Politics*, vol. 68, n. .º 1, pp. 128-139.



ENTIDADES REGULADORAS: UM ANO DE LEI-QUADRO

Tânia Cardoso Simões¹

“Institutions are not necessarily or even usually created to be socially efficient; rather they, or at least the formal rules, are created to serve the interests of those with the bargaining power to create new rules.”

DOUGLASS NORTH

ABSTRACT: Law n. 67/2014, of August 28, approved the Regulatory Authorities' Framework Law, pursuing the harmonization of the legal framework applicable to these Authorities. A year past from its entry into force this paper analyses if this harmonization was achieved. The principles and objectives underlying the Law are explained with a reference to the creation and evolution of the regulatory agency movement in Portugal since the 80s, emphasising the instruments implemented to ensure independency, accountability and efficiency. The framework implementation was more complex than expected, as only a part of the bylaws was revised until the present moment. Nonetheless, at this point, it is possible to conclude that, on a first phase, concerning the transposition of the legal framework to the bylaws, harmonization is being achieved. However, the fact that the rigidity of some of the norms is also being transposed to the bylaws, with little or no adaptation, raises the question of whether the harmonization achieved will not suffer an erosion in the future. As for efficiency concerns, this paper concludes that no more than a very shy step was taken in the Law, and that the lack of a general provision concerning ex ante e ex post impact analysis is an important gap in the pursuance of that objective.

SUMÁRIO: Introdução. I. Da génese das entidades reguladoras à lei-quadro. II. Âmbito da lei-quadro. III. Regime da lei-quadro e transposição estatutária. Conclusão.

¹ O presente artigo expressa exclusivamente a posição da autora e foi escrito tendo em conta as alterações legislativas publicadas até 31 de dezembro de 2014.

INTRODUÇÃO

No passado dia 2 de setembro de 2014 completou-se um ano da entrada em vigor da lei-quadro das entidades reguladoras com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, aprovada pela Lei n.º 67/2014, de 28 de agosto (que também se refere simplesmente como “lei-quadro”)².

A lei-quadro resultou de um processo legislativo cuja génese se prende com a necessidade, assinalada há mais de uma década, de criar um quadro comum para as várias entidades reguladoras existentes e com o reforço de independência destas entidades. Este objetivo foi mais recentemente previsto como um dos compromissos assumidos pela República Portuguesa no contexto da concessão de assistência financeira pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional, tendo sido estabelecido no *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* de maio de 2011.

Completado um ano de vigência, revisita-se agora as principais alterações introduzidas pela lei-quadro, procedendo-se a uma reflexão sobre o impacto das mesmas na prossecução do objetivo de aproximação das entidades reguladoras abrangidas pelo diploma de um modelo de verdadeira eficiência.

Importa sublinhar, antes de mais, que a lei-quadro, sem ter um valor reforçado em termos constitucionais³, tem, contudo, um ascendente político, na medida em que se configura como um diploma de enquadramento geral das entidades de regulação. Tal é denotado pela expressamente pretendida adequação dos estatutos das entidades ao seu preceituado.

Assim, apenas com a publicação dos novos estatutos das entidades reguladoras vai sendo possível aferir, por um lado, qual o grau de harmonização conseguido e, por outro, qual a medida da flexibilização das soluções encontradas, em adaptação à realidade.

Esta adaptação tornou-se, antes de mais, mais complexa do que o previsto. Efetivamente, não obstante a previsão legal de que os estatutos seriam harmonizados com a lei-quadro até 1 de dezembro de 2013, um ano após a

2 A Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, denominada lei-quadro das entidades reguladoras com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, contém um conjunto de normas de natureza preambular, aprovando em anexo a “lei-quadro das entidades reguladoras”, expressão que se utilizará no texto, entendendo-se ser uma simplificação daquele seu verdadeiro *nomen iuris*, como se verá, mais próximo do seu objeto (*vide* nota de rodapé 28).

3 Cfr. artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa.

entrada em vigor da mesma apenas se encontravam em vigor os novos estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março, da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT), constantes do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, da Autoridade da Concorrência (AdC), plasmados no Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, e da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), previstos no Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto.⁴

Note-se que a harmonização estatutária da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) havia sido já prosseguida com a publicação do Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, que, não obstante publicado previamente à lei-quadro, antecipa o respetivo regime. Efetivamente, ao completar a transposição das Diretivas do Terceiro Pacote Energético, este diploma reforça estatutariamente um regime de autonomia e de independência funcional para a ERSE.⁵

I. DA GÉNESE DAS ENTIDADES REGULADORAS À LEI-QUADRO

- 1 Recorda-se que a origem das entidades reguladoras independentes remonta às comissões reguladoras independentes norte americanas, estabelecidas desde o final do século XIX para regular a prestação de serviços económicos de rede, considerados monopólios naturais, como os transportes, as comunicações, a eletricidade, o gás e a água e o saneamento (*utilities*). Este modelo, transposto pelo Reino Unido no final da década de setenta do século seguinte, através da criação de agências e comissões reguladoras, acompanhou a liberalização e a privatização da economia.
- 2 O modelo da regulação independente foi difundido na Europa do século XX nos anos 90, acompanhando a mudança de paradigma do Estado Providência para o Estado Regulador, em que a intervenção direta do Estado na economia, tributária das conceções keynesianas, é progressivamente

4 Nestes termos, e atenta a alteração dos estatutos da ERSE que se refere em seguida, aguarda-se ainda a transposição dos estatutos do Instituto de Seguros de Portugal (ISP) – cuja denominação passará a ser Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) – da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) e do Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P. (INAC).

5 O Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, refere expressamente que o regime previsto é estabelecido no decurso dos trabalhos preparatórios da legislação de enquadramento das entidades reguladoras e que respeita as opções já efetuadas quanto aos aspetos de natureza financeira e administrativa das entidades reguladoras, constantes da proposta de lei já aprovada, à data, em Conselho de Ministros, e já remetida à Assembleia da República.

transposta para uma atuação indireta. Nesta, o Estado perde progressivamente o seu papel de operador e prestador para ter um papel de regulação da economia, verificando-se, assim, uma desregulação e, em paralelo, uma reregulação próprias da liberalização.^{6 7}

- 3 Neste novo paradigma, as entidades reguladoras independentes, mediante a diminuição da intervenção direta do Estado na Economia, assumiram como principal papel a garantia dos interesses dos utilizadores dos serviços públicos considerados essenciais – numa lógica de prestação universal, com qualidade, regularidade e continuidade – e do acesso equitativo dos diversos operadores à atividade, como forma de implementar concorrência entre estes.
- 4 Como reconhece o próprio legislador português na motivação do diploma que aprova os anteriores estatutos da ERSE, o Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, a solução das “entidades reguladoras independentes” foi ditada, tanto pela preocupação de separar os papéis do “Estado regulador” e do “Estado operador” (dada a permanência de uma forte posição do Estado nos sectores em vias de liberalização), de modo a garantir a imparcialidade da regulação, como pelo objetivo de tornar a regulação independente dos ciclos e conjunturas político-eleitorais, reforçando assim a confiança dos operadores e consumidores.
- 5 O modelo das entidades reguladoras independentes conforma-se, assim, com uma lógica transversal em que a nova conceção de intervenção deve enformar menores custos, combinando uma elevada competência técnica com uma maior flexibilidade.⁸ Tal vai ao encontro dos objetivos das entidades de regulação, de colmatar as falhas de mercado e de tutelar os interesses dos utilizadores dos serviços considerados essenciais, numa lógica de regulação social como a que subjaz ao conceito de serviço universal.

6 Moreira (2001: 1), caracteriza o “Estado regulador” com base sobretudo na “desintervenção” do Estado na atividade económica, acompanhada de uma “desgovernamentalização” da atividade reguladora, expressada nas autoridades reguladoras independentes.

7 *Vide* Calvão da Silva, 2008; Cardoso, 2002: 39-215; Gonçalves, 2006; Maçãs, 2006: 21; Majone, 1997a e 1997b; Morais, 2012; Moreira, 2001; Otero, 2001; Paz Ferreira & Morais, 2009: 26 e Vera-Cruz Pinto, 2005: 160.

8 Tal como refere Majone (1997a e 1997b), as entidades reguladoras independentes justificam-se, nomeadamente, quando a sua criação levar a uma diminuição dos custos de agência, em resultado da eliminação das limitações próprias da relação *principal-agent* decorrentes da delegação da competência decisória na entidade detentora do conhecimento específico do setor e da inerente independência de atuação. Note-se ainda que, na análise custo-benefício inerente à criação das entidades reguladoras independentes, devem ser tidos em conta os custos de coordenação advinentes de uma eventual desconcentração de competências dispersas por várias entidades reguladoras. *Vide* ainda Majone, 2005.

- 6 Não obstante os objetivos de eficiência e tecnicidade que perpassam o modelo, este assume, contudo, características específicas e diferenciadoras nos diversos Estados, como a detenção de poderes de autoridade nas autoridades administrativas independentes francesas e na “*ministerialfreie Verwaltung*” alemã, que coloca a tónica na independência face ao poder executivo. Esta característica, especialmente relevante na regulação financeira e, sobretudo, nas componentes de emissão monetária e fixação das taxas de juro, estará na base da utilização do modelo do Bundesbank na criação do Banco Central Europeu e do Sistema Europeu de Bancos Centrais.
- 7 Os contributos alemão e francês para o desenho da conceção europeia de administração independente levaram a uma expansão do modelo das entidades administrativas independentes, vocacionadas *a priori* para a regulação económica, passando estas entidades a abarcar outras atribuições de natureza não primordialmente económica, como as relacionadas com a defesa de direitos, liberdades e garantias, adotando, em paralelo, uma grande heterogeneidade de estatutos jurídicos.
- 8 Em paralelo, também ao nível europeu se verifica uma proliferação de entidades reguladoras independentes na esfera da União Europeia.⁹
- 9 É nesta confluência genética, congregada com a situação de elevada intervenção direta do Estado em Portugal que, no entanto, acompanha as tendências europeias de modelização económica – não só pela pressão natural dos sistemas europeus comparados, mas sobretudo pelas diretrizes resultantes da adesão ao modelo europeu a 1 de janeiro de 1986 –, que surgem as entidades administrativas independentes no plano nacional.
- 10 Verifica-se, assim, o surgimento de entidades reguladoras independentes em Portugal nas décadas de 80 e, sobretudo, 90, num processo de reforço de independência gradual, traduzido na transferência de competências da administração direta para a administração indireta do Estado, como é o caso do Instituto das Comunicações de Portugal. Ocorre ainda um reforço progressivo das características orgânicas e funcionais de independência através de intervenções legislativas pontuais a nível setorial.¹⁰

9 Vaz Freire, 2012: 433. Para uma análise da regulação independente na Europa antes de 2000 *vide* Majone, 1997.

10 Sobre os conceitos de independência orgânica e funcional *vide* Maçãs, 2006: 23.

- 11 Com o objetivo de eliminar quaisquer dúvidas quanto à constitucionalidade da criação das entidades administrativas independentes, a revisão constitucional de 1997 introduziu expressamente uma referência ao modelo, prevendo a respetiva criação por ato legislativo. Com a revisão constitucional, explicita-se mesmo que a proteção de dados pessoais é garantida por uma entidade administrativa independente e que os objetivos constitucionais relativos aos meios de comunicação social são também conduzidos por uma entidade administrativa independente¹¹.
- 12 Neste quadro, nas décadas de 80 e 90 verifica-se, como referido, o surgimento do Instituto das Comunicações de Portugal, bem como do Instituto de Seguros de Portugal (ISP), da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e da ERSE.
- 13 O Instituto das Comunicações de Portugal, redenominado Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM, entidade reguladora dos setores das comunicações e postal, é criado em 1981. Os respetivos estatutos, aprovados em 1989, vêm a ser substancialmente alterados em 2001, tendo em vista o reforço dos seus poderes de autoridade.¹²
- 14 O ISP é criado em 1982 para regular a atividade seguradora e resseguradora, fundos de pensões e mediação de seguros¹³. Por sua vez, a CMVM surge em 1991, com funções de regulação dos mercados de valores mobiliários e das atividades dos intermediários financeiros¹⁴. *In fine*, a atual ERSE é criada em 1995 para supervisionar o setor elétrico, tendo passado a regular os setores do gás natural e da eletricidade em 2002¹⁵.

11 Cfr. art.º 35.º, n.º 2, e art.º 39.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, respetivamente.

12 O ICP-ANACOM foi criado em 1981, pelo Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho, sendo legalmente qualificado como entidade reguladora pela Lei das Comunicações de 1997 (Lei n.º 91/97, de 1 de agosto). Assume também funções como entidade reguladora postal, como decorre da Lei n.º 102/99, de 26 de julho. Os atuais estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro.

13 O ISP, criado pelo Decreto-Lei n.º 302/82, de 30 de julho, substituindo o Instituto Nacional de Seguros e a Inspeção-Geral de Seguros, vê os respetivos estatutos serem revistos pelo Decreto-Lei n.º 251/97, de 26 de setembro, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2002, de 25 de setembro.

14 A CMVM é criada pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de abril, vindo os respetivos estatutos a ser autonomamente previstos no Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de novembro, sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 232/2000, de 25 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 183/2003, de 19 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 169/2008, de 26 de agosto.

15 A Entidade Reguladora do Sector Elétrico (ERSE) foi criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho, tendo os respetivos estatutos sido aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, passando em 2002 a regular os setores do gás natural e da eletricidade e a ter a atual designação, pelo Decreto-

- 15 Em 1998 é ainda criado o Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC), redenominado pela lei-quadro como Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC), com funções de regulação do setor da aviação civil¹⁶, e o Instituto Regulador de Águas e Resíduos, I. P. (IRAR, I. P.), atual Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR)¹⁷, com a missão de regular os sectores dos serviços de abastecimento público de água e de saneamento.
- 16 Mediante a multiplicação de entidades reguladoras, desde cedo se identificou a necessidade de colocar ordem na “desordem”¹⁸ criativa de estatutos diferenciados, sendo um marco a Declaração de Condeixa saída do Fórum com o mesmo nome, realizado em Portugal, entre os anos 2000 e 2001.
- 17 A questão foi, assim, objeto de um estudo e de um projeto de lei-quadro das autoridades reguladoras independentes (ARI) elaborado por Vital Moreira e Fernanda Maças, concluídos em fevereiro de 2002¹⁹. O referido projeto foi então publicado, ainda que, por vicissitudes políticas, não em Diário da República²⁰, tendo as soluções que preconizava influenciado diversos estatutos de entidades de regulação nacionais.
- 18 Em 2004 foi aprovada uma lei-quadro dos institutos públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro), regime aplicável às entidades reguladoras que assumem estatutariamente a natureza jurídica de instituto público, não tratando este diploma, atenta a sua natureza, das especificidades inerentes às entidades reguladoras, no universo dos institutos públicos.

-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril. Os estatutos, aprovados por este diploma, foram revistos pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de setembro e, posteriormente, pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, de forma a assegurar a transposição do “Terceiro Pacote Energético” europeu. Foi também aprovado o regime sancionatório correspondente pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro.

16 O INAC foi criado em 1998 pelo Decreto-Lei n.º 133/98, de 15 de maio, herdando os poderes de regulação detidos no âmbito do transporte aéreo pela Direção-Geral de Aviação Civil, tendo os respetivos estatutos sido alterados pelo Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de abril, que vem reforçar as respetivas competências normativas e poderes de supervisão, inspeção e fiscalização.

17 O IRAR foi criado através do Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de outubro, que aprovou a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, tendo sido reestruturado pelo Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro, e então redenominado Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR).

18 *Vide* Decoopman, 2002: 15 ss. e Maças, 2006: 24, também referindo a mesma autora.

19 O referido estatuto foi elaborado com base em solicitação do Ministro da Reforma do Estado e da Administração Pública do XIV Governo Constitucional de Portugal.

20 Moreira & Maças, 2003.

- 19 Já nos anos 2000, e após a primeira tentativa de criação de um quadro normativo comum para as entidades reguladoras independentes com o projeto de lei-quadro das autoridades reguladoras independentes e sob a égide da lei-quadro dos institutos públicos, surge a Autoridade da Concorrência, criada em 2003 para assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal²¹ e, no mesmo ano, a ERS²². Procede-se, então, à revisão dos estatutos da generalidade das entidades reguladoras.
- 20 Também no setor dos transportes, terrestres, fluviais e marítimos, foram historicamente criados diversos institutos públicos de regulação, como o Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF), em 1998, o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos – IPTM criado em 2002 ou o Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres – IMTT e o Instituto de Infraestruturas Rodoviárias – InIR, criados em 2007. Trata-se de um setor cuja estrutura regulatória tem sido objeto de sucessivas alterações, sendo o Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT, I.P), resultante da reestruturação operada em 2011 e 2012, agora objeto de nova alteração nos termos do artigo 4.º da lei-quadro.
- 21 Após 2002, os vários estatutos jurídicos das entidades reguladoras independentes, enquanto organismos públicos dotados de existência jurídico-administrativa própria, destacados da administração direta e indireta do Estado (em sentido estrito), assumiam, com maior ou menor força, um conjunto de características gizadas de forma a assegurar a respetiva independência face ao poder executivo, mantendo, contudo, o caráter de entidades ou autoridades públicas.
- 22 Trata-se de entidades públicas, de natureza administrativa²³, com o objeto de efetuar regulação económica, com toda a variação de recorte correspondente, não só ao termo regulação (aqui utilizada em sentido amplo),

21 A AdC é criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que confere unidade orgânica às funções previamente repartidas entre a Direção-Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC) e o Conselho da Concorrência.

22 A ERS foi criada pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro, que aprovou, à data, os respetivos estatutos, posteriormente alterados pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, que prevê uma reestruturação desta entidade, atendendo à reforma em curso do Sistema Nacional de Saúde (SNS), no âmbito da qual se previa que parte das entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS, públicas, sociais ou privadas, operando por delegação ou concessão de serviço público, deixavam de estar sujeitas ao comando administrativo do Estado, passando, na generalidade, a estar sujeitas a uma lógica empresarial.

23 Relativamente à natureza das entidades reguladoras independentes veja-se Maças, 2006: 24, Moreira & Maças, 2003: 24 ss. e Magide Herrero, 2000.

mas também à delimitação do que é a regulação com caráter económico. Refere-se, assim, a entidades que não correspondem a fenómenos de auto-determinação e autorregulação de interesses organizados.

- 23 No que concerne à característica da independência, essencial ao modelo, há desde logo que apontar que o grau de independência era distinto entre as várias entidades reguladoras, dependendo do regime concretamente aplicável em termos funcionais, orgânicos e financeiros.
- 24 Nos projetos da Revisão Constitucional de 2010 previa-se já uma alteração do processo de nomeação dos titulares do órgão de administração das entidades reguladoras, no sentido do reforço da respetiva autonomia governamental²⁴.
- 25 Em maio de 2011, no âmbito dos compromissos assumidos pela República Portuguesa no contexto da concessão de assistência financeira pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional, estabelece-se como objetivo a garantia de que as “Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades”.²⁵
- 26 Nesse sentido, prevê-se a elaboração de um relatório independente sobre o âmbito da atividade, os poderes de intervenção, os recursos e as características que determinam o nível de independência “das principais ARN”²⁶ – o qual veio a ser elaborado pela AT Kearney – e a apresentação de uma proposta com vista ao reforço da independência dos reguladores.
- 27 A independência face ao poder executivo e, concretamente, ao Governo, pressupõe, nos termos em regra identificados pela doutrina, o preenchimento de um conjunto de requisitos traduzidos numa verdadeira autonomia administrativa, patrimonial, financeira e de gestão, sem sujeição a poderes de tutela ou superintendência governamental, na detenção de órgãos próprios com atribuições determinadas de forma clara e na atribuição de poderes discricionários à entidade administrativa independente na prossecução das respetivas atribuições. Traduz-se ainda num conjunto de requisitos relativos à nomeação e exoneração/inamovibilidade dos

24 *Vide* projetos de revisão constitucional (XI LEG/2.ªSL) n.º 1/XI-PSD e n.º 9/XI – PS *in* <http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/Revisao2011.aspx>. *Vide* ainda Blanco de Moraes, 2012: 183.

25 Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica de 17 de maio de 2011 (medida 7.21).

26 *Idem*.

titulares dos órgãos, à duração (longa) dos respetivos mandatos e à aplicação de um regime de incompatibilidades que assegure a independência face aos regulados e o fenómenos de *revolving door*.²⁷

- 28 Ora, até à aprovação da lei-quadro, verificava-se uma transposição para os estatutos de quase todas as entidades (com exceção do Banco de Portugal), dos poderes de tutela próprios da administração indireta do Estado, o que, aliado a um sistema de nomeação governamental dos titulares dos órgãos de administração, tornava ténue e flutuante a fronteira das entidades independentes no seio da administração indireta do Estado.
- 29 Efetivamente, tendo a Constituição da República Portuguesa remetido a definição dos termos da criação e funcionamento das entidades reguladoras e das entidades administrativas independentes (em geral) para legislação ordinária, estas vêm a assumir diferentes graus de amplitude quanto aos poderes que lhes são conferidos, bem como diversas formas organizacionais e de concretização do estatuto de independência, cabendo ainda à lei a inerente definição do ponto de equilíbrio entre uma atuação autónoma e independente e o princípio democrático.
- 30 É, assim, precisamente no campo da diversidade criada, que se justifica a aprovação da lei-quadro.

II. O ÂMBITO DA LEI-QUADRO

- 31 Como se referiu acima, o Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica, de 17 de maio de 2011, previa a elaboração de um relatório independente sobre as “principais ARN”.
- 32 No n.º 3 do artigo 3.º do diploma preambular são reconhecidas como entidades reguladoras, para efeitos de aplicação da lei-quadro, entidades de regulação financeira – o Instituto de Seguros de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, sendo expressamente excluído do âmbito da Lei o Banco de Portugal – e entidades reguladoras de *utilities*, caracterizadas por uma relevante componente de economias de rede, tradicionalmente consideradas como monopólios naturais justificativos do modelo de monopólio legal, demantelado por processos de liberalização que caracterizaram as últimas décadas, de forte influência europeia. É este o caso da ERSE, da ANACOM, da Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC), do Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT), da ERSAR e, em certa medida, da ERS.

²⁷ Vide Blanco de Morais, 2001 e 2012: 201 ss., Dumez & Jeunemaitre, 1999.

- 33 É ainda enquadrada como entidade reguladora a AdC que, contudo, não pode ser qualificada enquanto tal em sentido estrito, na medida em que não tem atribuições de regulação, sendo sobretudo uma entidade de controlo e supervisão, com uma atuação maioritariamente *ex post* (com exceção do controlo de operações de concentração). As suas funções podem, contudo, enquadrar-se num conceito de regulação em sentido amplo, de ordenação da economia, por contraposição a um intervenção direta do Estado, sendo nesta lógica, crê-se, que vem a ser integrada na lei-quadro.
- 34 Note-se que o universo de entidades administrativas independentes em termos materiais não se esgota nas entidades administrativas independentes definidas expressamente como entidades reguladoras na lei-quadro. Ficam excluídas da lei, que circunda o seu objeto com referência à regulação económica, as entidades que não seguem esse propósito, visando antes a proteção de direitos, liberdades e garantias, como a Comissão Nacional de Eleições e a Comissão Nacional de Proteção de Dados, cujo estatuto de independência tem por base uma relação especial com a Assembleia da República.
- 35 Quanto a este aspeto, a lei-quadro das entidades reguladoras representa assumidamente um recentrar do modelo de entidades reguladoras independentes, ao menos enquanto modelo harmonizado, na regulação económica, seguindo a lógica norte-americana num movimento do tipo “*back to the agencies*”.
- 36 Se esta delimitação resulta clara da própria lei-quadro e dos seus antecedentes²⁸, já no que concerne à delimitação efetuada no âmbito das entidades com funções de regulação económica, a fundamentação não é tão evidente, apesar de a lei ter sido precedida de um estudo de avaliação de necessidade ou impacto, nos termos já referidos²⁹.

28 O artigo 1.º da lei-quadro delimita expressamente o respetivo âmbito às entidades com funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas (não obstante não defina o que deve entender-se como atividade económica). Deve, assim, interpretar-se restritivamente o disposto nos artigos 1.º e 2.º do diploma preambular, que qualifica a lei em anexo como “lei-quadro das entidades reguladoras”.

29 Não tendo sido divulgado, nesta data, o estudo prévio realizado pela AT Kearney, a justificação das opções efetuadas em termos legislativos são as que decorrem da exposição de motivos da Proposta de Lei 132/XII e dos documentos inseridos no respetivo processo de aprovação parlamentar. No que concerne à não inclusão do Banco de Portugal e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) no âmbito da lei-quadro, a exposição de motivos apenas refere que tal se deve ao facto de que se regerem por legislação própria e possuírem tratamento específico em sede constitucional.

- 37 Efetivamente, e devendo sublinhar-se que a solução da escolha de entidades reguladoras independentes não é um objetivo em si mesmo, não se encontra fundamentada nos termos previstos na própria lei-quadro, a justificação para a aplicação do modelo organizativo das entidades reguladoras independentes às nove entidades expressamente abrangidas.³⁰
- 38 Note-se que o estudo subjacente à inclusão das entidades reguladoras no âmbito da lei-quadro deverá ainda efetuar, fundamentadamente, o recorte negativo simétrico, sendo assim mais perceptível se foi ou não efetuada uma ponderação sobre a inclusão no modelo das entidades reguladoras independentes e, conseqüentemente, no âmbito da lei, por exemplo do Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P. (InCI), que tem por missão regular e fiscalizar o setor da construção e do imobiliário³¹.
- 39 Pelos mesmos motivos, seria útil conhecer mais aprofundadamente os motivos que presidiram à decisão do legislador de não inclusão do Banco Portugal e da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) no âmbito da lei-quadro, ainda que tradicionalmente se admita que o Banco de Portugal, atenta a respetiva participação no Sistema Europeu de Bancos Centrais, e a ERC, tendo em conta a sua principal atribuição constitucional de salvaguarda do pluralismo, tenham regimes autónomos, não obstante tratar-se de entidades reguladoras de atividades económicas.³²
- 40 Sublinhe-se que o catálogo das entidades reguladoras não é um catálogo fechado, decorrendo, contudo, do n.º 3 do artigo 6.º da lei-quadro um princípio de excecionalidade da respetiva criação, visando a não proliferação destas entidades, com os custos inerentes em termos de eficiência.

30 Confraria, 2010. Para uma análise crítica da escolha do modelo, *vide* Calvete, 2011.

31 O artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 11/2014, de 22 de janeiro, prevê a alteração da denominação do InCI para “IMPIC, Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.” (a concretizar até final de março de 2014 nos termos do artigo 36.º do mesmo diploma, o que não ocorreu. Note-se que o artigo 35.º dos novos estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, qualifica o “IMPIC” como entidade reguladora.

32 O artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 28 de janeiro, revogado pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (estatutos da AdC), que previa o regime de articulação da AdC com as autoridades reguladoras setoriais, enquadra expressamente no elenco legal (exemplificativo), quer o Banco de Portugal, quer o Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI), atual InCI e futuro IMPIC, como entidades reguladoras setoriais. A delimitação ora efetuada pela lei-quadro, replicada nos estatutos que vão sendo aprovados (*vide*, a título de exemplo, o artigo 9.º dos estatutos da AdC de 2014) coloca, assim, um conjunto de questões interpretativas, nomeadamente quanto ao âmbito de obrigações de consulta como as previstas no artigo 55.º da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

- 41 Para futuro, a lei-quadro tem a preocupação de introduzir critérios justificativos da criação de entidades reguladoras independentes. Não obstante, o seu carácter genérico e algo circular em torno do conceito de independência, leva a que não se possa afirmar que a lei efetivamente proceda a um balizamento concreto dos critérios materiais que devem presidir à decisão de criação (e manutenção) de uma entidade reguladora independente.
- 42 Efetivamente, a previsão do artigo 6.º da lei-quadro limita a criação das entidades reguladoras aos casos em que a prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo.
- 43 Paralelamente, a lei-quadro estabelece obrigações de natureza procedimental e formal para a respetiva criação, como a realização de um estudo prévio, a criação por lei (em sentido amplo, entende-se) e a aprovação de estatutos por decreto-lei.
- 44 Em termos estatutários, a lei-quadro impõe que, para que a entidade reguladora seja considerada como tal, deve ser assegurado um conjunto de garantias de independência, como a detenção de autonomia administrativa, financeira (capacidade de asseverar condições financeiras de autossuficiência), de gestão e património próprio. Deve ser afiançada a respetiva independência orgânica, funcional e técnica, impondo-se que as entidades, para tal, tenham órgãos, serviços, pessoal e a tríade de poderes própria das entidades reguladoras.
- 45 Prevê-se ainda como objetivo que as entidades reguladoras garantam a proteção dos direitos e interesses dos consumidores, desiderato que, no caso da Autoridade da Concorrência, é, nesta fase, mediato, já que a atuação desta entidade visa sobretudo proteger o processo concorrencial enquanto dinâmica geradora de eficiência e, como tal, de bem-estar.³³
- 46 A ausência de critérios materiais suficientemente balizadores da criação de entidades reguladoras independentes pode ser parcialmente colmatada pela realização do estudo prévio acima referido e previsto no n.º 4

33 Note-se o afastamento da lei-quadro da conceção bem enraizada na doutrina de que o conceito de regulação inclui, e não ombreia com, poderes de supervisão, regulamentação e sancionatório – *vide* artigo 3.º, n.º 2, al. e). Para uma abordagem em que a intervenção da AdC nesta sede se efetiva de forma mais direta *vide* Hodges, 2014.

- do artigo 6.º da lei-quadro, na medida em que o mesmo se aproxime de um verdadeiro estudo de impacto norteado por critérios de eficiência³⁴.
- 47 Numa aproximação à lógica de eficiência subjacente à teoria da regulação, cujo corolário último é, quando possível, o respetivo ocaso por desnecessidade, acolhido nas denominadas *sunset clauses*, o artigo 8.º da lei-quadro prevê o mesmo procedimento e forma para a extinção, fusão e cisão de entidades reguladoras, impondo a sua extinção nos casos em que se verifique que não subsistem as razões que ditaram a sua criação ou se tenha tornado impossível o desempenho da sua missão ou a prossecução das suas atribuições.

III. REGIME DA LEI-QUADRO E TRANSPOSIÇÃO ESTATUTÁRIA

- 48 A harmonização de regimes constituiu um dos principais objetivos da lei-quadro das entidades reguladoras, importando verificar em que medida este desiderato foi conseguido e plasmado nos diversos estatutos. Como referido já, num horizonte mais longínquo, importará ainda verificar se, perante a ausência de valor reforçado da lei, a harmonização porventura conseguida em 2013 não sofrerá uma erosão com a sucessão dos diversos ciclos eleitorais.
- 49 Conforme referido *supra*, em paralelo com o desígnio de harmonização, o legislador pretendeu reforçar as garantias de independência, transparência e *accountability* das entidades reguladoras, procurando ainda uma flexibilização do quadro normativo aplicável, tornando-o potenciador de uma maior eficiência.
- 50 Para além destes aspetos nucleares, a lei-quadro das entidades reguladoras regulamenta, por vezes em grande pormenor, um conjunto de matérias, algumas das quais de natureza especificamente estatutária, o que poderá constituir uma fonte de rigidez com efeitos negativos na adaptação dos regimes estatutários à realidade própria de cada setor regulado.
- 51 Assim, em termos organizacionais, a lei-quadro prevê que as entidades reguladoras tenham dois órgãos, um conselho de administração e um órgão de fiscalização responsável pelo controlo da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira e patrimonial, de natureza colegial ou

34 Estribando-se os estudos em causa numa análise económica e não estritamente financeira, como parece decorrer da Lei, deverão sempre ser ponderadas soluções alternativas com menores custos, como a criação de mercado numa lógica coasiana, eliminando-se, por natureza, os custos de intervenção que sempre existem na atividade regulatória.

individual, estabelecendo a possibilidade de constituição, pelos estatutos, de órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários da respetiva atividade³⁵.

- 52 A lei-quadro estabelece de forma detalhada as competências e modo de funcionamento do conselho de administração, órgão colegial responsável pela definição da atuação da entidade reguladora, bem como pela direção dos respetivos serviços, sendo em torno dos titulares deste órgão que naturalmente mais se desenvolveu o regime no sentido da pretendida independência da entidade reguladora³⁶.
- 53 Efetivamente, sendo a salvaguarda da independência, como se referiu já, um dos principais objetivos da lei-quadro, é de sublinhar que, sem prejuízo da introdução de um conjunto de elementos de reforço da independência, que se analisará em seguida, a lei *decretou essa independência, i.e.*, encerrou a qualificação das entidades abrangidas pela lei como entidades independentes.
- 54 Ora “*a qualificação jurídica de uma entidade como autoridade reguladora independente é tarefa do prudente, não do legislador*”³⁷, prevalecendo a substância da independência, não só com base nas salvaguardas legalmente estabelecidas, mas também na realidade de facto, em face da qualificação legal, dispensável e, porventura, enganadora.
- 55 Acresce que a exata delimitação do círculo de entidades reguladoras independentes não é unânime, dado o carácter subjetivo da ponderação dos fatores estatutários que permitem afirmar que as mesmas são material e organicamente independentes. Esta delimitação não é, também, estática, atentas as variações de intervenção em concreto porventura decorrentes de diversas conceções políticas sobre a independência. Em todo o caso, mantém-se como elementos a ter em conta o facto de continuar a ser o Governo o único órgão com poder decisório na nomeação dos

35 Nos novos estatutos, para além do conselho de administração e do fiscal único – únicos órgãos no caso da AdC (artigo 15.º) e da AMT (artigo 10.º) - apenas a ERSE e a ERSAR têm conselho consultivo e conselho tarifário (artigo 50.º e 15.º, respetivamente), tendo a ERS apenas conselho consultivo (artigo 33.º).

36 O n.º 8 do artigo 17.º da lei-quadro prevê uma regra de alternância de género e um sistema de quotas do âmbito da nomeação dos titulares do órgão de administração, importando determinar se a norma em causa constituirá um verdadeiro imperativo legal ou um mero princípio norteador dos critérios de nomeação a ter em conta pelos vários intervenientes no processo de nomeação – Governo, Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública (CRESAP) e Parlamento – impondo um maior ónus na justificação no caso de eventual não cumprimento.

37 Vera-Cruz Pinto, 2005: 172.

titulares dos órgãos de administração e a manutenção de algum (anda que menor) grau de intervenção no financiamento das entidades reguladoras independentes³⁸.

- 56 Por esse motivo, e porque dificilmente se arredará a intervenção governamental no modelo de financiamento e de funcionamento das entidades reguladoras – veja-se a necessidade de aprovação de taxas e outras contribuições às entidades reguladoras, bem como o regime de contribuições extraordinárias dos próprios trabalhadores, em termos comuns à função pública em geral, e as limitações de contratação ao nível laboral, com impacto direto da capacidade de atuação destas entidades – maior relevância assume a transparência do diálogo entre governos e reguladores e a *accountability* de todo o sistema.
- 57 Atente-se, então, no regime trazido pela lei-quadro no sentido do reforço da independência.
- 58 Tal como referido, o artigo 3.º da lei-quadro estabelece expressamente um conjunto de salvaguardas jurídicas da independência das entidades reguladoras, prevendo que as mesmas disponham de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, independência orgânica, funcional e técnica, tendo órgãos, serviços, pessoal e património próprio³⁹. Tal é replicado nos estatutos das entidades publicados na sequência da lei-quadro⁴⁰.
- 59 A lei elimina a previsão das diversas formas de tutela, prevendo, no seu artigo 9.º, a existência de um “ministério responsável”, ao qual entidade reguladora está adstrita, o qual corresponderá ao ministério cujo membro do Governo seja o responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora⁴¹.

38 Note-se que, tendo sido eliminadas as previsões relativas a dotações do Estado (com exceção do disposto no artigo 56.º, n.º 1, al. i), dos novos estatutos da ERS), a intervenção governamental ao nível do financiamento das entidades reguladoras independentes verifica-se agora sobretudo ao nível da competência governamental na fixação dos elementos das taxas e contribuições (em regra definidos por portaria) que estarão na base da receita. A título de exemplo, *vide* o n.º 2 do artigo 46.º dos novos estatutos da ERSAR.

39 Sobre os critérios relevantes para a determinação da independência das entidades reguladoras *vide* Hanretty, Larouche & Reindl, 2012 e Blanco de Morais, 2012: 183.

40 Cfr. os novos estatutos da AdC (artigos 1.º e 40.º), AMT (artigos 1.º e 44.º), ERS (artigo 6.º), ERSAR (artigos 2.º e 49.º) e ERSE (artigos 2.º e 58.º).

41 Esta definição constava já das leis orgânicas dos diversos ministérios. Cfr., a título de exemplo, o artigo 6.º da Lei Orgânica do Ministério da Economia, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 11/2014 de 22 de janeiro.

- 60 Desde logo, a previsão de critérios de nomeação com base em qualificações técnicas nos termos do n.º 2 do artigo 17.º da lei-quadro, em conjunto com a previsão de uma audição parlamentar no âmbito do processo de nomeação, contribui para diminuir aquilo a que Paulo Otero chamou a “colonização partidária”, aumentando a legitimação política das entidades reguladoras⁴².
- 61 Uma das principais alterações introduzidas pela lei no sentido do reforço da independência foi a alteração do processo de nomeação dos titulares dos órgãos de administração, passando a lei a prever um processo de nomeação mais democrático e alargado, mantendo-se a designação por resolução do Conselho de Ministros, traduzida em proposta governamental à Assembleia da República, acompanhada de parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública (CRESAP), seguida de audição parlamentar na comissão competente⁴³.
- 62 Não obstante esta alteração representar um passo significativo no sentido de uma maior democraticidade e independência⁴⁴, importará não olvidar que a participação parlamentar não corresponde a um veto. Efetivamente, o processo de nomeação não é partilhado em termos decisórios, continuando a nomeação a ser essencialmente governamental, o que difere da tradição de regulação independente norte-americana. Não se encontra, assim, por esta via, totalmente assegurada a independência das entidades reguladoras.
- 63 Numa outra ótica de independência, agora face aos regulados e à respetiva tendência racional de captura do regulador, a lei-quadro contém alguns elementos relativos ao regime remuneratório dos titulares dos órgãos de administração, estabelecendo que o vencimento mensal e o abono mensal para despesas de representação dos membros do conselho de administração são fixados por uma comissão de vencimentos, cuja constituição (com uma

42 *Vide* Otero, 2012: 728 e 729.

43 Cfr. artigo 17.º, n.º 3, da lei-quadro. Esta solução tem sido expressamente acolhida pelos novos estatutos: da AdC (artigo 14.º), da ERS (artigo 35.º), da ERSAR (artigo 18.º) e da ERSE (artigo 28.º).

44 Os desafios relativos à criação de formas de *accountability* das entidades reguladoras, como mecanismo de compensação pelo custo correspondente à perda de legitimidade inerente ao modelo, é, desde logo, apontado por Majone (1997), que sublinha que, através da criação de mecanismos de controlo como a estrita e clara definição de objetivos, a previsão de controlo judicial, a existência de *peer review* técnico (resultante, por exemplo, da pertença a uma rede de reguladores a nível internacional) permite que a entidade reguladora esteja sob controlo, sem que nenhuma entidade a controle.

composição governamental determinante) e cujos critérios orientadores se encontram estabelecidos no artigo 26.º da lei-quadro.

- 64 Estes critérios têm uma natureza genérica, permitindo uma ampla discricionariedade na determinação concreta das remunerações, correspondendo, na realidade, a princípios orientadores, que atendem, em termos transversais, à prestação em contrapartida. Nesse sentido, a comissão de vencimentos deve atender à dimensão, complexidade, exigência e responsabilidade inerentes às funções.
- 65 Na determinação do valor em causa atende-se também, como referido, a preocupações de captura, na medida em que se prevê que sejam tidas em conta as práticas habituais de mercado no setor de atividade da entidade reguladora. Sendo um de entre vários elementos, necessariamente a análise de incentivos subjacente à remuneração não é totalmente prevalecente, de molde a evitar fenómenos de captura, sendo que esta não depende apenas de aspetos remuneratórios relativos ao mandato, mas também, nomeadamente, das relações passadas e das expectativas futuras dos titulares dos órgãos.
- 66 Como solução compromissória, claramente nascida do contexto em que a lei-quadro foi aprovada, prevê-se ainda que seja tida em conta a conjuntura económica e a necessidade de ajustamento e de contenção remuneratória em que o país se encontre, apontando-se o vencimento mensal do Primeiro-Ministro como valor de referência⁴⁵.
- 67 À determinação das remunerações encontra-se ainda associada uma análise de impacto, prevendo a lei que deve atender-se aos efeitos no mercado regulado do regime de taxas, tarifas ou contribuições que a entidade reguladora estabelece e aplica.
- 68 Com relevo para a independência das entidades, a lei-quadro prevê ainda um aumento da duração dos mandatos dos titulares dos órgãos de administração, que passa a ser de 6 anos⁴⁶, não sendo os mandados renováveis (regime anteriormente previsto apenas para o ICP-ANACOM), regra à

45 A lei-quadro das entidades reguladoras não aponta critérios de ponderação ou primazia dos princípios orientadores que inclui, denotando-se, contudo que o valor de referência apontado se encontra ao menos sistematicamente ligado a uma preocupação de limitação de custos da Administração Pública no âmbito da conjuntura económica desfavorável específica em que é aprovada a Lei. Cfr. a alínea *d*) do n.º 3 do artigo 26.º da lei-quadro.

46 A duração de mandatos era de 5 anos ao abrigo da Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro; já os estatutos das diversas entidades reguladoras previam, também nesta matéria, soluções diversas.

qual se agrega uma norma de não coincidência de mandatos, de forma a assegurar uma menor dependência dos ciclos políticos⁴⁷.

- 69 O regime de inamovibilidade dos titulares dos órgãos de administração das entidades reguladoras é outro dos elementos aferidores do grau de independência, devendo assegurar-se que os membros do conselho de administração apenas são destituídos em casos excepcionais e por justa causa⁴⁸.
- 70 Não obstante ter sido introduzido um conjunto de salvaguardas em torno das decisões de destituição, não parece ter sido integralmente acautelada a impossibilidade de destituição dos titulares por decisão discricionária do Governo.
- 71 Na realidade, verifica-se que a destituição dos membros do conselho de administração (só) pode ocorrer mediante resolução do Conselho de Ministros “fundamentada em motivo justificado”, conceito que, apesar de concretizado na lei-quadro, se reconduz, ainda assim, a decisões com elevado grau de discricionariedade, nomeadamente nos casos em que releva o apuramento da violação (ainda que grave ou reiterada) de obrigações de transparência e informação.
- 72 Sendo o motivo justificado para a destituição apurado em inquérito instruído por entidade independente do Governo (objeto de parecer do conselho consultivo, quando aplicável, e da audição da comissão parlamentar competente), o efeito de salvaguarda da independência do regime, em matéria de inamovibilidade dependerá, em grande medida, do grau de independência da própria “entidade independente”, ainda por determinar.
- 73 Por outro lado, quanto ao modelo das entidades reguladoras, caracterizado por um princípio da colegialidade no seu funcionamento – em si mesmo um aspeto relevante para diminuir o risco de captura em termos orgânicos –, tem sido apontado como um entorse ao mesmo a previsão de um poder de veto do Presidente, no n.º 4 do artigo 23.º da lei-quadro⁴⁹.

47 A regra da não coincidência de mandatos prevista no n.º 6 do artigo 17.º da lei-quadro prevê que, em caso de designação simultânea de dois ou mais membros do conselho de administração, o termo dos respetivos mandatos não possa coincidir, devendo divergir entre eles pelo menos seis meses (através, se necessário, da limitação da duração de um ou mais mandatos).

48 Verifica-se que, também em matéria de inamovibilidade, os novos estatutos replicam o regime da lei-quadro. Nesse sentido, cfr. os novos estatutos da AdC (artigo 15.º), da ERS (artigo 38.º), da ERSAR (artigo 21.º) e da ERSE (artigo 30.º).

49 O n.º 4 do artigo 23.º da lei-quadro estabelece que, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 14.º do Código do Procedimento Administrativo, o presidente ou quem o substituir pode vetar as deliberações do conselho de administração que repete contrárias à lei, aos estatutos ou ao *interesse público*, devendo o veto ser objeto de uma declaração de voto fundamentada e lavrada na ata.

Trata-se, efetivamente, de um elemento de presidencialização do sistema que não favorece o respetivo funcionamento em parâmetros democráticos, não sendo inteiramente justificado por motivos de eficiência.

- 74 Um dos principais elementos de reforço de independência apontado pela doutrina – o regime de incompatibilidades e impedimentos – foi também previsto na Lei.
- 75 Nesse sentido, prevê-se no artigo 19.º da lei-quadro um regime de incompatibilidades com efeitos durante o mandato e relativamente ao período de dois anos subsequente ao termo do mandato.
- 76 Durante o mandato, os membros do conselho de administração exercem as suas funções em regime de exclusividade, não podendo, designadamente, ser titulares de órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, nem desempenhar quaisquer outras funções públicas ou profissionais, salvo funções docentes ou de investigação, desde que não remuneradas. Tal visa assegurar a independência face ao Estado.
- 77 Não podem ainda os membros do conselho de administração manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora e com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências, ou deter quaisquer participações sociais ou interesses naquelas.
- 78 Regime idêntico ao do descrito no parágrafo anterior, previsto nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 19.º, é aplicável aos trabalhadores e aos prestadores de serviços. Relativamente a estes, o escopo das incompatibilidades é limitado aos casos relativamente aos quais possa existir conflito de interesses, designadamente quando se trate da prestação de serviços nas áreas jurídica e económico-financeira, cabendo ao conselho de administração, nos termos da lei-quadro, aferir e acautelar a existência daquele conflito.
- 79 No que respeita às incompatibilidades após o termo do mandato prevê-se que, durante um período de dois anos, os membros do conselho de administração não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora, tendo direito no referido período a uma compensação equivalente a metade do vencimento mensal⁵⁰.

50 A lei-quadro prevê que, em caso de violação da obrigação de *stand-still*, os membros do conselho de administração ficam obrigados à devolução de todas as remunerações líquidas auferidas (artigo 19.º, n.º 6

- 80 A mesma limitação encontra-se prevista para os titulares dos cargos de direção e equiparados, não se estabelecendo, contudo, a contrapartida prevista para os membros do conselho de administração. Esta diferença de tratamento face aos membros do conselho de administração não se fundamenta num eventual menor âmbito de decisão destes titulares, uma vez que a incompatibilidade se reporta a todas as entidades abrangidas pela atuação da entidade reguladora e não àquelas abrangidas por procedimentos em que o titular em causa tenha tido participação. Considera-se, assim, ser esta norma discriminatória e potencialmente violadora do direito ao trabalho constitucionalmente consagrado⁵¹.
- 81 Trata-se de um regime de incompatibilidades extremamente limitativo, sem válvulas de escape – ou com escapes perniciosos⁵² – ou cláusulas de flexibilização; é, como tal, inaplicável *qua tale*.
- 82 Se há exemplos evidentes do absurdo a que o regime poderia levar, como o da proibição de os membros do conselho de administração celebrarem contratos de prestação de serviços (alguns essenciais) como consumidores dos serviços objeto de regulação pela entidade de cujo órgão são titulares

da lei-quadro), aplicando-se regra idêntica aos dirigentes com limite até três anos (artigo 32.º, n.º 6 da lei-quadro). Entende-se que o referido n.º 6 do artigo 32.º, ao determinar a sanção com referência a “todas as remunerações”, a faz corresponder a um valor pré-determinado, relativo à totalidade das remunerações auferidas num período de exercício de funções de três anos ou no da duração efetiva do mandato, se inferior. Afasta-se, assim, a leitura de que o total remuneratório correspondente aos referidos três anos seria o limite máximo da sanção, cujo valor concreto seria determinado em concreto, solução porventura mais flexível ou mesmo proporcional, mas certamente menos consentânea com as regras de interpretação previstas no artigo 9.º do Código Civil, menos garante da segurança jurídica e menos eficaz. Não obstante o respetivo caráter fortemente penalizador, desconhece-se o fundamento exato da sanção prevista, aguardando-se que a prática demonstre se a mesma constitui fator suficientemente desincentivador de atuações do tipo *revolving door*.

51 Note-se ainda que o regime de incompatibilidades e impedimentos, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º do diploma preambular à lei-quadro das entidades reguladoras não se aplica aos administradores com mandato em curso, mas já se aplica aos trabalhadores e aos titulares de cargos de direção o que, atenta a não remuneração da proibição de exercício de atividade após o termo do mandato, constitui uma dupla e desproporcional oneração destes últimos por comparação aos administradores. Deixa-se ainda a nota de que os novos estatutos da ERSE e da ERSAR, não obstante preverem um regime de incompatibilidades para os membros do órgão da administração idêntico, *mutatis mutandis*, ao previsto na lei-quadro, não prevêm uma obrigação de *stand still* relativamente aos diretores ou equiparados, ficando em aberto a questão de saber se o regime da lei-quadro, sendo imperativo, é aplicável *per se*.

52 Note-se que o n.º 8 do artigo 32.º da lei-quadro afasta o regime das incompatibilidades pós mandato nas situações de cessação de funções por iniciativa da entidade reguladora, o que inclui, inevitavelmente, as situações em que a entidade decida a cessação de funções de um diretor na sequência de ter apurado que a conduta do mesmo não respeitou a obrigação de independência a que estava adstrito. Num total esvaziamento de uma previsão legal que se pretende ser anti *revolving-door*, este mesmo diretor, liberto do regime de incompatibilidades pós mandato, pode livremente exercer funções, sem penalização, na entidade regulada beneficiária da sua atuação.

- “o caso do administrador da ERSE impossibilitado de contratar energia elétrica” – ou da proibição de cônjuge ter relação contratual com esses serviços, outras situações delicadas de recorte das incompatibilidades e impedimentos se colocarão, sobretudo no caso de entidades com intervenção transversal como a Autoridade da Concorrência ou a CMVM.
- 83 Efetivamente, a proibição de manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora e com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências, ou deter quaisquer participações sociais ou interesses naquelas, no que tange a entidades cujas atribuições abrangem todas as empresas, do quiosque à multinacional, é de tal forma limitativa da liberdade de iniciativa económica particular, nomeadamente no que concerne a decisões de investimento e poupança, que claramente pode ser, se aplicada de forma rígida, considerada desproporcional e, eventualmente, inconstitucional.
- 84 A própria lei-quadro reconhece o problema subjacente à extensão do regime de incompatibilidades, pensado para os reguladores setoriais, à Autoridade da Concorrência, consagrando um regime especial em matéria de incompatibilidades para esta entidade⁵³. Este regime limita efetivamente a incompatibilidade às empresas que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos da AdC durante o mandato correspondente, resolvendo parcialmente o problema relativo às incompatibilidades pós mandato. Não obstante, trata-se de matéria de recorte difícil, e não integralmente conseguida, na medida em que a concretização, necessária para repor alguma proporcionalidade, deixa a descoberto situações de premeditada ausência de decisão (nomeadamente em processos sancionatórios).
- 85 A este regime podem acrescer outras incompatibilidades e impedimentos previstos nos estatutos, “nos termos da lei”, *i.e.*, entende-se, em termos conformes ao regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias⁵⁴.
- 86 Tendo a lei tido uma intervenção tão limitativa no que concerne ao regime de incompatibilidades e impedimentos durante e após o mandato,

53 Vide o n.º 3 do artigo 19.º, aplicável aos titulares do órgão de administração, e o n.º 7 do artigo 32.º, ambos da lei-quadro, relativamente aos titulares dos cargos de direção e equiparados.

54 Tal previsão – com fins clarificadores, já que não seria necessária – decorre expressamente do n.º 7 do mesmo artigo 19.º e do n.º 7 do artigo 32.º, ambos da lei-quadro.

denota-se a ausência de qualquer previsão de incompatibilidades e impedimentos relativamente ao período prévio à nomeação. Ainda que se tenha considerado que a falta do mesmo pode ser colmatada pela CRESAP e pelo regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos⁵⁵, verifica-se que as garantias de independência são muitíssimo assimétricas no que respeita à situação pré mandato face ao previsto para a situação pós mandato⁵⁶.

- 87 Não obstante, considera-se que sempre será aplicável o normativo relativo aos impedimentos previsto no artigo 9º-A do regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos⁵⁷ com referência à situação prévia à nomeação.
- 88 O regime de incompatibilidades, direcionado sobretudo para a independência dos titulares dos órgãos de administração face aos regulados (incluindo, nos regulados, quando aplicável, as empresas públicas), não contempla, contudo, um regime de incompatibilidades pré e pós mandato relativamente ao próprio poder político e, em concreto, ao próprio Governo, o que poderá também tornar mais opaca a independência dos reguladores face ao mesmo.
- 89 Como contraponto, de forma a assegurar que a atuação das entidades reguladoras não é condicionada pelo Governo, encontra-se prevista a respetiva autonomia decisória no plano administrativo e financeiro. Não obstante, subsistem limitações a uma atuação inteiramente independente das entidades reguladoras, como a da limitação da contratação e a da remuneração de trabalhadores, com impacto na capacidade de atuação das mesmas.

55 O Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos foi aprovado pela Lei n.º 64/93, de 26 de agosto, cuja última alteração foi introduzida pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro.

56 Note-se que o projeto de lei-quadro das ARI de 2002 estabelecia, no artigo 17.º, uma limitação da nomeação para o órgão de direção de quem tivesse sido nos dois anos anteriores membro dos corpos gerentes das empresas sujeitas à jurisdição da ARI ou tivesse tido funções de direção nas mesmas. O artigo 29.º dos novos estatutos da ERSE prevê norma idêntica.

57 O artigo 9º-A do Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, aplicável por remissão expressa do n.º 8 do artigo 19.º da lei-quadro das entidades reguladoras, prevê que os titulares que, nos últimos três anos anteriores à data da investidura no cargo, tenham detido, nos termos do artigo 8.º, percentagem de capital em empresas neles referida ou tenham integrado corpos sociais de quaisquer pessoas coletivas de fins lucrativos, não podem intervir em procedimentos administrativos em que aquelas empresas e pessoas coletivas intervenham e que possam suscitar dúvidas sobre a isenção ou retidão da conduta dos referidos titulares. Tal aplica-se, nomeadamente, à participação em procedimentos de concessão ou de modificação de autorizações ou licenças, de atos de expropriação, de concessão de benefícios de conteúdo patrimonial e de doação de bens. Este impedimento é expressamente afastado nos casos em que a referida participação em cargos sociais das pessoas coletivas tenha ocorrido por designação do Estado ou de outra pessoa coletiva pública.

- 90 O modelo de financiamento deve ainda assegurar uma não dependência financeira de dotações do Orçamento de Estado, prevendo a lei-quadro a possibilidade de cobrança de contribuições regulatórias, taxas e tarifas às empresas e outras entidades sujeitas aos seus poderes⁵⁸.
- 91 Assim, no que concerne ao regime orçamental e financeiro, prevê o artigo 33.º da lei-quadro das entidades reguladoras que as mesmas dispõem de autonomia quanto à gestão financeira e patrimonial, afastando, como regra, as regras da contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente as normas relativas à autorização de despesas, à transição e utilização dos resultados líquidos e às cativações de verbas, o que representa um reforço de independência⁵⁹.
- 92 Não obstante, atenta a exceção prevista para as verbas provenientes da utilização de bens do domínio público e para as que dependam de dotações do Orçamento do Estado, às quais é aplicável o regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, designadamente em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos e cativações de verbas, poderá ainda manter-se um elevado espectro de limitação à atuação de algumas entidades independentes: as que mais dependam deste tipo de verbas para o seu financiamento.
- 93 A autonomia financeira das entidades dependerá, assim, da concretização dos meios do respetivo financiamento nos estatutos⁶⁰ e, mais concretamente, da respetiva capacidade de autofinanciamento – com base em fontes

58 A independência financeira das entidades reguladoras é um aspeto central para uma atuação verdadeiramente independente. Tendo existido alguma cautela em prever, nos novos estatutos, uma panóplia de receitas próprias, de molde a evitar o financiamento por dotações do Estado (*vide* artigos 35.º, 32.º, 56.º, 46.º e 50.º, respetivamente dos estatutos da AdC, AMT, ERS, ERSAR e ERSE), apenas uma análise concreta do equilíbrio financeiro das entidades ao longo de um período representativo pode permitir concluir no sentido de uma verdadeira independência quanto a este aspeto. Note-se ainda que a possibilidade de financiamento por via de dotações do Estado se encontra em todos os casos prevista como salvaguarda, seja expressamente, como nos casos da AdC e da ERS, seja com base numa cláusula geral relativa a “outras receitas”, como previsto nos estatutos da AMT, da ERSAR e da ERSE.

59 Atento o novo regime regra aplicável às entidades reguladoras, poderá questionar-se a validade da norma prevista no n.º 6 do artigo 3.º do diploma preambular, que prevê que a “remuneração dos membros do conselho de administração, dos trabalhadores e os pagamentos efetuados a prestadores de serviços de entidades reguladoras acompanham a alteração geral anual que vier a ser aplicada, de modo transversal, à globalidade das entidades públicas”, na medida em que as medidas justificadas pela contenção do défice público deixam de ter justificação direta no caso das entidades com autonomia financeira plena.

60 Para reforço da independência financeira das entidades reguladoras relevará ainda proceder a uma automatização dos regimes de financiamento, até à data por vezes dependentes de portarias governamentais nos casos de transferências entre entidades reguladoras, como era o caso da AdC até à entrada em vigor dos novos estatutos (*cfr.* artigo 35.º, n.º 5) e, ainda que não abrangida pela lei-quadro, da ERC.

não provenientes da utilização de bens do domínio público – prevista nos respetivos orçamentos.

- 94 Por fim, mas não de somenos importância, constitui ainda uma garantia de independência a atribuição de todos os poderes necessários à respetiva atuação, prevendo a lei-quadro, bem como os novos estatutos, a detenção de poderes de regulamentação, de supervisão e fiscalização e sancionatórios.
- 95 Neste âmbito, lembre-se que o reforço das garantias de independência não leva a que a Administração Pública seja politicamente neutra: na tradição jurídica de submissão, as entidades reguladoras executam as opções políticas assumidas pelo poder legislativo⁶¹, politização que se manifesta também ao nível da sua participação no processo legislativo.
- 96 A atuação em domínios económicos e sociais reflete a existência de um “*espaço de liberdade política*” das entidades reguladoras, assente em “*pressupostos políticos e envolvendo um conteúdo político*”, enquadrado na prossecução do interesse público subjacente à sua criação e atuação, conformado pela lei e em respeito dos direitos e interesses dos particulares⁶².
- 97 Nesta medida, a outra face da moeda da independência das entidades reguladoras corresponde ao necessário reforço de mecanismos de *accountability*, sendo inúmeras vezes criticado o modelo pela fraca democraticidade que decorre do afastamento do centro decisório que encerram dos órgãos democraticamente eleitos, bem como dos órgãos com legitimidade democrática mediata como o Governo.
- 98 Neste sentido, a lei-quadro das entidades reguladoras reforça os mecanismos de *accountability*, prevendo a apresentação de planos e relatórios ao Governo e à Assembleia da República, bem como deveres de resposta perante esses órgãos.
- 99 No mesmo sentido, o reforço das obrigações de transparência e de divulgação da atuação da entidade reguladora, próprias da transferência do modelo do “*Estado burocrático*” para o modelo do “*Estado transparente*”, permitindo um maior controlo político e social, reforçam também os mecanismos de responsabilização⁶³.

61 Sobre a não neutralidade política da Administração na tradição do pensamento político ocidental *vide* Otero, 2012: 714 ss.

62 Otero, 2012: 730-733.

63 O artigo 48.º prevê a divulgação de conteúdos através da respetiva página eletrónica, sendo replicado nos novos estatutos das diversas entidades, nos artigos respetivamente indicados (AdC, 46.º; AMT, 90.º; ERS, 71.º; ERSAR, 50.º e ERSE, 7.º e 7.º-A). Sobre o modelo do “Estado Transparente” *vide* Renato Gonçalves, 2006: 812 ss.

- 100 Em contraponto, sendo certo que a divulgação de informação deve ser efetuada nos parâmetros estritos dos objetivos em causa, tutelados os direitos das empresas em causa, será excessiva a previsão de uma norma impeditiva de os membros do conselho de administração fazerem declarações ou comentários “sobre processos em curso ou questões concretas relativas a entidades sobre os quais atua a respetiva entidade reguladora, salvo para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo”⁶⁴. Justificar-se-á porventura uma interpretação extensiva desta última exceção, em prol do princípio da transparência e da *accountability*, salvaguardados os direitos das empresas.
- 101 Deixa-se ainda algumas notas sobre o regime financeiro e patrimonial, que em outras sedes caberá explorar: determina-se na lei-quadro a aplicação supletiva do regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais, estabelecendo-se a aplicação do regime patrimonial privado, impondo-se lembrar que o que está em causa é património do Estado.
- 102 Em termos laborais, estabelece-se, porventura por razões conjunturais, a aplicação do regime do contrato de trabalho, apartando-se a lei do desiderato de uniformização do regime da prestação de trabalho em funções públicas pretendida com a reforma de 2007/2008. Os novos estatutos, até à data, reiteraram esta opção⁶⁵.
- 103 A lei-quadro estabelece ainda, como objetivo geral das entidades reguladoras independentes, a proteção dos direitos dos consumidores, prevendo que as entidades são reguladoras de conflitos, podendo emitir injunções relativamente à atuação dos regulados face aos consumidores, criando bases para a expansão do recurso à resolução extrajudicial de conflitos⁶⁶.
- 104 Não obstante o caráter geral da previsão legal, atentas as atribuições e competências da Autoridade da Concorrência, verifica-se que, não tendo esta entidade natureza setorial nem, na realidade, funções de regulação,

64 Cfr. o artigo 18.º, n.º 1, da lei-quadro. Note-se que o dever de reserva não abrange as declarações relativas a processos já concluídos nem a prestação de informações que vise a realização de direitos ou interesses legítimos, nomeadamente o do acesso à informação.

65 Cfr. os novos estatutos das entidades: AdC, 30.º; AMT, 27.º; ERS, 52.º; ERSAR, 40.º e ERSE, 54.º.

66 Cfr. os artigos 38.º, 28.º, 14.º e 20.º, respetivamente dos novos estatutos da AMT, da ERS, da ERSAR e da ERSE. Com referência ao enquadramento da resolução de conflitos pela Administração *vide* Machete, 2012: 826.

não se enquadram nas mesmas funções de resolução de conflitos (40.º, n.º 4, e 47.º)⁶⁷. Neste sentido, os novos estatutos da AdC não prevêm este tipo de funções.

- 105 Por fim, denota-se que a solução de atribuição do produto das coimas às entidades reguladoras tem vindo a ser considerada criticável pela doutrina⁶⁸. Não se ignora que, seguindo-se o paradigma da *public choice*, e entendendo-se que a racionalidade das entidades reguladoras incorpora, por definição, preocupações de financiamento, este sistema de participação financeira na sanção pode criar incentivos a uma aplicação de coimas ineficiente e inadequada do ponto de vista dos fins das sanções.

CONCLUSÃO

Do que se expôs decorre que a Lei n.º 67/2014, de 28 de agosto constitui, desde já, um marco na regulação em Portugal, salvaguardando aspetos que, em termos orgânicos, financeiros e de funcionamento contribuem para uma atuação independente e mais eficiente das entidades reguladoras.

Releva, contudo, apurar como, em primeiro lugar, o regime é acolhido nos estatutos das diversas entidades reguladoras. Podendo afirmar-se que o acolhimento das soluções prescritas é quase integral nos estatutos já publicados (ERSE, ERSAR, AMT, AdC e ERS), importará futuramente verificar a consagração, não só na revisão estatutária das demais entidades reguladoras (ISP, CMVM, ICP-ANACOM e INAC), mas nas ulteriores revisões que se efetuem em diversos ciclos políticos, e, mais ainda, a tradução das garantias previstas *de iure*, na atuação *de facto* dos reguladores.

Não obstante, os efeitos da lei-quadro apenas se verificarão com a análise da atividade das entidades reguladoras, na qual se traduzirá o resultado do conjunto de elementos tendentes à independência e à atuação eficiente das mesmas. Efetivamente, a receita não é matemática, sendo neste aspeto de referir que muito se ganharia com a introdução de análises de impacto, *ex ante* e *ex post*, da atuação das entidades, ausente desta reforma.

67 Sobre a atividade arbitral das autoridades reguladoras independentes e o ato administrativo de resolução de litígios *vide* Maçãs, 2006: 44 ss..

68 A atribuição à entidade reguladora do produto da coima como receita encontra-se prevista em todos os novos estatutos: na totalidade no caso da AMT e da ERSAR (artigos 32.º e 46.º dos respetivos estatutos) e em 40% (revertendo o remanescente para o Estado) nos casos da AdC, ERS e ERSE (artigo 35.º, 46.º e 50.º, respetivamente dos novos estatutos destas entidades).

Encontrando-se bem presentes na lei-quadro – em normas que as visam combater – as tentações de intervenção política e de captura pelos regulados, bem estudados pela Teoria da Escolha Pública⁶⁹, conclui-se, reafirmando-se a necessidade de continuar a reflexão sobre soluções que assegurem uma atuação verdadeiramente independente e eficiente das entidades reguladoras.

69 Sobre a teoria da escolha pública *vide* na doutrina nacional, por todos, Araújo, 2012: 612 ss.. *Vide* ainda North, 1994: 360 e Gonçalves, 2013.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando

2012 *Introdução à Economia*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.

BLANCO DE MORAIS, Carlos

2001 “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *ROA*, ano 61, tomo I, pp. 101-155.

2012 “O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia” in Rebelo de Sousa, Fausto de Quadros, Paulo Otero e Vera-Cruz Pinto (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, pp. 183-217.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno

2008 *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.

CALVETE, Victor

2011 “Smoke & Mirrors”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n.º 7/8, pp. 63-113.

CARDOSO, José Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

CONFRARIA João

2010 “Falhas do Estado e Regulação Independente”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n.º 3, pp. 33-52.

DECOOPMAN, Nicole

2002 “Peut-on Clarifier le Désordre?”, in Decoopman (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, Centre de Droit Privé et de Sciences Criminelles d'Amiens (CEPRISCA), Paris: Puf, pp. 15-38.

DUMÉZ, H. & JEUNEMAÎTRE, A.

1999 “Les institutions de la régulation des marchés: étude de quelques modèles de référence”, in *RIDE*, vol. 1, Bruxelas: De Boeck Université, pp. 11-30.

GONÇALVES, Pedro

2006 “Direito Administrativo da Regulação” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 535-573.

2013 “Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*”, in *O Governo da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, pp. 7-33.

- HANRETTY, Chris, LAROCHE, Pierre & REINDL, Andreas
 2012 *Independence, accountability and perceived quality of regulators*, Centre on Regulation in Europe (CERRE), disponível em http://www.cerre.eu/sites/default/files/report_container.pdf.
- HODGES, Cristopher
 2014 “Fast, Effective and Low Cost Redress: How do Public and Private Enforcement and ADR Compare?” in B. Rodger (ed.), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, WoltersKluwer.
- MACHETE, Rui Chancerelle de
 2012 “A tutela administrativa e judicial dos direitos nas relações poligonais não reguladas nomativamente, in Rebelo de Sousa, Fausto de Quadros, Paulo Otero e Vera-Cruz Pinto (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 819-831.
- MAÇÃS, Fernanda
 2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.
- MAGIDE HERRERO, Mariano
 2000 *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MAJONE, Giandomenico
 1997a “The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union”, *Eipascope*, n.º 3, European Institute of Public Administration (EIPA).
 1997b “The new European agencies: regulation by information”, in *Journal of European Public Policy*, 4, n.º 2, pp. 262-275.
 2005 *Regulating Europe*, 1.ª ed. 1996, Londres: Routledge.
- MORAIS, Luís Silva
 2012 “O novo direito da economia e a constituição económica”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 453.
- MOREIRA, Vital
 2001 “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Setor Elétrico”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora.

NORTH, Douglass

1994 “Economic Performance Through Time”, *American Economic Review*, n.º 3, pp. 359-363.

OTERO, Paulo

2001 “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública” in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica* 60, Coimbra: Coimbra Editora.

2012 “A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração” in Paulo Otero, Fausto de Quadros & Marcelo Rebelo de Sousa (coord.), *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora.

PAZ FERREIRA, Eduardo & MORAIS, Luís

2009 “A Regulação Setorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral”, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-8.

RENATO GONÇALVES, José

2006 “Estado burocrático e Estado transparente – Modelos institucionais de defesa do princípio da transparência: a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do seu Nascimento*, vol. I, Coimbra, 2006, pp. 812.

VAZ FREIRE, Paula

2012 “A nova governação económica da União Europeia” in Paulo Otero, Fausto de Quadros e Marcelo Rebelo de Sousa (coord.), *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra: Coimbra Editora, vol. V, pp. 433-451.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo

2005 “A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI” in Menezes Cordeiro e Ruy de Albuquerque (coord.) *Regulação e Concorrência. Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra: Almedina.



C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional



LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JANEIRO A MARÇO DE 2014

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

GERAL

Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março

Aprova o processo de reprivatização da Empresa Geral do Fomento, S. A.

Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro

Transpõe a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores.

Portaria n.º 57/2014, de 7 de março

Fixa para os anos de 2013 e 2014 as percentagens que a Autoridade da Concorrência recebe a título de receitas próprias, provenientes de taxas cobradas pelos serviços prestados, de várias entidades reguladoras.

BANCO DE PORTUGAL

Aviso n.º 1/2014, de 17 de fevereiro

Altera o Aviso n.º 5/2013, de 18 de dezembro, que regulamentou as condições, mecanismos, e procedimentos necessários ao cumprimento dos deveres preventivos do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Decreto-Lei n.º 35/2014, de 7 de março

Revoga o Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro, que altera e substitui as bases da concessão do serviço público de telecomunicações.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

CONDUTORES

Lei n.º 14/2014, de 18 de março

Altera o Regulamento da Habilitação Legal para Conduzir, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 138/2012, de 5 de julho, e transpõe as Diretivas 2012/36/UE, da Comissão, de 19 de novembro de 2012, 2013/22/UE, do Conselho, de 13 de maio de 2013 e 2013/47/UE, da Comissão, de 2 de outubro de 2013, que alteram a Diretiva 2006/126/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativa à carta de condução.

Decreto-Lei n.º 37/2014, de 14 de março

Altera o Regulamento da Habilitação Legal para Conduzir, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 138/2012, de 5 de julho, e transpõe as Diretivas 2012/36/UE, da Comissão, de 19 de novembro de 2012, 2013/22/UE, do Conselho, de 13 de maio de 2013 e 2013/47/UE, da Comissão, de 2 de outubro de 2013, que alteram a Diretiva 2006/126/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativa à carta de condução.

Portaria n.º 56/2014, de 6 de março

Altera o Regulamento do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto n.º 39.987, de 22 de dezembro de 1954.

TRANSPORTES RODOVIÁRIOS

Decreto-Lei n.º 19-A/2014, de 7 de fevereiro

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 41-A/2010, de 29 de abril, relativo ao transporte terrestre de mercadorias perigosas, transpondo a Diretiva 2012/45/UE, da Comissão, de 3 de dezembro.

SECTOR MARÍTIMO-PORTUÁRIO

Decreto-Lei n.º 7/2014, de 15 de janeiro

Assegura a execução na ordem jurídica interna das obrigações decorrentes do Regulamento (CE) n.º 261/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 1177/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro, relativo aos direitos dos passageiros dos serviços de transporte marítimo e por vias navegáveis interiores.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS**Lei n.º 12/2014, de 6 de março**

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, modificando os regimes de faturação e contraordenacional.

Lei n.º 10/2014, de 6 de março

Approva os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos.

Portaria n.º 77/2014, de 31 de março

Approva a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Beja.

Portaria n.º 61/2014, de 10 de março

Approva a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações localizadas no concelho de Pombal e revoga a Portaria n.º 34/2013, de 29 de janeiro.

Portaria n.º 54/2014, de 3 de março

Approva a delimitação do perímetro de proteção da captação de água superficial localizada na Albufeira da Barragem de Odelouca, situada em Odelouca, na freguesia de Alferce do concelho de Monchique.

Portaria n.º 43/2014, de 18 de fevereiro

Approva a delimitação do perímetro de proteção das captações de água subterrânea localizada no concelho da Figueira da Foz.

Portaria n.º 39/2014, de 17 de fevereiro

Approva a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Sever do Vouga.

Portaria n.º 38/2014, de 14 de fevereiro

Approva a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Ourém.

Portaria n.º 18/2014, de 28 de janeiro

Primeira alteração à Portaria n.º 182/2012, de 8 de junho que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas situadas no concelho de Benavente.

Portaria n.º 16/2014 de 27 de janeiro

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea no concelho de Águeda.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

Decreto-Lei n.º 32/2014, de 28 de fevereiro

Procede ao diferimento da repercussão nas tarifas de energia elétrica de 2014 do montante não repercutido do ajustamento anual da compensação devida pela cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia, referente ao ano de 2012, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.

Decreto-Lei n.º 13/2014, de 22 de janeiro

Altera o Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de setembro, relativamente à forma de fixação do período de aplicação das tarifas transitórias para fornecimentos de eletricidade aos clientes finais com consumos em alta tensão (AT), média tensão (MT) e baixa tensão especial (BTE).

Portaria n.º 27/2014, de 4 de fevereiro

Fixa a data para os comercializadores de último recurso continuarem a fornecer eletricidade a clientes finais com consumos em AT, MT e BTE que não tenham contratado no mercado livre o seu fornecimento.

Portaria n.º 3-A72104, de 7 de janeiro

Estabelece os procedimentos de repartição das receitas geradas pelos leilões de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, incluindo o plano anual de utilização das receitas e o modo de articulação do Fundo Português de Carbono (FPC) com outros organismos na alocação e utilização dessas receitas, bem como os montantes a deduzir à tarifa de uso global do Sistema Elétrico Nacional.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência

Jurisprudência Geral



COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014,
Petição n.º 97/11, *Delta Pekárny A.S. c. República Checa*

*Helena Gaspar Martinho*¹

Introdução

As buscas e inspeções no Direito da Concorrência desde cedo suscitaram interessantes e apaixonadas discussões jurídicas.

Com efeito, as buscas ou inspeções serão, provavelmente, o mais relevante e poderoso instrumento de investigação de práticas anticoncorrenciais ao alcance da Comissão Europeia e das Autoridades Nacionais de Concorrência (ANCs). Porém – ou por isso mesmo – são também o meio mais intrusivo de recolha de prova, colocando múltiplas questões no que respeita à sua conciliação ou concordância prática com os direitos dos investigados.

Num ramo de Direito que tem sido tradicionalmente, em grande medida, moldado e definido através de decisões jurisprudenciais, é imperativo, para a determinação ou clarificação de matérias fundamentais (em particular, as relacionadas com os direitos e garantias dos investigados) analisar não só a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)², como também as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Com efeito, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e a jurisprudência do TEDH têm assumido um papel cada vez mais relevante no Direito Europeu e, em particular, no Direito da Concorrência, pese embora o recente parecer do Tribunal

1 Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência à data em que foi escrito este comentário. As opiniões expressas no presente comentário são da exclusiva responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

2 O Tribunal de Justiça da União Europeia é composto por três jurisdições: o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e o Tribunal da Função Pública.

de Justiça no sentido de que o projeto de acordo internacional de adesão da União Europeia à CEDH não é compatível com o Direito da União Europeia³.

A recente decisão TEDH no caso *Delta*, pronunciando-se sobre a legalidade das inspeções conduzidas pela ANC checa, trouxe um importante contributo para a discussão. Quão ampla deve ser a proteção conferida às empresas quando esteja em causa a proteção do “domicílio” e da “vida privada”? É necessário um controlo judicial prévio para que uma busca ou inspeção possa considerar-se legal? Que tipo de controlo *ex post facto* deve ser exercido pelos tribunais? Quais as garantias que devem ser asseguradas às empresas investigadas neste contexto? Estas são algumas das questões sobre as quais procuraremos refletir brevemente no presente comentário.

1. O caso *Delta*

Em 2003, a ANC checa abriu um procedimento administrativo por suspeita de existência de um acordo de fixação de preços nos produtos de padaria entre a Delta Pelkárny a.s. (empresa requerente nos presentes autos) e duas outras empresas, em violação das regras nacionais de concorrência. Neste contexto, a ANC checa decidiu efetuar uma inspeção nas instalações da Delta, sendo que esta decisão não foi sujeita a um controlo prévio por parte dos tribunais⁴.

Durante tais diligências, os diretores da Delta presentes negaram a sua colaboração à ANC checa, tendo-se recusado a separar a correspondência privada e comercial⁵.

A ANC checa aplicou à Delta uma sanção pecuniária (cerca de € 11 500) por não ter permitido o exame da integralidade dos dados eletrónicos de carácter comercial que se encontravam nas suas instalações e por se ter oposto à realização da inspeção, recuperando dois dos documentos entregues⁶.

A Delta apresentou uma queixa perante o TEDH, invocando que a inspeção efetuada pela ANC checa nas suas instalações sem nenhum controlo judicial violava o direito ao respeito pela vida privada, domicílio e correspondência, tal como disposto no artigo 8.º da CEDH⁷.

3 Parecer do Tribunal de Justiça 2/2013, de 18 de dezembro de 2014.

4 § 6.

5 § 7.

6 § 12.

7 Que dispõe, sob a epígrafe “direito ao respeito pela vida privada e familiar”: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

1.1. Argumentos da Delta

A Delta argumentou que a inspeção efetuada pela ANC checa não respeitava as exigências do artigo 8.º, n.º 2, da CEDH, uma vez que não tinha sido sujeita a autorização prévia de um tribunal ou de outro órgão independente⁸. Ademais, tal ausência de autorização prévia não era compensada por um exame efetivo *a posteriori* sobre os fundamentos da inspeção e a forma como decorreu. No caso concreto, os tribunais limitaram-se a examinar a legalidade da inspeção e o comportamento da Delta neste contexto, mas nunca examinaram a conduta da ANC checa, os motivos, o fim e amplitude das buscas, nem o seu caráter necessário e proporcional⁹.

Por outro lado, não foram indicados os factos concretos que levavam a ANC checa a pensar que a Delta tinha violado as regras da concorrência, nem foram designados os documentos que se pretendia consultar, tendo sido exigido, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária, o acesso a todos os documentos comerciais da Delta e à totalidade da correspondência eletrónica dos seus empregados, com o único fim de procurar provas contra a Delta¹⁰.

1.2. Decisão do Tribunal

1.2.1. Conceito de domicílio e causas de justificação da ingerência

O Tribunal começou por recordar que o termo “*domicilie*” tem uma conotação mais ampla do que a palavra “*home*” (que consta da versão inglesa do artigo 8.º da CEDH) e pode englobar, por exemplo, um escritório de um profissional liberal. Em certas circunstâncias, os direitos garantidos no âmbito do artigo 8.º

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

8 § 67.

9 § 69.

10 § 71. O Governo checo, por seu turno, argumentou que no caso de buscas ou inspeções desenvolvidas nas instalações de empresas a expectativa quanto ao nível de proteção dos direitos não pode ser a mesma do que quando estejam em causa domicílios privados ou locais destinados ao exercício de atividades profissionais por pessoas singulares. Por outro lado, se um mandado de busca prévio é genericamente considerado como garantia suficiente, a ausência de um mandado judicial pode ser compensada com um controlo judicial *a posteriori*. Segundo o Governo checo, no caso concreto, a legalidade e o desenrolar da inspeção foram objeto de um controlo judicial *a posteriori*, por um lado no quadro do processo principal relativo à violação das regras materiais da concorrência e, por outro lado, no quadro do recurso apresentado pela Delta contra a decisão da ANC checa que lhe aplicou uma sanção pecuniária por não ter cumprido com o seu dever de se submeter às buscas (§§ 72 e 73).

da CEDH podem ser interpretados como incluindo, para uma empresa, o direito ao respeito da sua sede social, a sua agência ou as suas instalações profissionais. Porém, neste cenário, o direito de ingerência dos Estados pode ir mais longe do que quando esteja em causa o domicílio de uma pessoa física¹¹.

Ora, no caso presente, não se contestava que a inspeção desenvolvida nas instalações da sociedade requerente se analisava da perspectiva de uma ingerência no seu direito ao respeito do “domicílio” no sentido do artigo 8.º (n.º 1)¹².

O Tribunal passou, assim, a determinar se esta ingerência era justificada nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da CEDH, *i.e.*, (i) se estava prevista na lei, (ii) se prosseguia um ou mais fins legítimos e (iii) se era necessária, numa sociedade democrática à realização desse ou desses fins.

O TEDH concluiu em poucas linhas que os dois primeiros requisitos se encontravam preenchidos, ou seja, a ingerência (i) estava prevista na lei e (ii) prosseguia um fim legítimo, uma vez que permitia a busca de indícios e provas da existência de um acordo ilícito de preços entre os produtores de bens de pastelaria, prosseguindo o bem-estar económico do país¹³.

Relativamente ao requisito (iii) – necessidade numa sociedade democrática – o TEDH recordou que a noção de necessidade implica uma ingerência (a) fundada numa necessidade social imperiosa e (b) proporcional ao fim legítimo prosseguido¹⁴.

1.2.2. Jurisprudência anterior do TEDH – Controlo judicial *ex ante* ou *ex post*

O TEDH chamou à colação a sua jurisprudência anterior, segundo a qual a legislação dos Estados contratantes tem de oferecer garantias adequadas e suficientes contra os abusos no âmbito das buscas e apreensões.

Em casos semelhantes, o Tribunal verificou, em particular, se a busca tinha sido efetuada ao abrigo de um mandado concedido por um juiz e sustentado

11 § 77.

12 § 78.

13 §§ 80 e 81.

14 Para se pronunciar sobre este requisito, o Tribunal tem de ter em conta a margem de apreciação deixada aos Estados contratantes, a qual é mais ampla quando a medida se aplica a pessoas coletivas e não a pessoas singulares. No entanto, o Tribunal não deixa de questionar se o Estado usou o seu poder de apreciação de boa-fé, cuidadosamente e de forma e de forma sensata, e verifica também se o princípio da proporcionalidade foi respeitado – § 82.

em motivos plausíveis de suspeita e se o mandado tinha um alcance razoável (se estava razoavelmente delimitado)¹⁵.

O TEDH recordou que quando a legislação nacional habilite as autoridades a conduzir buscas sem mandado judicial, o tribunal deve redobrar a vigilância¹⁶. A ausência de um mandado de busca pode ser compensada por um controlo judicial *ex post facto* sobre a legalidade e a necessidade da medida¹⁷. É necessário que esse controlo seja eficaz nas circunstâncias particulares do processo em causa. Na prática, tal implica que as pessoas envolvidas possam obter um controlo judicial efetivo, em matéria de facto e de direito, da medida e da sua aplicação¹⁸.

1.2.3. Aplicação dos critérios ao caso concreto

O TEDH constatou que nem no processo relativo à sanção pecuniária aplicada por violação dos deveres de colaboração no âmbito da inspeção, nem no processo principal relativo à violação das regras substantivas da concorrência, a regularidade da inspeção tinha sido controlada pelos tribunais. Ademais, não existia nenhum recurso que garantisse o controlo sobre o desenvolvimento da inspeção¹⁹.

Os tribunais não se haviam debruçado sobre os elementos de facto que levaram a ANC a conduzir uma inspeção. Em consequência, o exercício pela ANC do seu poder de apreciação quanto à oportunidade, duração e amplitude da inspeção não tinha sido objeto de exame judicial²⁰.

O TEDH acrescentou que não podia considerar-se suficiente a constatação do tribunal regional segundo o qual a ingerência era justificada desde o momento em que a ANC tinha suspeitas de que um certo comportamento no mercado resultava de um contacto entre concorrentes, contacto que não podia ser demonstrado senão pelas provas obtidas através de uma inspeção²¹.

15 § 83.

16 § 83.

17 §§ 83 e 87.

18 § 87.

19 § 91.

20 § 91.

21 *Idem*.

O TEDH concluiu que, no caso concreto, o controlo judicial *ex post facto* não ofereceu à Delta garantias suficientes contra medidas arbitrárias, sendo que a ingerência nos seus direitos não podia considerar-se proporcional ao fim legítimo pretendido²², tendo sido violado o artigo 8.º da CEDH²³.

1.2.4. Em suma:

- (i) A proteção conferida pelo artigo 8.º da CEDH à vida privada e ao domicílio também se aplica a pessoas coletivas, ainda que com menor intensidade e extensão do que quando se aplica a pessoas singulares;
- (ii) A ausência de um mandado de busca pode ser compensada por um controlo judicial efetivo *ex post facto*;
- (iii) No caso concreto, os tribunais não se debruçaram sobre os elementos de facto que levaram a ANC checa a conduzir uma inspeção. Em consequência, o exercício pela ANC do seu poder de apreciação quanto à oportunidade, duração e amplitude da inspeção não foi objeto de exame judicial.

2. A jurisprudência do TEDH e do TJUE sobre as garantias nas inspeções e buscas

Os direitos e garantias dos investigados nos processos sancionatórios do Direito da Concorrência conduzidos pela Comissão Europeia foram desenvolvidos pela jurisprudência do TJUE como princípios gerais do Direito da União Europeia. Para determinar a existência de tais princípios e delinear o seu alcance, o TJUE retirou e retira, conforme resulta do próprio texto do Tratado da União Europeia, a sua inspiração das tradições constitucionais dos Estados Membros (EMs) e das linhas de orientação fornecidas por tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em particular, a CEDH, da qual todos os EMs são partes contratantes²⁴.

22 § 93.

23 § 94.

24 O artigo 6.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia dispõe: "Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros".

Depois do caso *Rutili*²⁵, em que, pela primeira vez, o Tribunal de Justiça fez referência expressa à CEDH como elemento de interpretação para definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais no, então, Direito Comunitário, as referências à Convenção para este efeito tornaram-se habituais:

“A jurisprudência comunitária descobriu na CEDH um instrumento de construção progressiva do catálogo comunitário de direitos fundamentais, interpretado e aplicado segundo critérios hermenêuticos adequados à especificidade do processo de integração”²⁶.

“De uma forma gradual, à medida dos casos que lhe eram submetidos, o TJCE ‘apropriou-se’ do Direito da Convenção”²⁷.

A definição do grau de proteção dos direitos de defesa no âmbito do Direito da Concorrência não foi exceção a este processo de “fertilização”.

Acresce que, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a CEDH ganhou maior peso no Direito da União Europeia, com impacto também no Direito da Concorrência. Com efeito: (i) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia passou a ter o mesmo valor jurídico que os Tratados²⁸; (ii) a Carta dispõe que na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, “o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção”, a não ser que a Carta confira uma proteção mais extensa ou mais ampla²⁹; (iii) a nova versão do Tratado da União Europeia prevê ainda a adesão da UE à CEDH³⁰.

À luz do exposto, para uma análise das garantias e direitos dos investigados no âmbito de inspeções e buscas, é essencial estudar a jurisprudência do TJUE e do TEDH³¹.

25 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de outubro de 1975, Processo 36/75.

26 Duarte, 2006: 105.

27 Duarte, 2006: 106.

28 Artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

29 Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta.

30 Artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia. Pese embora, conforme se referiu, o recente parecer do Tribunal de Justiça no sentido de que o projeto de acordo internacional de adesão da União Europeia à CEDH não é compatível com o Direito da União Europeia – Parecer do Tribunal de Justiça 2/2013, de 18 de dezembro de 2014.

31 Para uma análise da conformidade das soluções adotadas pelo juiz comunitário com a CEDH no que concerne a este tipo de inspeções, veja-se Bombois, 2012: 143-156. Defendendo que o regime instituído pelo Regulamento n.º 1/2003 e o controlo exercido pelo TJUE não é suficientemente garantístico à luz da CEDH: Aslam & Ramsdem, 2008; Théophile & Simic, 2012. Em sentido contrário, Wils, 2011.

É, pois, neste contexto que procederemos a uma breve análise de algumas das decisões anteriores do TJUE e do TEDH mais relevantes sobre esta matéria, procurando refletir sobre: (i) o que cada um dos Tribunais determinou sobre este tema; (ii) em que medida o entendimento do TJUE e do TEDH é coincidente; (iv) em que medida o TJUE e o TEDH se inspiraram e influenciaram mutuamente; (v) em que medida é inovadora a decisão do processo *Delta*.

2.1. Direito à inviolabilidade do domicílio e proteção da vida privada de pessoas coletivas

O Tribunal de Justiça teria oportunidade, em 1980, de pronunciar-se em relação à conciliação ou concordância prática entre os poderes de investigação da Comissão Europeia e os direitos das empresas investigadas num contexto de inspeções no processo *National Panasonic*³². A empresa alvo da inspeção e recorrente nestes autos invocou, perante o Tribunal de Justiça, a violação do seu direito ao respeito da vida privada e à inviolabilidade do domicílio (artigo 8.º da CEDH)³³.

O Tribunal de Justiça não decidiu, porém, de forma clara a questão da aplicabilidade do artigo 8.º da CEDH a pessoas coletivas, focando-se antes no artigo 8.º, n.º 2, da mesma Convenção, que cita expressamente, onde se declara a possibilidade de ingerência das autoridades públicas nos direitos enunciados no n.º 1 do mesmo artigo, e se prevê os requisitos necessários para o efeito³⁴. O Tribunal parece, assim, considerar que, ainda que o artigo 8.º da CEDH se aplique a pessoas coletivas (questão que não resolve cabalmente), os requisitos previstos no artigo 8.º, n.º 2, da CEDH, que permitem uma ingerência na vida privada e familiar e no domicílio, se encontram, em todo o caso, preenchidos³⁵.

32 Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1980, *National Panasonic (UK) Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 136/79.

33 *Idem*, § 17. Sobre o direito à inviolabilidade do domicílio no Direito Europeu da Concorrência, veja-se Giannakopoulos, 2004: 94-100.

34 *Idem*, § 19. O Tribunal de Justiça começou por referir, a este propósito, que “os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito lhe compete assegurar, em conformidade com as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, bem como com os instrumentos internacionais nos quais os Estados-membros cooperem ou a que tenham aderido” (*idem*, § 18).

35 Uma vez que os poderes atribuídos à Comissão Europeia pelo artigo 14.º do Regulamento n.º 17 são necessários ao cumprimento da sua missão de garantir o respeito pelas regras da concorrência no mercado comum e proteger o interesse geral (*idem* § 20).

Volvidos 9 anos, no processo *Hoechst*³⁶, o Tribunal de Justiça pronunciou-se claramente quanto à questão de saber se a proteção conferida pelo artigo 8.º da CEDH à vida privada e familiar e ao domicílio se aplica às pessoas coletivas. E pronunciou-se pela negativa:

“[...] O objeto de proteção deste artigo é o desenvolvimento da liberdade pessoal do homem, não podendo, por isso, ser alargada às instalações comerciais. Além disso, constata-se a inexistência de qualquer jurisprudência a este respeito por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”³⁷.

Tal não significa, porém, que o Tribunal de Justiça não tenha acautelado os direitos das empresas buscadas. Fê-lo, sim, à luz dos princípios gerais de direito comunitário³⁸.

O pressuposto enunciado pelo Tribunal de Justiça no processo *Hoechst* de que o TEDH não se havia ainda pronunciado quanto a esta matéria viria a inverter-se pouco tempo depois. No caso *Niemietz*³⁹, o TEDH divergiu do entendimento do Tribunal de Justiça (cuja jurisprudência, aliás, cita)⁴⁰, pronunciando-se no sentido de que seria demasiado restritivo limitar o conceito de “vida privada” ao círculo mais íntimo, devendo também compreender, em certa medida, o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos⁴¹. Assim, segundo o TEDH, não deve excluir-se desse conceito o espaço onde se desenvolvem as atividades económicas e profissio-

36 Acórdão do Tribunal de 21 de setembro de 1989, *Hoechst AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos 46/87 e 227/88.

37 *Idem*, § 18.

38 “Não é menos verdade, porém, que em todos os sistemas jurídicos dos Estados-membros as intervenções do poder público na esfera da atividade privada de qualquer pessoa, seja singular ou coletiva, devem ter fundamento legal e justificar-se por razões previstas na lei, e que esses sistemas estabelecem, em consequência, embora de formas diferentes, uma proteção contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. A exigência dessa proteção deve, assim, ser reconhecida como princípio geral do direito comunitário. Recorde-se, a este respeito, que o Tribunal de Justiça afirmou a sua competência de controlo da natureza eventualmente excessiva das diligências de instrução efetuadas pela Comissão no âmbito do Tratado CECA (acórdão de 14 de dezembro de 1962, *San Michele e outros*, 5 a 11 e 13 a 15/62, *Recueil*, p. 859)”.

“É, pois, à luz dos princípios gerais acabados de recordar que se deve examinar a natureza e alcance dos poderes de instrução atribuídos à Comissão pelo artigo do Regulamento n.º 17” (*idem*, §§ 19 e 20).

39 *Niemietz c. Alemanha*, petição n.º 13710/88, Acórdão de 16 de dezembro de 1992. Anteriormente, o TEDH já se havia pronunciado pela violação do artigo 8.º da CEDH, por exemplo, num caso de buscas em que o domicílio privado era, simultaneamente, a sede da empresa: *Caso Chappell c. Reino Unido*, petição n.º 10461/83, Acórdão de 30 de março de 1989.

40 Acórdão *Niemietz* cit., § 22.

41 *Idem*, § 29.

nais, uma vez que, “afinal de contas, é no trabalho que a maioria das pessoas têm muitas, senão o maior número de ocasiões para reforçar esses laços com a vida exterior”⁴².

Importa, porém, fazer duas importantes ressalvas:

Em primeiro lugar, a factualidade subjacente ao caso terá sido determinante para a decisão do Tribunal no sentido de declarar que existia uma violação do artigo 8.º da CEDH⁴³. O TEDH parece ter sido particularmente sensível em relação ao facto de se tratar de buscas num escritório de advogado, sublinhando que no caso de profissões liberais pode ser difícil distinguir claramente as atividades que fazem parte da vida profissional das que não fazem⁴⁴. Acresce que, neste caso, o mandado estava redigido em termos muito vagos e amplos e as buscas restringiram de forma desproporcionada o segredo profissional de advogado.

Em segundo lugar, o Tribunal declara expressamente que, embora as pessoas coletivas também mereçam a proteção do artigo 8.º da CEDH, na medida em que devem ser protegidas de intervenções arbitrárias por parte das autoridades públicas, uma intervenção nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da CEDH pode ter um alcance mais amplo quando estejam em causa pessoas coletivas do que quando estejam em causa pessoas singulares⁴⁵. Por outras palavras, o nível de proteção conferido pelo artigo 8.º da CEDH é menos amplo e intenso quando se trate de pessoas coletivas⁴⁶.

Quando chamado novamente a pronunciar-se sobre esta matéria, no caso paradigmático *Roquette Frères*⁴⁷, o Tribunal de Justiça viria a incorporar na sua decisão a jurisprudência do TEDH (que cita expressamente)⁴⁸.

Tal não significa, porém, uma inversão ou alteração no entendimento do Tribunal de Justiça em relação à proteção a ser conferida às empresas no

42 *Idem*, § 29.

43 Conforme refere Miguel Moura e Silva, “a tese do Tribunal está muito ligada aos factos em apreço” (Silva, 2008: 112).

44 Acórdão *Niemietz*, cit., § 29.

45 *Idem*, 31.

46 Veja-se ainda a este propósito o Acórdão do TEDH no caso *Société Colas Est e outros c. França*, petição n.º 37971/97, Acórdão de 16 de abril de 2002, relativo a diligências de busca desenvolvidas pela ANC francesa.

47 Acórdão do Tribunal de 22 de outubro de 2002, *Roquette Frères SA contra Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, e Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-94/00.

48 *Idem*, § 29.

contexto de buscas. Com efeito, conforme se referiu, o Tribunal de Justiça tinha já decidido no sentido de estender a proteção a pessoas coletivas contra intervenções arbitrárias, com base nos princípios gerais de direito da União Europeia⁴⁹.

Particularmente esclarecedora quanto a esta problemática é a decisão do TEDH no caso *Debút*⁵⁰, também relativo a diligências de busca desenvolvidas por uma ANC (*in casu*, a ANC húngara). A decisão não é propriamente inovadora face à jurisprudência anterior do TEDH, mas cremos poder daqui retirar uma boa súmula (embora, naturalmente, seja necessário atender à factualidade subjacente a cada caso concreto) relativamente aos diferentes níveis de proteção a conferir em diligências de busca ou inspeção, pela seguinte ordem decrescente:

- (i) Domicílios particulares de pessoas singulares (pessoas físicas);
- (ii) Domicílios particulares de pessoas singulares (pessoas físicas) onde se desenvolve também uma atividade profissional ou comercial ou outras situações em que possa ser particularmente difícil fazer a distinção entre a vida pessoal e profissional;
- (iii) “Domicílios” profissionais ou instalações de empresas.

O TEDH esclarece no caso *Debút*, que ao contrário de uma habitação particular, as instalações de uma empresa não estão ao serviço do gozo da vida privada ou familiar, ou do desenvolvimento pessoal de indivíduos, como sucede com um domicílio pessoal – razão fundamental para a proteção específica do domicílio pessoal⁵¹.

As instalações das empresas (*in casu*, empresas de construção) não estão *prima facie* relacionadas com uma profissão ou atividade que possa ser conduzida a partir do domicílio privado e, por isso, os donos das empresas não devem ter as mesmas expectativas de proteção do que quando estão em causa domicílios pessoais⁵².

Quando estejam em questão atividades ou instalações profissionais ou comerciais, desde que a legislação e prática ofereçam garantias adequadas e

49 *Idem*, §§ 27 e 28.

50 *Debút Zrt. e outros c. Hungria*, petição n.º 24851/10, decisão de 20 de novembro de 2012.

51 *Debút cit.*, § 3.

52 *Ibidem*.

efetivas contra abusos nas diligências de busca, o direito de interferência dos Estados contratantes pode ter maior alcance⁵³.

Quanto ao tópico da aplicação de proteção a pessoas coletivas contra inge-rências abusivas, arbitrárias ou desproporcionais no contexto de buscas e inspeções, não encontramos especial divergência entre as decisões do Tribunal de Justiça e do TEDH, tal como não encontramos no processo *Delta* uma inovação sobre esta matéria. As decisões vão no sentido de que não apenas as pessoas singulares, mas também as pessoas coletivas devem merecer tal proteção, mas esta poderá ser menos extensa e intensa quando estejam em causa pessoas coletivas.

Resta saber que garantias devem ser oferecidas às empresas numa diligência de inspeção ou busca.

2.2. Garantias no âmbito de inspeções e buscas

Embora o Relatório da Comissão do Parlamento Europeu que apreciou o Projeto do Regulamento n.º 17 (Relatório Déringer) tenha proposto que fosse consagrada a obrigatoriedade de um mandado judicial para que a Comissão Europeia pudesse desenvolver inspeções, tal proposta não encontrou eco no texto do Regulamento⁵⁴.

Com efeito, quer ao abrigo do antigo Regulamento n.º 17⁵⁵, quer nos termos do Regulamento n.º 1/2003⁵⁶, a Comissão Europeia podia e pode desenvolver inspeções nas instalações das empresas sem mandado judicial, sendo as empresas e associações de empresas obrigadas a sujeitar-se a tais diligências, desde que ordenadas por decisão da Comissão⁵⁷. Poderá, porém, ser solicitado um mandado às autoridades nacionais competentes se, de acordo com as regras nacionais do local da inspeção, for necessária uma autorização

53 *Ibidem*.

54 Doc. do Parlamento Europeu 57/1961, § 121. Veja-se a este propósito Antunes, 1995: 142.

55 Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado [presentemente, artigos 101.º e 102.º do TFUE], JO 13 de 21.2.1962, pp. 204-211.

56 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [presentemente, artigos 101.º e 102.º do TFUE], JO L1, de 4.1.2003, pp. 1-25.

57 Artigo 14.º, n.º 3 do Regulamento n.º 17 e artigo 20.º, n.º 4 do Regulamento n.º 1/2003. Já no caso de buscas noutras instalações, terrenos ou meios de transporte, incluindo o domicílio dos dirigentes, dos administradores e de outros colaboradores das empresas ou associações de empresas em causa, a decisão da Comissão Europeia que ordena as buscas não pode ser executada sem autorização prévia da autoridade judicial nacional do Estado Membro em causa (artigo 21.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003).

judicial para ultrapassar a oposição da empresa em causa e para intervenção da força pública⁵⁸, prática que tem sido seguida pela Comissão, mesmo que a título preventivo. Neste contexto, a autoridade judicial nacional controla a autenticidade da decisão da Comissão, bem como o carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas relativamente ao objeto da inspeção, mas o controlo de legalidade da decisão da Comissão encontra-se reservado ao Tribunal de Justiça⁵⁹.

Segundo um relatório publicado pela Comissão Europeia a 31 de outubro de 2012, que analisa os poderes de investigação da Comissão Europeia e das ANCs, em 14 EMs é exigido um mandado para que possam executar-se buscas ou inspeções no âmbito de investigações por práticas anticoncorrenciais, sendo que nos restantes EMs tal mandado não é necessário para o efeito⁶⁰.

A possibilidade de se desenvolver diligências de busca e inspeção sem que necessariamente exista um mandado judicial, sendo o controlo eventualmente exercido pelos tribunais nacionais objeto de algumas limitações, tem sido alvo de críticas por parte de alguma doutrina⁶¹.

Também quanto a este ponto, no essencial, encontramos convergência entre o entendimento do TEDH (incluindo no caso *Delta*) e o do TJUE. Não é determinante para a legalidade das diligências de busca ou inspeção a existência de um mandado judicial prévio, desde que existam outras garantias e salvaguarda efetivas – seja ao longo das diligências de busca, seja através de um controlo judicial *ex post facto*.

Por outro lado, a exigência de um mandado judicial também não garante, *per se*, a legalidade das diligências de busca ou inspeção, se não existirem outras garantias.

O TEDH proferiu vários Acórdãos sobre esta temática, com a particularidade de uma parte deles se debruçar, justamente, sobre buscas desenvolvidas no campo do Direito da Concorrência, por uma ANC – reiteradamente, a ANC francesa.

58 Artigo 20.º n.º 7 e n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003.

59 Artigo 20.º, n.º 8, do Regulamento n.º 1/2003. A jurisprudência *Roquette Frères*, cit., inspirou a redação deste artigo. Veja-se a este propósito, Kerse & Khan, 2005: 167.

60 ECN, 2012: 8 ss. Em alguns Estados Membros é necessário um mandado judicial caso a ANC encontre oposição e necessite de empregar meios coercivos ou a presença da polícia.

61 Sugerindo que deveria existir um sistema centralizado de controlo *ex ante*, a cargo do Tribunal Geral, Messina, 2007.

O TJUE ou, mais concretamente, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral, proferiram recentemente Acórdãos que analisam em profundidade estas questões.

2.2.1. Jurisprudência do TEDH

2.2.1.1. Casos em que não que existia uma autorização judicial prévia

a) *Garantias adequadas e suficientes contra abusos*

No caso *Société Colas*⁶² estavam em causa buscas desenvolvidas em França, no campo do Direito da Concorrência. O TEDH entendeu que as mencionadas garantias e salvaguardas contra abusos não existiam no caso concreto, uma vez que, nos termos da legislação em vigor à data dos factos, as autoridades envolvidas tinham poderes muito amplos, com competência exclusiva para determinar a oportunidade, número, duração e dimensão das buscas. As buscas tinham sido feitas sem um mandado judicial e sem a presença de um oficial da polícia. O TEDH concluiu que as diligências de busca não podiam ser consideradas como estritamente proporcionais face ao fim legítimo prosseguido e que existia uma violação do artigo 8.º da CEDH⁶³.

Porém, no caso *Bernh Larsen*⁶⁴, apesar de uma interferência particularmente intensa e ampla por parte das autoridade fiscais, que determinaram que as empresas investigadas dessem acesso a uma cópia de todos os dados que constavam do servidor partilhado, o que incluía uma larga quantidade de material que não era relevante para efeitos de avaliação fiscal, *inter alia*, correspondência privada e outros documentos que pertenciam aos trabalhadores das empresas, o TEDH considerou não existir violação do artigo 8.º da CEDH, uma vez que tinham sido garantidas múltiplas salvaguardas. Com efeito, a lei previa, designadamente, a colocação da cópia do conteúdo do servidor num envelope selado, o dever de os responsáveis pela auditoria produzirem um relatório e o dever de as autoridades fiscais devolverem, assim que possível, os documentos irrelevantes⁶⁵.

62 *Société Colas Est e outros c. França*, petição n.º 37971/97, Acórdão de 16 de abril de 2002.

63 *Idem*, §§ 48 a 50.

64 *Bernh Larsen Holding AS e outros c. Noruega*, petição n.º 24117/08, Acórdão de 14 de março de 2013, § 171.

65 *Idem*, §§ 163 a 165.

b) Controlo judicial efetivo ex post facto

No caso *Delta*, presentemente em análise, o TEDH aplicou ao Direito da Concorrência o princípio que tinha aplicado noutros casos, noutros campos do Direito: num cenário em que o direito nacional habilite as autoridades a conduzir uma busca sem mandado judicial, o tribunal deve redobrar a vigilância. A ausência de um mandado de busca pode ser compensada por um controlo judicial efetivo *ex post facto*⁶⁶.

Segundo o TEDH, as partes devem poder ter acesso efetivo, *a posteriori*, a um tribunal que controle a legalidade e a justificação para as buscas⁶⁷.

Já no caso *Heino* o Tribunal tinha considerado que o direito à inviolabilidade do domicílio tinha sido desrespeitado, uma vez que não só não existia mandado judicial prévio, como também não existia possibilidade de obter um controlo judicial efetivo *a posteriori* quer em relação à decisão que ordenava as buscas, quer no que respeita à forma como tinham decorrido tais diligências⁶⁸.

2.2.1.2. Casos em que existia uma autorização judicial prévia

a) Fundamentação e delimitação da decisão que autoriza as diligências de busca
Ainda que as diligências de busca sejam precedidas de um mandado emitido por um juiz, segundo o TEDH importa verificar se tal mandado foi emitido com base numa suspeita fundada e se o âmbito do mandado foi razoavelmente delimitado⁶⁹.

b) Garantias durante e depois das buscas

No caso *Wieser & Bicos* são indicadas como garantias relevantes, designadamente, a presença dos ocupantes das instalações durante as diligências, a redação de um relatório no fim da busca, com a listagem dos documentos apreendidos, a colocação num envelope selado dos documentos controvertidos e a presença de um representante da Ordem, no caso de buscas em escritório de advogados⁷⁰.

66 *Delta*, cit., § 87; *Smirnov c. Rússia*, petição n.º 71362/01, Acórdão de 7 de junho de 2007; *Heino c. Finlândia*, petição n.º 56720/09, Acórdão de 15 de fevereiro de 2011, § 45.

67 *Delta*, cit., § 87; *Heino*, cit., § 45.

68 *Idem*.

69 *Niemietz*, cit., § 37 e *Wieser & Bicos Beteiligungen GmbH c. Áustria*, petição n.º 74336/01, Acórdão de 16 de outubro de 2007, § 57.

70 *Wieser & Bicos*, cit., 60.

c) *Controlo judicial efetivo a posteriori*

O TEDH voltaria a pronunciar-se, nos casos *Canal Plus*⁷¹, *Primagaz*⁷² e *Liotard Frères*⁷³, quanto à legalidade das diligências de busca desenvolvidas pela ANC francesa, desta feita, à luz do artigo 6.º da CEDH⁷⁴⁻⁷⁵.

Nos casos em apreço, as empresas buscadas pela ANC francesa invocaram uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH por não existir um controlo independente e imparcial da regularidade e fundamentação das autorizações das diligências de busca⁷⁶ (embora nos três casos tal autorização tenha sido concedida por um juiz)⁷⁷.

O TEDH recordou que deve poder ser interposto recurso quer relativamente à regularidade da autorização judicial, quer no que toca ao modo como decorrem tais diligências. Segundo este Tribunal, os recursos colocados à disposição das empresas devem permitir, em caso de deteção de irregularidades, obstar à realização das diligências, ou, caso as mesmas já se tenham realizado, obter a reparação adequada⁷⁸.

Nos casos em apreço, as empresas apenas puderam interpor recurso para a *Cour de cassation*, a qual só julgava matéria de direito e não lhes foi possível obter um reexame da matéria de facto subjacente ao pedido de autorização judicial⁷⁹.

Por outro lado, embora reconhecendo as alterações introduzidas na legislação francesa, na sequência do Acórdão *Ravon*⁸⁰, permitindo novas vias de recurso, o TEDH constatou que a possibilidade de interposição de recurso para a *Cour d'appell* de Paris em relação à decisão que ordenava as diligências

71 *Société Canal Plus e outros c. França*, petição n.º 29408/08, Acórdão de 21 de dezembro de 2010.

72 *Compagnie des Gas de Pétrole Primagaz c. França*, petição n.º 29613/08, Acórdão de 21 de dezembro de 2010.

73 *Société Métallurgique Liotard Frères c. França*, petição n.º 29598/08, Acórdão de 5 de maio de 2011.

74 Relativo ao direito a um processo equitativo.

75 Para uma análise desta jurisprudência e a sua relação com o sistema de recursos português nos casos de buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência, veja-se Rodrigues & Serzedelo, 2011.

76 *Canal Plus*, cit., § 33; *Primagaz*, cit., § 15; e *Liotard Frères*, cit., § 8.

77 *Canal Plus*, cit., § 8; *Primagaz*, cit., § 7; e *Liotard Frères*, cit., § 7.

78 *Canal Plus*, cit., § 36; *Primagaz*, cit., § 24; *Liotard Frères*, cit., § 18.

79 *Ibidem*.

80 *Ravon e outros c. França*, petição n.º 18497/03, Acórdão de 21 de fevereiro de 2008, relativo a diligências de busca das autoridades fiscais francesas.

de busca estava dependente do recurso que, hipoteticamente, viesse a ser interposto da decisão final da ANC francesa, o que conferia um caráter de incerteza a esta via de recurso⁸¹.

Assim, o TEDH entendeu que as empresas queixosas não tinham ao seu alcance o controlo jurisdicional efetivo em relação à decisão do juiz que ordenava as diligências de busca, existindo uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁸².

2.2.1.3. Principais conclusões que se retiram da jurisprudência do TEDH quanto às garantias no âmbito de inspeções buscas

Retira-se da jurisprudência do TEDH que tem de se analisar o conjunto de direitos e garantias oferecidos relativos às diligências de inspeção ou busca face às circunstâncias do caso concreto. À luz desta jurisprudência, é relevante, *inter alia*:

- (i) Se existe um controlo judicial prévio;
- (ii) Como é exercido esse controlo, designadamente:
 - a) O mandado foi emitido com base em suspeitas fundadas?
 - b) O mandado estava devidamente delimitado e fundamentado?
- (iii) Se existe um controlo judicial posterior;
- (iv) Como é exercido esse controlo, designadamente:
 - a) É um controlo de facto e de direito?
 - b) Permite verificar a regularidade e fundamentação da decisão que autoriza ou ordena a inspeção ou busca?
 - c) Permite obstar à realização das diligências, ou, caso as mesmas já se tenham realizado, obter a reparação adequada?
- (v) A amplitude dos poderes da entidade responsável pela inspeção ou busca;
- (vi) As garantias e salvaguardas oferecidas durante e após as diligências, designadamente:
 - a) A presença do ocupante das instalações durante as diligências;
 - b) A colocação dos documentos controvertidos num envelope selado;
 - c) A produção de um relatório (com uma listagem dos documentos apreendidos);
 - d) A devolução dos documentos irrelevantes para o processo;
 - e) A presença de um representante da Ordem, no caso de buscas num escritório de advogado.

81 Canal Plus, cit., §§ 38 e 40 e Primagaz, cit., §§ 26 e 28.

82 Canal Plus, cit., §§ 44 e 45 e Primagaz, cit., §§ 32 e 33.

A existência ou inexistência de uma ou várias destas garantias não assegura, *per se*, a conformidade ou a violação da CEDH. É necessário indagar se o procedimento, como um todo, é suficientemente garantístico. E atender, sempre, às circunstâncias do caso concreto.

A jurisprudência *Delta* parece estar em linha com a jurisprudência anterior do TEDH. A decisão no sentido de existir uma violação do artigo 8.º da CEDH terá sido motivada pela (i) ausência de um controlo judicial prévio, que (ii) não terá sido compensada por um controlo judicial posterior. Este segundo pressuposto não parece, porém, ter sido pacífico no caso presente, como se retira dos votos vencidos de três juízes, expressos na opinião comum dissidente no fim do Acórdão.

O TEDH parece ter reagido também contra o que terá sido uma fundamentação débil, que, do seu ponto de vista, não sustentaria suficientemente a existência de fundadas suspeitas que justificassem a inspeção⁸³. Isto associado a uma falta de controlo judicial prévio e a um controlo judicial posterior que a maioria dos juízes (quatro juízes) considerou insuficiente, terá ditado a decisão no sentido de que existia uma violação do artigo 8.º da CEDH. Não deixa, porém, de ser assinalável que três juízes tenham entendido ter sido exercido um controlo efetivo, quer porque os tribunais nacionais tinham analisado as questões essenciais do recurso, quer porque, na sua opinião, as exigências impostas aos tribunais num processo administrativo não devem ser as mesmas que as impostas num processo penal. O Acórdão passou, assim, com a margem mínima de votos.

2.2.2. Jurisprudência do TJUE

2.2.2.1. As garantias oferecidas pelo sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003

Na recente decisão do processo *Deutsche Bahn*⁸⁴, o Tribunal Geral pronunciou-se com bastante detalhe sobre os problemas que presentemente nos ocupam.

Em primeiro lugar, e passando em revista a jurisprudência relevante do TEDH, o Tribunal Geral avança com as principais conclusões, que retira da mesma:

⁸³ *Delta*, *cit.*, §§ 85 e 86.

⁸⁴ Acórdão do Tribunal Geral de 6 de setembro de 2013, *Deutsche Bahn AG e outros c. Comissão Europeia*, processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11. Foi interposto recurso desta decisão junto do Tribunal de Justiça, onde se encontra pendente (processo C-583/13 P). Sobre esta decisão, veja-se Federico, 2013.

“[H]á que constatar, atenta a jurisprudência do TEDH, que a ausência de um mandado judicial prévio não é suscetível, por si só, de implicar a ilegalidade de uma ingerência na aceção do artigo 8.º da CEDH”⁸⁵.

“[A] ausência de mandado prévio constitui apenas um dos elementos levados em conta pelo TEDH para concluir pela existência de uma violação do artigo 8.º da CEDH. Em especial, o TEDH teve em conta a amplitude dos poderes detidos pela autoridade competente, as circunstâncias da ingerência e o facto de o sistema apenas prever à época um número limitado de garantias. Esta situação é diferente da situação que prevalece no direito da União”⁸⁶.

Num segundo momento, o Tribunal Geral verifica se o sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003 (em particular, pelo artigo 20.º, n.º 4)⁸⁷ e o modo como foi executado no caso concreto, apresenta garantias adequadas e bastantes que correspondam a um enquadramento suficientemente estrito dos poderes da Comissão, à luz da jurisprudência do TEDH.

Neste contexto, o Tribunal Geral salientou a existência de cinco categorias de garantias relativas:

- (i) À fundamentação das decisões de inspeção;

“Com vista a garantir à empresa a possibilidade de fazer uso do seu direito de oposição, a decisão de inspeção, além dos elementos formais enumerados no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, deve conter uma descrição das características essenciais da infração objeto de suspeita, mediante a indicação do mercado presumido em causa e da natureza das restrições de concorrência objeto de suspeita, bem como os setores abrangidos pela pretensa infração a que diz respeito o inquérito, explicações sobre a forma como a empresa visada pela inspeção está supostamente implicada nessa infração, da matéria investigada e dos elementos sobre os quais a verificação deve incidir”⁸⁸.

85 § 67.

86 § 72.

87 Que dispõe: “As empresas e as associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspeções que a Comissão tenha ordenado mediante decisão. A decisão deve indicar o objeto e a finalidade da inspeção, fixar a data em que esta tem início e indicar as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça. A Comissão toma essas decisões após consultar a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efetuar a inspeção”.

88 § 77. Sobre esta matéria, §§ 74 a 78. O Tribunal Geral analisa com maior detalhe o cumprimento deste dever no caso concreto nos §§ 166 a 184 a propósito do quarto fundamento apresentado pelas empresas recorrentes, relativo a uma alegada descrição desmesuradamente ampla do objeto das inspeções. Pela negativa, a Comissão não é obrigada a comunicar ao destinatário da decisão todas as informações de que

- (ii) Aos limites impostos à Comissão durante o desenrolar da inspeção;
 - a) Os documentos de natureza não profissional, isto é, que não respeitem à atividade da empresa no mercado, ficam excluídos do campo de investigação aberto à Comissão;
 - b) As empresas objeto de uma inspeção ordenada por uma decisão de inspeção gozam do direito a assistência jurídica e do direito de preservação da confidencialidade da correspondência entre advogados e clientes;
 - c) Ainda que o Regulamento n.º 1/2003 imponha à empresa submetida a inspeção uma obrigação de cooperação ativa, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão;
 - d) A existência de notas explicativas que são notificadas às empresas simultaneamente com as decisões de inspeção. Estas notas explicativas determinam a metodologia que a Comissão se obrigou a respeitar na realização de uma inspeção⁸⁹.
- (iii) À impossibilidade de a Comissão impor a inspeção pela força⁹⁰;
- (iv) À intervenção das instâncias nacionais;

“No tocante às garantias proporcionadas pelo processo de oposição previsto no artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, há que constatar que a Comissão se encontra na obrigação de recorrer à assistência das autoridades nacionais do Estado em cujo território a inspeção deve ser efetuada. Este processo desencadeia a execução dos mecanismos de fiscalização, eventualmente judicial, próprios ao Estado Membro em causa”⁹¹.
- (v) À existência de vias de recurso *a posteriori*⁹², que permitem uma fiscalização tanto de direito como de facto⁹³.

dispõe a propósito das presumidas infrações, a delimitar precisamente o mercado em causa, a proceder a uma qualificação jurídica exata destas infrações, nem a indicar o período durante o qual essas infrações teriam sido cometidas (§ 170).

89 §§ 79 a 84. Veja-se, a propósito das notas explicativas da Comissão, Kovács, 2014.

90 §§ 85 a 90.

91 § 91. Sobre esta matéria, §§ 91 a 94.

92 §§ 95 a 99.

93 O Tribunal analisa com maior detalhe o direito a um recurso jurisdicional efetivo no §§ 103 a 114, em resposta ao segundo fundamento do recurso das empresas recorrentes.

Acresce que a eventual anulação da decisão de inspeção ou a constatação da existência de uma irregularidade implicam a impossibilidade de utilização das informações recolhidas durante as diligências controvertidas⁹⁴.

2.2.2.2. Dever de fundamentação e amplitude da decisão que ordena a inspeção

No processo *Nexans*, a empresa recorrente argumentou que a decisão de inspeção tinha uma redação demasiado ampla e imprecisa no que dizia respeito à delimitação do produto e do âmbito geográfico das inspeções. O Tribunal Geral recordou que atendendo à fase embrionária do processo em que se desenvolvem as inspeções, a decisão de inspeção não deve necessariamente incluir uma delimitação precisa do mercado em questão⁹⁵⁻⁹⁶.

A questão viria a ser retomada pelo Tribunal de Justiça, no âmbito do mesmo processo, na sequência do recurso interposto pela *Nexans*. O Tribunal de Justiça reiterou que o dever de fundamentação da decisão de inspeção constitui uma exigência fundamental, tendo em vista não só demonstrar o carácter justificado da intervenção preconizada nas empresas visadas, mas também colocar as empresas em situação de conhecer o alcance do seu dever de cooperação, preservando ao mesmo tempo o seu direito de defesa. Porém, a Comissão não está obrigada a comunicar ao destinatário de uma decisão de inspeção todas as informações de que dispõe sobre as infrações presumidas, nem a proceder a uma qualificação jurídica rigorosa dessas infrações, desde que indique claramente as presunções que pretende verificar. Ademais, tendo em conta que as inspeções são feitas no início da investigação, a Comissão não dispõe de informações precisas que lhe permitam emitir um parecer jurídico específico, e deve primeiro verificar a procedência das suas suspeitas bem como o alcance dos factos ocorridos, uma vez que o objetivo da inspeção é, precisamente, recolher provas relativas a uma infração de que se suspeita⁹⁷.

A Advogada-Geral esclareceu ainda que, embora a Comissão tenha o dever de indicar, com a maior precisão possível, as provas procuradas e as matérias

94 § 113.

95 Acórdão do Tribunal Geral de 14 de Novembro de 2009, *Nexans France SAS e Nexans SA c. Comissão Europeia*, Processo T-135/09, em particular, § 40. A *Nexans* viria a recorrer deste Acórdão, na parte em que o Tribunal Geral negou provimento ao seu recurso. O Tribunal de Justiça negou provimento a este recurso.

96 Sobre esta jurisprudência, veja-se Laghezza, 2013; Matei, 2012; e Vasbeck, 2012;

97 Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de junho de 2014, *Nexans France SAS e Nexans SA c. Comissão Europeia*, Processo C-37/13 P §§ 34 a 37.

relacionadas com a investigação, tal não significa que em cada processo individual a Comissão tenha de indicar que tipo de documentos os seus inspetores podem e não podem examinar. Por um lado, as inspeções implicam o poder de procurar outras fontes de informação que não fossem previamente conhecidas ou identificadas. Por outro lado, a Comissão apenas pode buscar e examinar documentação que seja relevante para o processo em causa⁹⁸.

2.2.2.3. A existência de suspeitas fundadas que justifiquem a inspeção

No mencionado processo *Nexans*, o Tribunal Geral deixou claro que as inspeções da Comissão apenas podem abranger setores em relação aos quais existam fundadas suspeitas de infração às regras da concorrência. Na sequência de uma análise muito detalhada dos indícios que tinha a Comissão antes de adotar a decisão de inspeção, o Tribunal Geral concluiu que apenas existiam suspeitas fundadas para ordenar uma inspeção em relação aos cabos elétricos submarinos e subterrâneos de alta tensão. Em consequência, o Tribunal Geral anulou a decisão de inspeção na parte em que dizia respeito a outros cabos elétricos⁹⁹.

2.2.2.4. Principais conclusões a retirar da jurisprudência do TJUE quanto às garantias no âmbito de inspeções e buscas

Desta jurisprudência resulta, antes mais, de forma evidente, que o TJUE (ou, *in casu* e mais concretamente, o Tribunal Geral), continua atento à jurisprudência do TEDH, utilizando-a como referência nas suas decisões. O próprio Tribunal Geral procede a uma análise bastante detalhada da conformidade com a CEDH do sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003 no que concerne às inspeções levadas a cabo pela Comissão. Considerando o conjunto de garantias oferecidas neste tipo de processos, e o facto de terem sido asseguradas no caso concreto, o Tribunal concluiu, no processo *Deutsche Bahn*, pela improcedência do recurso com fundamento na violação dos artigos 8.º e 6.º da CEDH.

No que respeita a dois dos aspetos críticos do processo *Delta* – a fundamentação da decisão que ordena ou autoriza as inspeções (embora este aspeto não resulte tão evidenciado pelo TEDH) e a intensidade do controlo exercido

98 Conclusões da Advogada-Geral Kokott de 3 de abril de 2014, *Nexans France SAS e Nexans SA c. Comissão Europeia*, Processo C-37/13 P, §§ 60 a 62.

99 Acórdão do Tribunal Geral de 14 de novembro de 2009, *Nexans France SAS e Nexans SA c. Comissão Europeia*, Processo T-135/09, em particular, §§ 91 a 94.

pelos tribunais *ex post* sobre tal decisão – podemos retirar valiosos ensinamentos da jurisprudência do TJUE.

Assim, a fundamentação da decisão é essencial para demonstrar o caráter justificado da intervenção, para o exercício dos direitos de defesa das empresas, bem como para possibilitar um controlo judicial efetivo posterior e, nessa medida, deve ser indicada com a maior precisão possível o que é investigado e os elementos que se pretende verificar. Porém, não é essencial uma delimitação precisa do mercado em questão, nem a qualificação jurídica exata das infrações presumidas, ou a indicação do período em que as infrações tenham sido cometidas, sobretudo atendendo ao estado embrionário do processo quando se desenvolvem as inspeções. A Comissão também não está obrigada a comunicar todas as informações de que dispõe sobre as infrações.

Relativamente ao controlo judicial efetivo *ex post*, em particular, no que respeita aos fundamentos de facto e à existência de fundadas suspeitas para a realização de inspeções, o Tribunal Geral revelou-se particularmente exigente com este requisito, face ao intenso escrutínio que exerceu no processo *Nexans* sobre a decisão da Comissão que ordenava a inspeção.

3. Conclusões

A conciliação ou concordância prática entre os poderes de quem investiga e os direitos e garantias dos investigados pode ser um exercício delicado e complexo. Num terreno tão fértil para o surgimento destas questões como as buscas ou inspeções no Direito da Concorrência, o TEDH e o TJUE têm dado um contributo fundamental para o esclarecimento destas matérias.

Encontramos uma considerável coincidência entre o entendimento dos dois tribunais relativamente a algumas questões basilares que surgem neste contexto. Assim, por exemplo, ambos os tribunais têm entendido que às empresas também se aplica a proteção do domicílio e da privacidade, embora com menor extensão e intensidade do que quando se aplica a pessoas singulares e que a inexistência de um controlo judicial prévio não determina a ilegalidade da inspeção ou busca, podendo ser compensada por um controlo judicial efetivo *ex post*.

É o conjunto de garantias oferecidas ao longo do procedimento que, face às circunstâncias do caso concreto, determina se as inspeções ou buscas são proporcionais, sendo essencial assegurar a proteção contra um exercício abusivo e arbitrário de poder por parte da instituição responsável pelas diligências. O próprio TJUE tem escrutinado se o procedimento instituído pelo

Regulamento n.º 1/2003, na sua globalidade, apresenta garantias adequadas e bastantes que correspondam a um enquadramento suficientemente estrito dos poderes da Comissão, à luz da jurisprudência do TEDH, como se retira da recente decisão no processo *Deutsche Bahn*.

No processo *Delta*, o TEDH (pelo voto favorável de 4 juízes contra 3) entendeu que, no caso concreto, os tribunais nacionais checos não se haviam debruçado sobre os elementos de facto que levaram a ANC checa a conduzir a inspeção, sendo que, em consequência, o exercício pela ANC do seu poder de apreciação quanto à oportunidade, duração e amplitude da inspeção judicial não foi objeto de exame judicial.

Embora não o tenha deixado totalmente expresso, o TEDH parece também ter reagido contra o que terá sido uma fundamentação débil que, do seu ponto de vista, não sustentaria suficientemente a existência de fundadas suspeitas que justificassem a inspeção.

A jurisprudência do TJUE tem, igualmente, revelado uma particular preocupação em controlar possíveis *fishing expeditions* através de um intenso controlo *ex post facto*, como se retira do Acórdão *Nexans*, do Tribunal Geral. E conforme resulta das decisões do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça no mesmo processo, a fundamentação da decisão é essencial para demonstrar o caráter justificado da intervenção, para o exercício dos direitos de defesa das empresas, bem como para possibilitar um controlo judicial efetivo posterior e, nessa medida, deve ser indicada com a maior precisão possível o que é investigado e os elementos que se pretende verificar. Porém, não é essencial uma delimitação precisa do mercado em questão, nem a qualificação jurídica exata das infrações presumidas, ou a indicação do período em que as infrações tenham sido cometidas, sobretudo atendendo ao estado embrionário do processo quando se desenvolvem as inspeções. A Comissão também não está obrigada a comunicar todas as informações de que dispõe sobre as infrações.

Continuaremos, seguramente, a assistir a um vivo debate e a um profícuo diálogo jurisprudencial sobre estas matérias. Afinal, estamos perante um Direito vivo e em mutação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Luis Miguel Pais

1995 *Direito da Concorrência – Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a proteção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

ASLAM, Imran & RAMSDEN, Michael

2008 “EC Dawn Raids: A Human Rights Violation?”, in *The Competition Law Review*, vol. 5, Issue 1, pp. 61-87.

BERGHE, Pascal & DAWES, Anthony

2009 “Little Pig, Little Pig, Let Me Come In: An Evaluation of the European Commission’s Powers of Inspection in Competition Cases”, in *European Competition Law Review*, Issue 9, pp. 407-423.

BOMBOIS, Thomas

2012 *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles: Larcier.

DIDIER, Théophile & SIMIC, Igor

2012 “Legal Challenges to Dawn Raid Inspections under the Principles of EU, French and ECHR Law”, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 3 (6), pp. 511-520.

DUARTE, Maria Luísa

2006 *A União Europeia e direitos fundamentais – No espaço da internormatividade*, Lisboa: AAFDL.

ECN, Working Group Cooperation Issues and Due Process

2012 *Investigative Powers Report*, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf [consultado em 30.12.2014].

FEDERICO, Giacomo di

2013 “Schenker; Deutsche Bahn: What the Commission Can and Cannot do in Dawn Raids”, in *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 5, n.º 1, pp. 29-31.

GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K.

2004 *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, The Hague: Kluwer Law International.

KERSE, C. S. & KHAN, N.

2005 *EC Antitrust Procedure*, London: Sweet & Maxwell.

KOVÁCS, Christian

2014 “Fiat Lux...? – The European Commission’s updated Explanatory Note on Dawn Raids”, in *European Competition Law Review*, vol. 35, Issue 4, pp. 162-166.

LAGHEZZA, Angela

2013 “From Nexans Judgment to the ‘next’ improvements of the EU Dawn Raid Procedure?”, in *European Competition Law Review*, vol. 34, Issue 4, pp. 214-217.

MATEI, Emanuela

2012 “The EU General Court Confirms that Fact Finding Measures Conducted under Article 20(4) of the Regulation 1/2003 do not Bring About a Distinct Change of the Legal Position of the Applicant, thus May not be the subject of an Action of Annulment (Nexans)”, in *e-Competitions*, n.º 50128.

MESSINA, Michele

2007 “The Protection of the Right to Private Life, Home and Correspondence v the Efficient Enforcement of Competition Law: Is a New EC Competition Court the Right Way Forward?”, in *European Competition Journal*, vol. 3, n.º 1, pp. 185- 212.

RODRIGUES, Sara & SERZEDELO, Dorothée

2011 “O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 6, pp. 87-115.

SILVA, Miguel Moura e

2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

VASBECK, Daniel

2012 “The EU General Court Partially Annuls a Commission’s Inspection Decision and Declares Inadmissible Actions for Annulment of Measures Adopted During the Inspection (Prysmen)”, in *e-Competitions* n.º 49706.

WILS, Wouter P. J.

2011 “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention of Human Rights” in *World Competition*, vol. 34, n.º 2, pp. 189-213.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JANEIRO A MARÇO DE 2014

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção), de 07.01.2014, proferida no âmbito do Processo n.º 938/10.7TYLSB (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa – contraordenação).

Recorrente: *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.*

Sumário: nega provimento ao recurso, confirmando integralmente a decisão recorrida; condena a recorrente nas custas, incluindo as despesas devidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Normas relevantes: arts. 2.º, 4.º, 6.º, 43.º, 44.º e 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 212.º, n.º 3 da CRP; arts. 101.º e 106.º do TFUE.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a Secção Criminal), de 29.01.2014, proferida no âmbito do Processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1 (recurso de Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – contraordenação).

Autor: *Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.*

Sumário: nega provimento ao recurso, mantendo, nos precisos termos, a decisão recorrida; condena a recorrente nas custas.

Normas relevantes: arts. 4.º, 43.º, 44.º e 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 412.º, n.º 1 do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 07.03.2014, proferida no âmbito do Processo n.º 38/13.8YUSTR (recurso dedecisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

Recorrentes: *Contiforme – Soluções Gráficas Integradas, S.A.; Copidata, S.A.; Formato – Formulários Múltiplos Comerciais, S.A.; Litho Formas Portuguesa –*

Impressos Contínuos e Múltiplos, S.A.; João Manuel Cordeiro Martins Cabral; Luís Miguel Inácio de Oliveira e Costa; Paulo Jorge Nunes de Albuquerque.

Sumário: condena as recorrentes Contiforme, Formato e Litho Formas pela prática de contraordenações p.p. pelos art. 9.º, n.º 1, al. a) e al. c), e art. 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aplicando-lhes coimas no valor de €250.000,00, de €55.000,00 e de €150.000,00, respetivamente; condena os recorrentes Paulo Albuquerque, Luís Miguel Inácio Oliveira e Costa e João Cabral pela prática de contraordenações p.p. pelos arts. 73.º, n.º 6 e n.º 2, al. a) e 69.º, n.º 4 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e aplica-lhes coimas no valor de €1.400,00, de €1.490,00 e de €1.400,00, respetivamente; mantém a condenação das arguidas Contiforme, Formato e Litho Formas, a título de sanção acessória, na publicação do extrato da decisão administrativa na II Série do Diário dada República e na publicação da parte decisória num jornal de expansão nacional, com expressa menção à sanção aplicada aos administradores; condena os recorrentes nas custas.

Normas relevantes: arts. 4.º, 43.º, 44.º, 45.º e 47.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 9.º, 10.º, 68.º, 69.º, 71.º, 73.º e 100.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio; art. 3.º do RGIMOS; art. 29.º da CRP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.ª Secção), de 21.3.2014, proferido no âmbito do Processo n.º 178/09.8TYLSB.L2 (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa – contraordenação).

Recorrente: *AIPL – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa.*

Sumário: rejeita o recurso interposto; condena a recorrente nas custas.

Normas relevantes: art. 48.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 3.º, 27.º-A e 28.º do RGIMOS.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – JANEIRO A MARÇO DE 2014

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.2014, proferido no âmbito dos Processos C-419/12 e C-420/12 (a título prejudicial).

Partes: *Crono Service scarl e.a. e o./Roma Capitale e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.2014, proferido no âmbito dos Processos C-162/12 e C-163/12 (a título prejudicial).

Partes: *Airport Shuttle Express scarl e o./Comune di Grottaferrata.*

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.03.2014, proferido no âmbito do Processo C-612/12 P.

Partes: *Ballast Nedam NV/Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 27.03.2014, proferido no âmbito dos Processos T-56/09 e T-73/09.

Partes: *Saint-Gobain Glass France SA e o. e Compagnie de Saint-Gobain SA/Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 20.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-46/10.

Partes: *Faci SpA/Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 27.02.2014, proferido no âmbito do Processo T-128/11.

Partes: *LG Display Co. Ltd* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.02.2014, proferido no âmbito do Processo T-91/11.

Partes: *InnoLux Corp.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.2014, proferido no âmbito dos Processos C-419/12 e C-420/12 (a título prejudicial).

Partes: *Crono Service scarl e.a.* e o./*Roma Capitale* e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.2014, proferido no âmbito dos Processos C-162/12 e C-163/12 (a título prejudicial).

Partes: *Airport Shuttle Express scarl* e o./*Comune di Grottaferrata*.

Acórdão do Tribunal Geral de 06.02.2014, proferido no âmbito do Processo T-342/11.

Partes: *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES)* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 06.02.2014, proferido no âmbito do Processo T-40/10.

Partes: *Elf Aquitaine SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 06.02.2014, proferido no âmbito do Processo T-27/10.

Partes: *AC-Treuband AG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 06.02.2014, proferido no âmbito dos Processos T-23/10 e T-24/10.

Partes: *Arkema France* e *CECA SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 23.01.2014, proferido no âmbito do Processo T-395/09.

Partes: *Gigaset AG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 23.01.2014, proferido no âmbito do Processo T-391/09.

Partes: *Evonik Degussa GmbH* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 23.01.2014, proferido no âmbito do Processo T-384/09.

Partes: *SKW Stahl-Metallurgie Holding AG* e o./Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.03.2014, proferido no âmbito do Processo C-271/13 P.

Partes: *Rousse Industry AD*/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.02.2014, proferido no âmbito do Processo C-133/12 P.

Partes: *Stichting Woonlinie* e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.02.2014, proferido no âmbito do Processo C-132/12 P.

Partes: *Stichting Woonpunt* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.02.2014, proferido no âmbito do Processo C-110/13.

Partes: *HaTeFo GmbH/Finanzamt Haldensleben*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.02.2014, proferido no âmbito do Processo C-69/13.

Partes: *Mediaset SpA/Ministero dello Sviluppo económico*.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-306/11.

Partes: *Schwenk Zement KG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-305/11.

Partes: *Italmobiliare SpA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-302/11.

Partes: *HeidelbergCement AG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-297/11.

Partes: *Buzzi Unicem SpA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-296/11.

Partes: *Cementos Portland Valderrivas, SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-293/11.

Partes: *Holcim (Deutschland) AG* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2014, proferido no âmbito do Processo T-292/11.

Partes: *Cemex SAB de CV* e o./Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas



RECENSÃO

Cláudia Dias Soares e Suzana Tavares da Silva, *Direito das Energias Renováveis*, Coimbra: Almedina, 2014.

elaborado por André Fojo

Autoras

Cláudia Dias Soares é Professora Auxiliar da Universidade Católica Portuguesa, tendo ainda colaborado com várias instituições de ensino superior tanto em Portugal como noutros países Europeus, tanto a nível de investigação como da docência, integrando o conselho redatorial ou consultivo de várias revistas científicas nacionais e estrangeiras. Além de autoria de várias publicações nacionais e internacionais de carácter científico, tem também colaborado com várias instituições internacionais na elaboração de relatório técnicos, como a Comissão Europeia, a Agência Europeia de Ambiente e o *Institute for European Environmental Policy*.

Suzana Tavares da Silva é Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde se licenciou, obteve o grau de mestre e se doutorou. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e advogada, tendo colaborado no grupo de acompanhamento à elaboração do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território e no grupo de investigação sobre Direito do Petróleo do Instituto Jurídico da Faculdade da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Participa presentemente em projetos de investigação na área de energia. É autora ainda de diversas monografias e artigos científicos, em particular na área do direito administrativo.

A Obra

O *Direito das Energias Renováveis* (“Obra”) explora o (ainda) escassamente visitado universo jurídico das energias renováveis, tendo por base estudos previamente desenvolvidos pelas Autoras acerca desta temática em publicações

anteriores. A Obra surge, assim, como o resultado de uma sistematização e, bem assim, de um aprofundamento dos estudos mencionados, destinada ao apoio da lecionação de unidades curriculares que as Autoras regem na Universidade Católica Portuguesa e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A Obra encontra-se estruturalmente repartida em 4 (quatro) partes, intituladas: (i) *As energias renováveis: considerações introdutórias (Parte I)*, (ii) *As energias renováveis no Direito Europeu (Parte II)*, (iii) *As energias renováveis em outros ordenamentos jurídicos (Parte III)* e (iv) *As energias renováveis em Portugal (Parte IV)*.

A primeira parte da Obra abriga, *inter alia*, considerações geopolíticas de cariz introdutório, acerca das inevitáveis questões relacionadas com o ambiente, a dependência energética europeia e, por consequência, a política e estratégia energética europeia, permitindo contextualizar o leitor relativamente à problemática das energias renováveis à escala global. As Autoras traçam os principais benefícios (económicos, sociais e ambientais) decorrentes do desenvolvimento das Fontes de Energia Renováveis (“FER”), fazendo referência à *vexata quaestio* da importância destas – principalmente para Portugal – face ao consumo desmesurado de combustíveis finitos no contexto global. O conceito de FER é igualmente definido, seguindo-se uma descrição sumária das diferentes FER disponíveis atualmente, a saber, biocombustíveis, biogás, biomassa, eólica, geotérmica, hídrica, oceânica e solar. Por entre linhas, é referida a emergência e o desenvolvimento de cada uma delas, bem como o correspondente estado da arte no quadro nacional e europeu (*e.g.* taxas de produção, barreiras à implementação, apoios estatais, desenvolvimento tecnológico). Ainda, esta primeira parte da Obra recolhe as linhas fundamentais, numa perspetiva evolutiva, dos programas de política energética nacional, desde 1994 a 2013 (culminando com as previsões para 2020 fixadas no quadro das metas europeias). Aqui, são percorridos os objetivos fixados por cada programa, tendo em consideração o contexto político e geopolítico em que foram concebidos.

No que concerne a *Parte II* da Obra em análise, observam-se considerações sobre as energias renováveis no contexto europeu. As Autoras partem, desde logo, das bases jurídicas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em particular do artigo 194.º, que estabelece a política energética da União Europeia (“UE”), afirmando que esta passaria de mera cooperação para um processo de europeização no que respeita à política energética da UE. De seguida, as etapas da construção da política energética da UE para as energias renováveis são retratadas pelas Autoras, percorrendo-as desde o

Livro Branco sobre a Política Energética (COM(95) 682, de 13 de dezembro de 1995, que fixa como objetivos principais a segurança do abastecimento energético e a proteção do ambiente, os quais, indiretamente, promovem o desenvolvimento das energias renováveis, até ao Pacote Energia Clima da UE, que fixa as metas vinculativas aplicáveis a cada Estado-Membro para atingir em 2020 *i*) a redução a nível europeu de 20% da emissão de dióxido carbono, *ii*) a adoção de medidas de eficiência energética que viabilizem a redução de 20% do consumo de energia e *iii*) a operacionalização de um compromisso europeu de 20% de renováveis na energia final.

Prosseguindo o caminho da europeização referido pelas Autoras, a Obra descreve-nos as principais intervenções sectoriais efetuadas pelas Instituições Europeias, em particular, no acesso às redes, no desempenho energético dos edifícios, nos biocombustíveis, nas garantias de origem e na cogeração.

As Autoras abordam ainda a questão fundamental dos regimes de apoio às energias renováveis, concedidos pela UE e pelos próprios Estados-Membros internamente. Esta temática reveste particular importância no universo das energias renováveis, sendo que a Obra decompõe sumariamente os diversos tipos de apoios comumente concedidos à produção de energia através de renováveis, descrevendo designadamente, os regimes de apoio estatais a favor do ambiente, do investimento ou do funcionamento.

A *Parte III* da Obra, enquanto capítulo reservado a breves considerações de direito comparado, recolhe as principais características dos regimes jurídicos aplicáveis às energias renováveis em diversos países da UE, tais como Espanha, Alemanha, Itália e Reino-Unido.

Cumprir fazer referência aos vários aspetos abordados pelas Autoras nesta sede. As Autoras esboçam os diferentes quadros jurídicos energéticos dos países *supra* referidos, abordando, por um lado, o plano constitucional e, por outro, o plano administrativo. O principal foco da análise consubstancia-se particularmente nos regimes aplicáveis à produção, regimes de acesso à atividade e nos mais variados regimes de incentivos financeiros concedidos no apoio ao desenvolvimento das energias renováveis.

Retira-se da análise que se verificam diferenças patentes entre as ordens jurídicas em apreço, em particular no que concerne o tratamento de incentivos financeiros. Contudo, e pese embora os mecanismos de incentivo financeiro sejam estruturalmente diferentes, o resultado final parece inevitavelmente pender para o financiamento de sobremaneira no que se refere à produção de energias renováveis.

Em consequência, e a título de exemplo, referem as Autoras que Espanha tem sido obrigada a adotar diversas medidas no sentido de reduzir incentivos financeiros na produção de energia elétrica a partir de fontes renováveis. A Alemanha, à semelhança de Espanha, adotou novas medidas com o intuito de reduzir os valores dos incentivos. De resto, são igualmente aferidas as dificuldades inerentes – em razão de condicionalismos próprios existentes em cada país – respeitantes ao desenvolvimento das energias renováveis nos países em análise.

Por fim, a *Parte IV* da Obra foca-se, por um lado, na evolução histórica do regime jurídico energético português e, por outro, no percurso histórico do regime de incentivos às energias renováveis.

As Autoras perpassam os principais marcos históricos do regime jurídico energético português, tais como as primeiras normas relativas à indústria elétrica em Portugal, ínsitas na Lei da Organização dos Correios, Telégrafos, Telefones e Fiscalização das Indústrias elétricas, de 24 de maio de 1911, passando pela Lei da Eletrificação de 1944 e pela nacionalização das empresas produtoras de energia elétrica no nosso território. Subsequentemente, as Autoras trilham pelo processo diametralmente oposto seguido até então fazendo referência ao processo de privatização e liberalização do sector elétrico, através do designado “*Pacote Legislativo*” de 1995, que estabelecia, *inter alia*, as bases do sistema elétrico nacional.

Prosseguindo neste desiderato, as Autoras acompanham o processo de aprovação e transposição na ordem jurídica interna dos sucessivos pacotes Europeus para o sector energético. Assim, é publicado em 1996 o “*Primeiro Pacote Europeu*” de liberalização dos sectores energéticos, onde é consagrada a garantia de separação contabilística e jurídica das atividades (*unbundling*), o acesso de terceiros à rede e a criação de um sistema de autorizações para novas instalações de produção. Em 2003, é publicado o “*Segundo Pacote Europeu*” que consiste essencialmente na promoção das FER, bem como do aprofundamento do processo de *unbundling* e liberalização da produção. Por fim, em 2009, é publicado o “*Terceiro Pacote Europeu*” que prossegue o aprofundamento do *unbundling*, medidas de proteção à produção local e a clientes vulneráveis.

Seguindo a mesma abordagem, as Autoras recuperam a evolução histórica do regime legal português de incentivos à produção de energia, de 1988 a 2013. A este respeito, destacam-se, *inter alia*, os estímulos configurados por garantias de rendimento, tarifas verdes, garantias de aquisição ou ainda a

diferenciação de apoios em função da tecnologia e do regime de exploração. Traçado o quadro geral dos incentivos à produção de energia remuneratória, as Autoras descrevem sumariamente os principais regimes específicos aplicáveis neste âmbito, em particular, dos biocombustíveis, biomassa e biogás, centrais solares fotovoltaicas, mini-hídricas e ondas e marés.

A evolução dos procedimentos de licenciamento exigidos aos produtores de energia é igualmente revista sob vários planos, incluindo designadamente questões relacionadas com o ambiente (procedimento de incidências ambientais) ou com o ordenamento do território (falta de regimes adequados nesta matéria).

Breves Notas

A Obra nasce de uma sistematização e de um aprofundamento de certos temas previamente publicados pelas Autoras, surgindo assim, naturalmente, como uma primeira abordagem às inúmeras questões suscitadas pelo direito das energias renováveis.

Representa, igualmente, um inegável contributo e incentivo ao desenvolvimento do estudo do direito das energias renováveis, na medida em que lhe confere alguma autonomia dogmática.

Acresce que, no quadro referencial atual, a aposta importante da UE no desenvolvimento das FER, aliada às suas crescentes preocupações ambientais, coloca a regulação desta temática na ordem do dia. Com efeito, prevê-se um progressivo desenvolvimento e estímulo à produção de energias renováveis uma vez que as novas metas europeias incluídas no recente Pacote Energia e Clima acordado entre os Estados-Membros da UE para 2030 estabelecem, *inter alia*, um aumento em 27% de uso de energias renováveis, bem como a interconexão de energia no espaço comunitário.

Por outro lado, à luz dessas novas metas europeias, o desenvolvimento das energias renováveis em Portugal reveste particular importância. Portugal tem cumprido as metas europeias de incorporação de FER no consumo bruto de energia de forma muito satisfatória até à data, e tendo em consideração a dotação do território nacional de recursos endógenos (água, vento, sol e biomassa) e a sua (forte) dependência de fontes primárias de energia externa, o sector não pode deixar de ser particularmente relevante entre nós.

A oportunidade do surgimento da Obra neste paradigma constitui, assim, um incentivo de relevo para o aprofundamento do estudo e, bem assim, do reforço da autonomia dogmática da presente temática.

Note-se, igualmente, a particular abrangência da Obra, que retrata o quadro evolutivo do desenvolvimento das energias renováveis no território nacional, o seu paradigma geopolítico e jurídico, passado e atual, em Portugal e na UE, e que revisita os principais mecanismos de incentivos financeiros à sua produção (questão que se manterá com toda a probabilidade no centro do debate energético nos próximos anos). Ademais, a Obra explora temáticas intimamente conexas com a produção de energias renováveis, tais como o ambiente, abordando o procedimento de incidências ambientais ou o ordenamento do território, criticando a falta de um regime específico de estratégia de gestão territorial no regime jurídico do licenciamento das instalações eletroprodutoras que utilizam energias renováveis. A abrangência da Obra permite, assim, conceder ao leitor uma visão global e transversal do universo jurídico das energias renováveis.

Sendo um tema inevitavelmente indissociável do contexto europeu, as Autoras não perdem de vista as influências e tendências provenientes dos outros Estados-Membros da UE ao longo da Obra, incorporando inclusive (como abordado *supra*) um capítulo destinado a considerações de direito comparado de manifesta utilidade científica. Identificamos assim, num exercício comparativo, *maxime*, as bases jurídicas de cada ordenamento jurídico respeitantes à regulação de energias renováveis, bem como as suas problemáticas transversais, tais como o acesso à atividade ou a excessiva concessão de incentivos financeiros.

Finalmente, a Obra, consistindo num contributo pioneiro e fundamental para a agregação e sistematização do estudo das energias renováveis em Portugal, concorre para o efetivo desenvolvimento de uma estratégia e de um modelo de regulação a seguir, consubstanciando, em última análise, um sólido ponto de partida para futuros desenvolvimentos no sector.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

– JANEIRO A MARÇO DE 2014

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA NACIONAL

ADALBERTO COSTA – *O Novo Regime Jurídico da Concorrência Anotado e Comentado*, Porto: Vida Económica, 2014.

CLÁUDIA TRABUCO/VERA EIRÓ (coord.) – *Contratação Pública e Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2014.

CONCORRÊNCIA ESTRANGEIRA

ADRIAN DE HAUTECLOQUE – *Market Building Through Antitrust: Long-Term Contract Regulation in EU Electricity Markets*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

ALISON JONES/BRENDA SUFRIN – *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

ANDREW MACNAB – *Bellamy & Child: Materials on European Union Law of Competition: 2014 Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

BARRY E. HAWK (ed.) – *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2013*, Huntington: Juris Publishing, 2014.

BJORN LUNDQVIST – *Standards in EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The Rise and Limits of Self-Regulation*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

BRUCE WARDHAUGH – *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

D. SOKOL/DANIEL CRANE/ARIEL EZRACHI – *Global Antitrust Compliance Handbook*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

D. SOKOL/THOMAS CHENG/IOANNIS LIANOS (eds.) – *Competition and the State*, Stanford: Stanford Law Books, 2014.

DAVID ASHTON/DAVID HENRY/FRANK MAIER-RIGAUD/ULRICH SCHWALBE – *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

DAVID HARRISON – *Competition Law and Financial Services*, London: Routledge, 2014.

- GEORGIOS I. ZEKOS (ed.) – *Economics and Law on Competition in 21st Century Globalization*, Hauppauge: Nova Science, 2014.
- GIAN LUIGI TOSATO/LEONARDO BELLODI (eds.) – *EU Competition Law: Volume I, Procedure: Antitrust – Merger – State Aid*, Deventer: Claeys & Casteels, 2014.
- HECTOR FERREIRA/BERNARDO PORRAS – *Competition Law in Uruguay*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- JACQUES DERENNE/ERIC MORGAN DE RIVERY/NICOLAS PETIT/JOAQUIN ALMUNIA – *Antitrust Damages in EU Law and Policy*, Bruxelles: Bruylant, 2014.
- JONATHAN FAULL/ALI NIKPAY – *Faull and Nikpay: The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- LAURA ELIZABETH JOHN/JON TURNER QC – *Bellamy & Child: European Union Law of Competition: Supplement to the Seventh Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- LILIANA ELIZABETH BERTONI – *Competition Law in Mercosur*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- LUIS SILVA MORAIS – *Joint Ventures and EU Competition Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2014.
- NADA INA PAUER – *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- NIGEL PARR/CATHERINE HAMMON – *Global Legal Insights – Merger Control*, London: Global Legal Group, 2014.
- NIGEL PARR/EUAN BURROWS – *Global Legal Insights – Cartels: Enforcement, Appeals & Damages Actions*, London: Global Legal Group, 2014.
- PÁL SZILÁGYI – *Fundamental rights protection and competition law in the European Union: an effects based protection and a need for reform?*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- PHILIP LOWE/MEL MARQUIS (eds.) – *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2014.
- PRADEEP S. MEHTA – *Evolution of Competition Laws and their Enforcement: A Political Economy Perspective*, London: Routledge, 2014.
- QIANLAN WU – *Competition Laws, Globalization and Legal Pluralism: China's Experience*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2014.
- RICHARD A. GIVENS – *Antitrust: An Economic Approach*, New York: Law Journal Press, 2014.

- ROBERT O'DONOGHUE/JORGE PADILLA – *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd ed., Oxford/Portland: Hart Publishing, 2014.
- SEBASTIEN J. EVRARD/PETER J. WANG/YIZHE ZHANG – *Competition Law in China: Laws, Regulations, and Cases*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- URSKA PETROVIC – *Competition Law and Standard Essential Patents. A Transatlantic Perspective*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- VIVIEN ROSE/DAVID BAILEY (eds.) – *Bellamy & Child 2014 Pack*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- XIAOYE WANG/JESSICA SU – *Competition Law in China*, 2nd ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

REGULAÇÃO NACIONAL

- ANA CALMEIRO – *Das Cláusulas Abusivas no Contrato de Seguro*, Coimbra: Almedina, 2014.
- HÉLDER MOURATO – *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, Coimbra: Almedina, 2014.
- PATRÍCIA DE SOUSA FERREIRA – *O Salvamento em Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2014.

OUTRA – NACIONAL

- JORGE MORAIS CARVALHO – *Manual de Direito do Consumo*, Coimbra: Almedina, 2014.
- MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES – *Lei das Práticas Restritivas do Comércio: Comentário*, Coimbra: Almedina, 2014.



NOTAS CURRICULARES

ANDRÉ FOJO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa (2012), LL.M. em European and Global Context na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa (2013), Pós-Graduado em Direito da Energia pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2014). Foi Advogado Estagiário na CMS Rui Pena e Arnaut (2013-2014) e é atualmente Advogado Estagiário no departamento de Europeu e Concorrência da SRS – Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados.

Graduated in Law from the Catholic University of Portugal in Lisbon (2012), holds a LL.M. in European and Global Context from the Catholic University of Portugal in Lisbon (2013) and a Postgraduate in Energy Law from the Law and Political Science Institute of the University of Lisbon Law School (2014). He was a Trainee Lawyer at CMS Rui Pena & Arnaut law firm (2013-2014) and currently works as a Trainee Lawyer at the European and Competition Law department of SRS Advogados law firm.

HELENA GASPAS MARTINHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2003) e Pós-Graduada pela mesma Faculdade na área de concorrência e regulação (2006). Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Foi advogada estagiária na sociedade de advogados Vieira de Almeida & Associados (2003-2005), jurista no ICP-ANACOM (2005-2007) e integrou o Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência (2007-2015). É jurista coordenadora no Departamento de Ação Sancionatória do Banco de Portugal desde 2015.

Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2003) and Postgraduate in Competition and Regulation from the same University (2006). She is PhD student from Faculty of Law at the NOVA (New) University of Lisbon Law School. She was a trainee lawyer at Vieira de Almeida & Associados law firm (2003-2005), worked as an in-house counsel at ICP-ANACOM (2005-2007)

and she was a lawyer at the Legal Department of the Portuguese Competition Authority (2007-2015). Presently, she is Head of Unit at the Legal Enforcement Division of the Portuguese Central Bank.

JOÃO CONFRARIA

Administrador do ICP-Anacom desde 2012. Professor Auxiliar da Universidade Católica Portuguesa (UCP), onde ensina nas áreas de Economia da Regulação e de Políticas Públicas e é coordenador do Mestrado em Direito e Gestão. Na UCP coordenou Programas para Executivos em Regulação e Concorrência (2003-2008) e foi diretor do Centro de Estudos Aplicados (2005-2007). Exerceu funções públicas como Vice-Presidente do Instituto Nacional de Aviação Civil (2008-2011) e Administrador do ICP-Anacom (1996-2002). Doutor em Economia pela UCP (1991), Mestre em Economia pela Universidade Nova de Lisboa (1988) e Licenciado em Economia pela UCP (1982).

Member of the Board of ICP-Anacom (Regulatory Authority for Communications Markets) and Assistant Professor at the Catholic University of Portugal (CUP), where he teaches Economic Regulation and Public Policy and is Coordinator of the Masters in Law and Business. At CUP, he has been coordinator of Executive Courses on Regulation and Competition (2003-2008) and Director of Centro de Estudos Aplicados (2005-2007). Vice-President of Instituto Nacional da Aviação Civil (Portuguese Civil Aviation Authority) from 2008 to 2011, member of the Board of ICP-Anacom from 1996 to 2002. PhD in Economics from the CUP (1991), Master in Economics from the New University of Lisbon (1988) and a Degree in Economics from the CUP (1982).

JOSEPH DALE MATHIS

Licenciado em Economia e Direito pela Universidade de Amsterdão. Em 2011, licenciou-se em Economia da Empresa, tendo frequentado um semestre na UST Business School em Hong Kong. Durante os seus estudos académicos, realizou um bridge program em Direito com a duração de 1 ano. Em 2012, obteve um LL.M em Direito Europeu da Concorrência com menção cum laude. No outono de 2012, foi estagiário na Unidade D1 (Payment Services – Antitrust) da Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia. Em 2013, foi consultor externo durante 6 meses na unidade de serviços financeiros da Autoridade da Concorrência Holandesa (NMa). Entre setembro de 2013 e outubro de 2014, colaborou com a Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

em Bruxelas. Atualmente, Joseph Mathis trabalha por conta própria como consultor em Amesterdão enquanto termina as suas qualificações para ser admitido na Ordem dos Advogados.

Joseph D. Mathis holds degrees in Economics and Law from the University of Amsterdam. In 2011, he graduated with a BSc in Business Economics including a semester abroad at the UST Business School in Hong Kong. During his undergraduate studies, Mr. Mathis took a one-year bridge program in law. He graduated in 2012, cum laude, with an LL.M in European (Competition) Law. In the fall of 2012 he gained work experience at the European Commission as a trainee in Unit D1 (Payment Services – Antitrust). In 2013 he spent 6 months at the Dutch competition authority (NMa) as an external consultant in the financial services unit. From September 2013 until October 2014 he was employed at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in Brussels. Mr. Mathis is currently self-employed as a consultant in Amsterdam while finishing his qualifications to become admitted to the Bar.

LUIS GUILHERME CATARINO

Diretor-Adjunto na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. É licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e Mestre em Ciências do Direito Público e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), com uma tese sobre regulação jurídico-económica. Tem artigos publicados no âmbito da colaboração e lecionação nos seminários de Pós-Graduação do Instituto de Valores Mobiliários da FDUL (mercados financeiros), do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da FDUC (regulação jurídico-económica), e da UAL – Universidade Autónoma de Lisboa (Direito Constitucional da Economia e das Sanções Administrativas, e Direito Internacional Público).

Deputy Director at the Portuguese Securities Market Commission. He graduated in Law from the University of Lisbon Law School (FDUL), and holds a Master in Law and a PhD from the University of Coimbra Law School (FDUC), having defended a thesis on Regulation Law & Economics. He has several papers published in the framework of his collaboration in postgraduate seminars on financial markets with the IVM (FDUL), on Regulation Law & Economics with the CEDIPRE – Center for Studies in Public Law and Regulation (FDUC), and on Constitutional Law of Economic Regulation and Administrative Sanctions and Public International Law with the UAL.

LUIS SILVA MORAIS

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL). Cátedra Jean Monnet em regulação económica na UE. Vice-Presidente da ECSA Portugal e do Instituto de Cooperação da FDL. Advogado. Coordenador do CIRSF – Centro de Investigação em Regulação e Supervisão do Sector Financeiro (em cooperação com o Banco de Portugal e a Autoridades de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões). Co-Director da C&R.

Associate Professor of University of Lisbon Law School (FDL). Jean Monnet Chair in Economic Regulation in the EU. Vice President of ECSA Portugal and of the Institute of Cooperation, FDL. Attorney-at-law. Chairman of CIRSF – Research Centre in Regulation and Supervision of the Financial Sector (in cooperation with the Bank of Portugal and the Insurance and Pension Funds Supervisory Authority of Portugal). Co-Director of C&R.

RICARDO PEDRO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde é também doutorando.

Graduated in Law from the University of Coimbra Law School, holds a Master in Law from the Nova Faculty of Law, where he is currently a PhD (law) student.

TÂNIA CARDOSO SIMÕES

Tânia Cardoso Simões é jurista na Autoridade da Concorrência, onde exerce funções no Departamento de Controlo de Concentrações, tendo previamente desenvolvido a sua atividade no Departamento dos Mercados Regulados e de Auxílios de Estado.

É investigadora e docente do Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF) e do Instituto Europeu (IE) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nas áreas do Direito da Concorrência e da Regulação, tendo sido assistente da mesma Faculdade e lecionado diversas cadeiras na área de Jurídico-Económicas.

É Mestre em Ciências Jurídicas-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo-se licenciado na mesma Faculdade. Obteve o *Postgraduate Diploma in EC Competition Law* do King's College em Londres e o *Diplôme d'Etudes Supérieures Juridiques et Economiques de l'Union Européenne*

da Universidade de *Paris I Panthéon-Sorbonne*. Tem investigado e publicado nas áreas do Direito da Economia, Regulação e Concorrência.

Tânia Cardoso Simões is a legal officer at the Portuguese Competition Authority, where she works in the Merger Department, having previously worked in the Regulated Markets and State Aid Department.

Tânia Cardoso Simões is a researcher and a teacher of Competition Law and Regulation in the Institute for Economic, Financial and Tax Law (IDEFF) and the European Institute (IE) of the Faculty of Law of the University of Lisbon. She was a Teaching Assistant at the same Faculty in the areas of Economics, Competition Law, European Law, Public Finance and Tax Law.

After obtaining her Master Degree from the Lisbon University Law School, she acquired her Diplôme d'Etudes Supérieures Juridiques et Economiques de l'Union Européenne from Université Paris I Panthéon-Sorbonne and a Postgraduate Diploma in EC Competition Law from the King's College in London. She has published several articles in Competition Law and Regulation.



Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrenca.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Luís Silva Morais/Paulo de Sousa Mendes

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:

António Avelãs Nunes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Gerber	Jürgen Wolter
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Florian Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiars Maduro
Harry First	Nicolas Charbit
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge de Figueiredo Dias	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira
André Forte
Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
Francisco Costa Cabral
Helena Gaspar Martinho

João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves
Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Sérgio Gonçalves do Cabo

Editores:

Concorrência e regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito da concorrência da União Europeia e comparado

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Direito contraordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no setor financeiro

Luís Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no setor das comunicações eletrónicas

Ana Amante

Regulação e concorrência no setor energético

Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no setor dos transportes terrestres

António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no setor da aviação civil

António Moura Portugal

Regulação no setor da proteção ambiental

António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Setor empresarial público/gestores públicos/privatizações

Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos

Nuno Cunha Rodrigues

Economia

António Pedro Santos/Paulo Gonçalves

Econometria

Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite





REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
LUÍS SILVA MORAIS
PAULO DE SOUSA MENDES

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME	<input type="text"/>
MORADA	<input type="text"/>
CÓD. POSTAL	<input type="text"/> - <input type="text"/>
LOCALIDADE	<input type="text"/>
TELEFONE	<input type="text"/>
Nº CONTRIBUINTE	<input type="text"/>
PROFISSÃO	<input type="text"/>
EMAIL	<input type="text"/>

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE **10%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLuíDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO

DATA - -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

