

O Estado Regulador em Portugal

Evolução e Desempenho

Ana Lourenço, coord.

Miguel Ferro

Raquel Brízida Castro

Ricardo Gonçalves

Susana Coroado

Vasco Rodrigues

O Estado Regulador é aquele em que a proteção de diversas finalidades de interesse público cabe a entidades reguladoras independentes. Este estudo analisa até que ponto o Estado Regulador em Portugal mudou após 2011, com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, bem como com a aprovação, em 2013, do regime legal das Entidades Reguladoras. Conclui-se que o Estado Regulador mudou pouco e nem sempre para

melhor. O novo tribunal trouxe uma justiça mais célere para alguns processos e um maior contacto entre juízes e especialistas, mas continuam por cumprir os objetivos de aumentar a eficiência e a qualidade da justiça. Já a lei-quadro das Entidades Reguladoras estabeleceu regras que reforçam a imparcialidade nas decisões, mas manteve restrições à independência das entidades, que na prática é perturbada pela possibilidade de interferência política.



O Estado Regulador em Portugal

Evolução e desempenho

Ana Lourenço, coord.

Miguel Ferro

Raquel Brízida Castro

Ricardo Gonçalves

Susana Coroadó

Vasco Rodrigues

Largo Monterroio Mascarenhas, n.º 1, 7.º piso

1099 -081 Lisboa

Telf: 21 001 58 00

ffms@ffms.pt

Diretor de publicações: António Araújo

Diretor da coleção Estudos da Fundação: Gonçalo Saraiva Matias

Título: O Estado Regulador em Portugal: Evolução e desempenho

Autores: Ana Lourenço (coordenação), Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro,

Ricardo Gonçalves, Susana Coroado, Vasco Rodrigues

Colaboradores: Filipa Mota, José Sá Reis, Mariana Cunha, Rafael Dias, Sandra Coelho

Revisão de texto: GoodSpell

Paginação: Finepaper

Impressão e acabamento: Guide Artes Gráficas

© Fundação Francisco Manuel dos Santos

Outubro de 2022

ISBN: 978-989-9118-05-8

Depósito Legal: 501796/22

As opiniões expressas nesta edição são da exclusiva responsabilidade dos autores e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Os autores desta publicação adotam o Acordo Ortográfico de 1990.

A autorização para reprodução total ou parcial dos conteúdos desta obra deve ser solicitada aos autores e ao editor.

ÍNDICE

Prefácio 4

Introdução 6

Capítulo 1

Emergência do Estado Regulador 10

1.1. Do Estado Social ao Estado Regulador 10

1.2. O Estado Regulador em Portugal 11

Capítulo 2

Independência das entidades reguladoras 18

2.1. Introdução 18

2.2. Independência das entidades reguladoras *in books* 24

2.3. Independência das entidades reguladoras *in action* 79

2.4. Conclusão 97

Capítulo 3

Análise do processo de avaliação do desempenho das entidades reguladoras 100

3.1. Introdução 100

3.2. Metodologia 103

3.3. Análise dos sistemas de indicadores por entidade reguladora selecionada 108

3.4. Discussão e conclusão 130

Capítulo 4

Análise *ex post* do impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 133

4.1. Introdução 133

4.2. Uma justiça mais célere 145

4.3. Uma justiça mais eficiente 155

4.4. Uma justiça melhor 156

4.5. Uma justiça mais próxima dos cidadãos 180

4.6. Conclusões e recomendações 181

Capítulo 5

Conclusões 188

Referências bibliográficas 192

Notas 199

Autores e Colaboradores 215

Prefácio

Prefácio estudo *O Estado-Regulador em Portugal: Evolução e Desempenho*

A Fundação Francisco Manuel dos Santos elegeu, entre as suas áreas prioritárias de estudo, as instituições, entendendo como tal o conjunto de entidades através das quais o Estado exerce os seus poderes — legislativo, administrativo e judicial.

Com efeito, o exercício desses poderes tem a maior relevância na nossa vida coletiva, e a qualidade das instituições é essencial para uma democracia madura e para a vivência num Estado de Direito.

No que diz respeito ao poder administrativo, importa olhar para a forma como o Estado se relaciona com os cidadãos e as empresas.

Num momento em que se preparam as comemorações dos 50 anos da democracia em Portugal, revela-se especialmente oportuno refletir sobre a intervenção do Estado na economia, em especial nos chamados setores altamente regulados.

Se, na sua origem, a Constituição era especialmente dirigista, fechando largos setores da economia à iniciativa privada, essa presença estatal foi-se dissipando, sobretudo nas sucessivas revisões constitucionais — de que a revisão de 1989 é representativa — e em alterações legislativas.

A partir da década de 1990, e até na sequência das referidas alterações constitucionais, foram criadas as primeiras entidades reguladoras. O seu objetivo era garantir que o Estado se afastava dos setores económicos regulados, mantendo, todavia, a regulação pública

através de entidades imparciais e isentas que garantiriam o bom funcionamento desses mercados.

Importa, neste momento, revisitar essa experiência a perceber o que correu bem, mas também o que correu mal, para que possa ser corrigido.

A Fundação Francisco Manuel dos Santos promoveu, assim, o estudo que agora se apresenta, fruto de uma investigação multidisciplinar profunda, realizada ao longo de vários anos, que analisa atentamente as diversas entidades reguladoras.

A equipa responsável procedeu a três estudos de caso de entidades reguladoras e sua atuação nos respetivos setores: a ERSE — Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; a Autoridade da Concorrência; e a ANACOM — Autoridade Nacional de Comunicações. Debruçou-se ainda sobre a experiência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Pelo notável trabalho realizado, gostaria de agradecer aos elementos desta equipa, liderada por Ana Lourenço e constituída por Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues.

Deste estudo ressaltam várias constatações de índole diversa e a merecerem a nossa atenção: os aspetos do trabalho destas entidades que inequivocamente contribuíram para a melhoria do país, mas também muitos outros que alertam para os riscos do seu funcionamento e que reclamam melhorias legislativas ou de atuação.

A Fundação cumpriu uma parte essencial da sua missão ao realizar este estudo, mas ela não termina aqui. É agora essencial divulgar as conclusões do estudo junto dos Portugueses e, em particular, junto dos decisores públicos que as podem utilizar para melhorar a regulação em Portugal. Assim possam também eles cumprir a sua parte.

Gonçalo Saraiva Matias
Presidente do Conselho de Administração da
Fundação Francisco Manuel dos Santos

Introdução

Este é o relatório final de um estudo realizado para a Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS) pelo Centro de Estudos de Gestão e Economia Aplicada (CEGEA) da Católica Porto Business School. O objetivo do estudo é analisar a evolução e o desempenho do Estado Regulador em Portugal, na sua dupla vertente de regulação por entidades reguladoras independentes e de salvaguarda da regulação por um tribunal de competência especializada para o efeito: o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS). A análise é feita através da exploração de três estudos de caso ilustrativos do fenómeno regulatório: a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a Autoridade da Concorrência (AdC) e a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM).

O termo «Estado Regulador» traduz o conceito de *Regulatory State* usado na literatura anglo-saxónica para exprimir um modo de atuação do Estado em que este cria regras que balizam a atuação das empresas e, em vez de as implementar diretamente (através, por exemplo, de direções-gerais), atribui essa implementação a entidades administrativas externas, descentralizadas e independentes — *entidades reguladoras*. É a estas entidades que cabem, então, as atividades de garantia da concorrência e do funcionamento do mercado, de proteção do ambiente e dos consumidores e, em geral, de salvaguarda dos interesses públicos subjacentes às regras criadas.¹

Estas entidades reguladoras estão no centro de duas fontes de influência: o Governo, enquanto formulador de políticas públicas, e as empresas reguladas, enquanto agentes económicos num determinado mercado. A possibilidade de interferência desses

dois blocos nas atividades das entidades reguladoras é a razão pela qual se defende que estas devem gozar de *independência*. Ao manter as entidades reguladoras fora do controlo político, os agentes económicos têm a garantia de que a regulação não será sujeita a ciclos políticos e a uma eventual instabilidade regulatória. Por sua vez, ao impor uma autoridade pública no mercado, o Estado garante que mantém algum nível de controlo sobre as falhas do mercado e a prestação universal de serviços de interesse público. Assim, a independência do regulador é entendida como um atributo fundamental no bom funcionamento do mercado para todas as partes interessadas, sejam elas agentes de mercado, consumidores ou mesmo o Estado. Espera-se, por isso, que uma entidade reguladora tenha capacidade e determinação para gerir tentativas indevidas de influência nas suas decisões vindas dos espectros político e empresarial.

Aquando da sua criação nos diversos sistemas político-administrativos, as entidades reguladoras suscitaram dúvidas relativamente à sua legitimidade democrática. Para quem entenda que as decisões relativas ao funcionamento de mercados com um impacto social generalizado devem estar a cargo de quem está politicamente legitimado, a existência de entidades que gozam de independência e escapam ao controlo político direto é vista com suspeita. Outros defendem que tal suspeita perde força em face do estabelecimento e da imposição de regras que permitam assegurar a credibilidade intertemporal das decisões (pelo desfasamento entre os ciclos de atividade das entidades reguladoras e os ciclos políticos), a especialização

técnica dos decisores e a prestação de contas necessária ao escrutínio da atividade regulatória pelos cidadãos. Não obstante a discussão em torno das entidades reguladoras, o modelo do Estado Regulador foi implementado em diversos setores económicos de interesse público e em diferentes geografias. Restringido aos Estados Unidos da América durante quase um século, o modelo foi largamente difundido a partir do final da década de 1980, primeiramente na Europa, mas depois em várias outras regiões². Com um pico de difusão no virar do século, as entidades reguladoras independentes estão hoje presentes ao nível global.

Nas diversas geografias, verifica-se uma significativa variedade no desenho institucional das entidades reguladoras e nos níveis de independência *formal* ou *de direito/in books*, isto é, de independência inerente aos instrumentos legais que as constituem e governam³. Contudo, a liberdade com que levam a cabo as suas atividades regulatórias, sem interferências externas, quer do poder político, quer das empresas reguladas, não se limita ao que foi estabelecido na lei a um dado momento. É fundamental apurar se, *de facto* ou *na prática/in action*, nas suas atividades, as entidades reguladoras têm essa independência e liberdade. Além disso, com a difusão do modelo, surgiram também as primeiras crises e o apontar de falhas e limites à regulação. A atuação das entidades reguladoras *na prática* não se revelou tão pertinente quanto o modelo teórico prometia. Na última década, várias crises (financeiras, ambientais) e avaliações sobre a eficiência dos mercados suscitaram dúvidas sobre eventuais falhas regulatórias e reacenderam o debate sobre as entidades reguladoras independentes.

Portugal foi, como veremos, um dos primeiros países europeus a adotar o modelo das entidades reguladoras independentes, no início da década de 90 do século xx, com a criação da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) em 1991 e da então denominada Entidade Reguladora do Setor Elétrico (ERSE) em 1995. A criação destas entidades foi coincidente com a difusão de novas ideias sobre a gestão pública e os processos de privatização e liberalização em Portugal. No final da primeira década deste século, o Estado Regulador português levava já, portanto, alguns anos de desenvolvimento. Todavia, apesar dessa consolidação temporal, os mercados regulados evidenciavam ineficiência, um aspeto para o qual o Estado português foi sendo sucessivamente alertado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE). Quando, em 2011, a crise da dívida soberana acabou por atingir Portugal, o Governo viu-se obrigado a solicitar assistência financeira internacional pela terceira vez em 30 anos. O Memorando de Entendimento assinado entre o Governo português e os três credores institucionais — FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu (a chamada Troica) — resultou num programa de política económica, que estabeleceu as reformas orçamentais, económicas e regulatórias que o país deveria implementar.

Numa perspetiva institucional da regulação, o período subsequente à assinatura do Memorando de Entendimento foi marcado pela aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (lei n.º 67/2013 de 28 de agosto, doravante designada LQER) e pela criação de um tribunal especializado em questões de regulação: o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), localizado

em Santarém (lei n.º 46/2011 de 24 de junho). Estas iniciativas no âmbito das reformas regulatórias eram percecionadas como necessárias ao aumento da eficiência da regulação e ao fortalecimento da concorrência. Ora, tendo já passado mais de dez anos desde o início da crise de 2008, e cerca de oito anos desde esta mudança no quadro institucional da regulação, coloca-se a seguinte questão: **terá o Estado Regulador em Portugal mudado com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão?**

Como acima referido, a análise desta questão faz-se através da exploração de três casos ilustrativos do Estado Regulador: a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a Autoridade da Concorrência (AdC) e a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM). Estas entidades, com diferentes âmbitos de atuação — já que, ao contrário da ERSE e da ANACOM, a AdC não regula um setor em particular, mas antes possui competências transversais a todos os setores —, foram selecionadas com base nos seguintes critérios: corresponderem a casos típicos, representativos do fenómeno regulatório; estarem compreendidas no âmbito de aplicação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (o que não sucede quanto ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social); serem autoridades que existiram, com características relativamente inalteradas, ao longo do período de referência; serem autoridades com um número variável de processos perante o TCRS; e serem autoridades com diferentes tipos de decisões sujeitas ao controlo do TCRS. Na recolha de dados relativos a estas três entidades, ainda que tenhamos realizado algumas entrevistas

exploratórias a magistrados, privilegiamos os dados publicados e de acesso *online*, numa ótica de replicabilidade do estudo.

Após esta introdução, o capítulo 1 descreve a emergência do Estado Regulador depois da Segunda Guerra Mundial, focando o enquadramento e os aspetos institucionais da sua criação e do seu desenvolvimento em Portugal; o capítulo 2 centra a análise no tema da *independência* das entidades reguladoras a dois níveis: por um lado, avalia-se a independência formal, ou *de direito/in books*, das entidades reguladoras selecionadas e faz-se uma análise da LQER, com a finalidade de perceber se as normas previstas na mesma salvaguardam a independência das entidades reguladoras e se esta lei, comparada com o enquadramento normativo anterior, reforça ou diminui a independência *de direito* das entidades reguladoras; por outro lado, avalia-se a independência das entidades reguladoras selecionadas *na prática* ou *de facto/in action*, com a finalidade de perceber qual a evolução dos indicadores de independência *de facto* ao longo do tempo; a seguir, o capítulo 3 faz uma análise da atividade das entidades reguladoras selecionadas e do modo de a medir, olhando para o sistema de indicadores estabelecido por cada uma através dos documentos produzidos pela ANACOM e pela ERSE no período 1997–2017 e pela AdC no período 2003–2017, a fim de perceber em que medida a evolução destes indicadores está associada à LQER; o capítulo 4 apresenta uma avaliação *ex post* do impacto da criação do TCRS para aferir, na medida do possível e com base em dados empíricos, o grau de sucesso na realização dos objetivos que estiveram na origem da decisão da criação desta jurisdição especializada, bem como para analisar potenciais oportunidades de se aprofundar o grau

de realização desses objetivos no futuro; finalmente, o capítulo 5 apresenta as conclusões gerais do estudo.

A realização deste trabalho envolveu investigadores de diversas áreas disciplinares, com estilos próprios de redação e pontos de vista que, embora nem sempre consensuais, procurámos respeitar. Esta diversidade é sobretudo evidente no capítulo 2, dada a necessidade de conjugar uma análise da independência *de direito* baseada na metodologia jurídica, da responsabilidade principal de Raquel Brízida Castro, com uma análise da independência *na prática*, da responsabilidade principal de Susana Coroadó. Refira-se ainda que a análise apresentada no capítulo 3 é da responsabilidade principal de Ricardo Gonçalves, com a colaboração de Filipa Mota, Mariana Cunha e Sandra Coelho (e o apoio de Rafael Dias na recolha e organização da informação), e que a avaliação apresentada no capítulo 4 é da responsabilidade principal de Miguel Ferro, com a colaboração de José Sá Reis. A coordenação geral deste estudo coube a Ana Lourenço, com a colaboração de Vasco Rodrigues, diretor do CEGEA.

Capítulo 1

Emergência do Estado Regulador

Este capítulo descreve a emergência e o desenvolvimento do Estado-Regulador, fornecendo o enquadramento geral para este relatório. Começa por descrever brevemente a passagem de um Estado que intervém diretamente na economia para um Estado Regulador. De seguida, contextualiza a emergência do Estado Regulador em Portugal e dá particular atenção ao período pós-1993, em que se inicia o processo de privatizações de empresas públicas e a intensificação da regulação. Depois, trata a dimensão institucional da regulação, focando em especial os principais momentos de discussão em torno da natureza e independência das entidades reguladoras. Finalmente, aborda o período de intervenção da Troica e os compromissos assumidos ao nível da regulação, e termina com uma síntese dos principais desafios da regulação em Portugal.

1.1. Do Estado Social ao Estado Regulador

O período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial foi representado, no norte e no centro da Europa Ocidental, pelo Estado Social, orientado para o fornecimento direto de serviços sociais coletivos, através de uma política económica assente na redistribuição e de objetivos macroeconómicos mais amplos, como o pleno emprego. Um Estado forte e centralizado, detentor de setores-chave da economia, coexistia lado a lado com um setor privado mais disperso. A crise do petróleo dos anos 70, por seu turno, havia de marcar o fim dos chamados Trinta Gloriosos, isto é, os anos de crescimento

económico baseados em forte investimento público. Durante as décadas de 1970 e 1980, o modelo do Estado Social ficou sob pressão, em especial devido às crises económicas e orçamentais que obrigaram os governos a cortar na despesa pública. A estas crises somaram-se a crescente concorrência económica entre países e o aprofundamento da integração económica e monetária na então Comunidade Económica Europeia. Surgiram igualmente novas políticas públicas, marcadas pela liberalização económica, através de privatizações e do livre comércio, pela chamada *New Public Management*, que preconizava a reforma das administrações públicas sob os princípios da gestão privada, mais voltada para empresas e clientes, e por uma visão minimalista do papel do Estado, retirando-o o mais possível da economia e criando mais espaço para a iniciativa privada.

Gradualmente, os governos europeus foram alterando a sua governação tradicional da coisa pública e abriram caminho para uma série de reformas, entre elas a privatização de empresas e serviços públicos e a liberalização de setores tradicionalmente monopolistas. A estas reformas ao nível nacional juntou-se a emergência de uma governação multinível, resultado da globalização económica e da criação de entidades supranacionais, como as instituições da União Europeia. Empresas privadas (ou privatizadas) assumiram a liderança em setores antes reservados aos monopólios estatais e promoveram a concorrência entre si e/ou com as demais empresas públicas.

O resultado foi uma mudança estrutural no papel do Estado, ou seja, uma redução progressiva da sua intervenção direta na economia e um aumento do seu papel enquanto regulador de determinados mercados de especial interesse público, limitando-se a colmatar falhas de mercado ou a garantir que as empresas cumpriam os seus compromissos de serviço público. Na realidade, e ao contrário do que, por vezes, a literatura académica pode fazer parecer, não se deu uma substituição completa de um modelo de Estado por outro. Dependendo das tradições económicas, políticas e até administrativas, ambos os modelos coexistem a níveis diferentes em vários países. Contudo, um elemento é comum a todos: a regulação tornou-se um instrumento de política pública que impõe regras a terceiros, com o objetivo de aumentar a eficiência dos mercados, a promoção da concorrência e a proteção dos cidadãos e consumidores no acesso a bens e serviços de interesse público, como as telecomunicações, a eletricidade ou os serviços postais.

Com estas premissas asseguradas, a emergência e as características do Estado Regulador variam consideravelmente entre países. De modo geral, pode falar-se dos países pioneiros, como os Estados Unidos da América e, na Europa, o Reino Unido; dos mais pró-ativos, como a Nova Zelândia; dos que ficam num meio-termo, como a Alemanha; os mais lentos, entre os quais França; daqueles países que foram forçados a reformas após graves crises económicas e sujeitos a intervenções do FMI, como ocorreu na América Latina. Houve ainda Estados que implementaram reformas em vários setores — a Bolívia, por exemplo — ou apenas em alguns, como o Japão⁴.

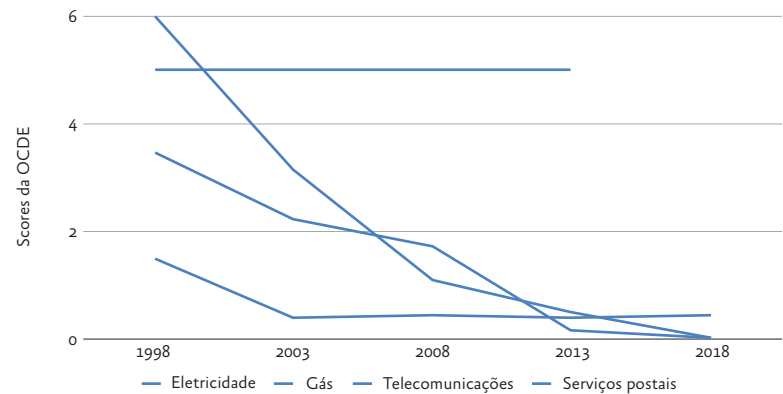
1.2. O Estado Regulador em Portugal

A emergência do Estado Regulador em Portugal é, de certo modo, peculiar, uma vez que, ao contrário de outros países da OCDE, ocorreu quase em simultâneo com a construção do Estado Social após a Revolução do 25 de Abril de 1974. De facto, nessa altura, o Estado assumiu o papel central, tendo sido o motor das mais importantes transformações sociais e económicas.

A década de 1970 foi um decénio de nacionalizações, fruto da revolução, numa economia até então dominada por grupos económicos privados detidos por uma pequena elite. Grande parte das nacionalizações ocorreu logo em 1975 e atingiu centenas de empresas em setores económicos como a banca, o petróleo, a indústria e os transportes. Estas nacionalizações, que em geral não abrangeram as empresas de capital estrangeiro, levaram a que muitos daqueles setores tivessem passado a ser monopólios públicos, e no final dos anos 80 Portugal era o país com o maior setor público empresarial da OCDE. Todavia, o papel do Estado na economia foi sendo questionado com um maior vigor devido à influência das políticas europeias e de novas tendências ideológicas mais liberais, influenciadas pelas políticas económicas de Thatcher e Reagan, potencializadas por mudanças concretas no equilíbrio de poder no país. O Conselho da Revolução foi extinto e a influência do Partido Comunista Português (PCP) diminuiu em benefício dos partidos do centro, o Partido Socialista (PS) e o Partido Social Democrata (PSD). Três anos após a adesão à Comunidade Europeia, e com a revisão constitucional de 1989, teve início a reprivatização de muitas das empresas nacionalizadas.

Entre 1993 e 2003, a economia portuguesa passou por um processo de privatizações dos mais intensos da União Europeia, que correspondeu a cerca de 23% do PIB, o dobro da percentagem do Reino Unido, por exemplo, conhecido pela sua onda de privatizações. Nos anos seguintes, o país pertencia ainda ao grupo de países da OCDE onde a privatização de empresas públicas teve maior peso, muito próximo dos números do Reino Unido mais liberal. De resto, a venda das empresas estatais seguiu, em vários casos, o modelo britânico: era lançada uma oferta pública para aquisição de ações por parte de trabalhadores e pequenos investidores, outra para grandes investidores e, em algumas empresas como a EDP ou a Portugal Telecom, reservava-se uma *golden share* ao Estado. A figura seguinte mostra o grau de propriedade pública dos serviços de utilidade pública em Portugal ao longo do tempo e os processos de privatização diacrónicos.

Figura 1.1. Grau de propriedade pública em Portugal em diferentes setores



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do mercado de produtos da OCDE.
Nota. Os dados recolhidos pela OCDE para os serviços postais param em 2013, mas a privatização da empresa pública, os CTT, ocorreu após essa data.

A manutenção de *golden shares*, que garantiam direitos especiais ao Estado e a nomeação de um representante no conselho de administração das empresas, foi justificada por questões de interesse nacional, permitindo ao Estado continuar a ingerir-se nas decisões das empresas por diversas razões. As privatizações alargaram-se a vários setores, nomeadamente em serviços públicos, mas foram um processo longo e gradual.

Não obstante a intensidade das privatizações, Portugal era, em 2011, o quinto país com maior proporção de emprego no setor empresarial do Estado no total do emprego, entre os países da OCDE, com o setor financeiro e o setor dos transportes a representar mais de 50% do total e o das indústrias em rede (água, eletricidade, telecomunicações) constituindo 0,8%⁵.

**1.2.1. Entidades reguladoras independentes:
a dimensão institucional do Estado Regulador**

As entidades administrativas setoriais não foram necessariamente uma consequência da emergência do Estado Regulador em Portugal, ocorrida durante a década de 1990. Os órgãos de supervisão financeira datam do século XIX, a Agência para a Aviação Civil foi criada no final da década de 1920 e o Instituto de Comunicações de Portugal (ICP) foi criado na década de 1980 como órgão consultivo do governo. Pode até falar-se de um antecessor da Autoridade da Concorrência, o Conselho da Concorrência. Embora não pertencendo à administração central do Estado, a maioria destas entidades gozava de um grau limitado de autonomia administrativa e de fracos poderes de supervisão e era controlada diretamente pelo executivo.

Ainda assim, o país foi um dos primeiros ao nível europeu a adotar o modelo das entidades reguladoras independentes, tal como a literatura académica as imaginou e as organizações internacionais as recomendaram. E a criação destas entidades foi coincidente com a difusão de novas ideias sobre a gestão pública e os processos de privatização e liberalização, por influência da legislação da União Europeia e/ou por iniciativa de alguns ministérios, antevendo já as obrigações de diretivas europeias. As primeiras entidades reguladoras independentes em Portugal — a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), em 1991, e a então denominada Entidade Reguladora do Sector Elétrico (ERSE), criada em 1995 e com entrada em funções dois anos depois — surgiram numa espécie de vazio legal e foram imediatamente questionadas quanto à sua legitimidade democrática e constitucionalidade. Num país com uma tradição administrativa napoleónica, o controlo do Governo sobre a administração pública está consagrado na Constituição e a existência de organismos que escapam ao controlo direto do executivo desafiava esse princípio. Na discussão pública sobre esta matéria, foram igualmente levantadas questões relacionadas com a tradicional separação de poderes, uma vez que estas entidades reguladoras concentravam em si o poder de redigir normas, de as aplicar e de sancionar o respetivo incumprimento.

Grande parte destas questões de natureza política e administrativa foi resolvida pela revisão constitucional de 1997, que se tornou um ponto de viragem no quadro jurídico das entidades autónomas e da administração indireta em Portugal. Ao consagrar o direito do legislador de criar entidades administrativas independentes, a Assembleia da República solucionou o problema constitucional

da delegação de poderes. A redação dos artigos da Constituição acautelava que a criação destas entidades administrativas deveria ocorrer apenas para fins específicos. Mas, na verdade, acabou por abrir a porta à disseminação de entidades quase independentes na administração pública portuguesa. Nos meses que se seguiram à revisão constitucional, o número de institutos públicos, alguns com poderes reguladores, cresceu exponencialmente e de forma desorganizada. A proliferação de órgãos administrativos deu-se, nas palavras de Freitas do Amaral, «sem limites [porque] eram criados novos a cada mês», ainda que na sua maioria sem grande autonomia e sem um arcabouço legal específico⁶.

A partir de então, algumas entidades reguladoras foram consideradas entidades administrativas especiais dentro da categoria mais geral dos institutos públicos, ao passo que outras (cujos setores ainda não tinham sido regulados pelas políticas europeias) não pertenciam a nenhuma categoria particular. No ano 2000, admitindo que, devido ao crescimento exponencial das administrações, nem sempre tinha sido possível manter uma coerência na política e nas medidas adotadas, o segundo governo de António Guterres constituiu um grupo de trabalho para o estudo da administração indireta do Estado, presidido pelo constitucionalista de Coimbra Vital Moreira. O grupo de trabalho encontrou um total de 330 institutos públicos em Portugal, caracterizados por soluções casuísticas e heterogéneas, elencando cinco conclusões fundamentais:

- falta de justificação para a criação de muitos dos institutos públicos;

- coexistência de diferentes soluções institucionais para situações idênticas, dependendo de fatores aleatórios e circunstanciais;
- instabilidade jurídica e institucional;
- tendência para a irreversibilidade dos institutos, uma vez criados;
- persistência de situações verdadeiramente exóticas.

As conclusões do relatório do grupo de trabalho levaram à elaboração de um projeto de lei dedicado especificamente aos reguladores, que visava distingui-los formalmente dos demais institutos públicos⁷. A demissão do Governo no final de 2001 e as eleições legislativas antecipadas, que deram lugar a uma nova maioria de direita, encabeçada primeiro por José Manuel Durão Barroso e depois por Pedro Santana Lopes, interromperam o processo de criação da referida lei-quadro específica para as entidades reguladoras. A ausência de um quadro legal dedicado não impediu, porém, a criação de novas entidades reguladoras na concorrência e na saúde. Em 2004, a nova maioria parlamentar acabou por aprovar uma lei-quadro para os institutos públicos, que abrangeria todas as entidades públicas com certo grau de autonomia, independentemente de gozarem ou não de poderes reguladores. A lei estabelecia que alguns institutos públicos gozavam de um regime especial, sendo os reguladores independentes um deles. No entanto, o diploma não listava as entidades que se enquadrariam nessa categoria nem definiu o que seria o regime especial.

As eleições legislativas de 2005 deram ao Partido Socialista a sua primeira maioria absoluta no Parlamento. A partir desse momento,

a questão das entidades reguladoras ganhou um novo impulso. Nesse mesmo ano foi lançado o PRACE — uma reforma ambiciosa da administração pública central. Entre vários objetivos e estratégias, o PRACE visava modernizar e racionalizar estruturas, melhorar a qualidade do serviço, harmonizar regras e organizações, e reforçar o papel normativo, regulador e de supervisão do Estado. Várias entidades reguladoras viram revistos os seus estatutos no âmbito deste programa. Em 2008, quando todos os atuais reguladores já se encontravam constituídos, o Tribunal de Contas procedeu a uma avaliação global da regulação em Portugal. Avaliaram-se seis setores e as suas respetivas entidades reguladoras e, além dos relatórios setoriais, publicou-se um relatório geral de regulação. As conclusões confirmaram avaliações anteriores e revelaram-se particularmente preocupantes⁸:

- falta de coerência, estabilidade e previsibilidade do quadro jurídico setorial;
- falta de reforma e adequação do quadro legal que regia as entidades reguladoras, apesar das deficiências há muito identificadas;
- inadequação na definição de competências;
- ambiguidades nos estatutos das entidades reguladoras e no seu lugar na estrutura ministerial;
- presença de determinadas imperfeições nos sistemas regulatórios de vários setores responsáveis pelos serviços essenciais, que interferia, na prática, com o exercício de regulação independente.

Ao mesmo tempo, surgiram em certos setores controvérsias e polémicas. Por exemplo, na ERSE e na Entidade Reguladora da Saúde, alguns membros da administração demitiram-se em conflito com o Governo⁹. Noutros casos, determinadas decisões do Governo foram encaradas por alguns como interferência política nos mercados e nas atividades das entidades reguladoras, como aconteceu no caso da Oferta Pública de Aquisição (OPA) da Sonae sobre a Portugal Telecom¹⁰.

O tema da independência das entidades reguladoras acabou por ganhar destaque na agenda política e parlamentar. Entre 2009 e 2010, vários projetos de lei relativos à independência dos reguladores e, em particular, ao processo de nomeação dos membros dos conselhos de administração foram apresentados pela oposição de centro-direita, enquanto a maioria socialista não voltou a avançar com o seu anterior projeto de lei-quadro, elaborado por Vital Moreira. Nenhum dos projetos de lei da oposição acabou aprovado. No entanto, o impulso reformista ganhou alguma alavancagem e, na realidade, em 2009, as entidades reguladoras da água e resíduos, saúde e aviação civil sofreram uma reforma do seu estatuto.

1.2.2. O Estado Regulador pelos olhos da Troica

No final da primeira década do século, o Estado Regulador português levava já alguns anos de desenvolvimento, tanto ao nível das privatizações e liberalizações, como ao nível da criação e evolução das entidades reguladoras. Apesar dessa consolidação temporal, os mercados regulados em Portugal continuaram a mostrar ineficiência e falta de concorrência. Em 2010, o FMI alertava para

a falta de concorrência em setores de bens não transacionáveis, diagnóstico repetido um ano depois pelo programa de assistência financeira. Simultaneamente, a OCDE afirmava que as pressões competitivas em setores de bens não transacionáveis, como as indústrias de rede, eram ainda limitadas e, dado que a produção desses setores era amplamente consumida pela indústria e pelos restantes setores económicos, estas deficiências de mercado tinham um forte impacto e contribuíam para impedir o crescimento da produtividade em toda a economia¹¹. Acrescentava ainda a OCDE que os preços da eletricidade e do gás permaneciam elevados, o que pesava tanto no poder de compra das famílias como na competitividade internacional das empresas e que, apesar de as mudanças em áreas como as telecomunicações e a energia estarem voltadas para a redução das rendas, haveria ainda espaço para uma concorrência mais forte.

Por fim, em 2011, a crise da dívida soberana que assolava a Europa acabou por atingir Portugal. O Estado português viu-se obrigado a solicitar assistência financeira internacional pela terceira vez em 30 anos, tendo o apoio sido de 37,8 mil milhões de dólares. Este tornou-se, segundo cálculos da Bloomberg, o terceiro maior resgate da história do FMI, superado apenas pelo da Argentina em 2018 e pelo da Grécia em 2010. O Memorando de Entendimento, assinado entre o Governo português e as três instituições internacionais credoras — Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu, a chamada Troica —, resultou num verdadeiro programa de política económica, pois detalhou as reformas orçamentais, económicas e regulatórias que o país deveria empreender.

A questão da falta de concorrência e da ineficiência da regulação foi destacada pela Troica e assumiu uma parte significativa do Programa de Assistência Financeira. O Memorando de Entendimento exigia que Portugal minimizasse os comportamentos rentistas de algumas empresas, através do reforço da concorrência e dos reguladores setoriais, nomeadamente os da energia, das telecomunicações e dos caminhos de ferro. Entre os compromissos com os credores, o Governo português obrigou-se a garantir que as entidades reguladoras nacionais gozavam de independência e dos recursos necessários para exercer as suas responsabilidades. Comparado com os programas de resgate de outros membros da União Europeia (UE), o acordo português evidenciava uma preocupação notável com a independência das entidades reguladoras. A título de exemplo, o acordo português contém nove parágrafos com obrigações relativas às entidades reguladoras ou à necessidade de reformas regulatórias setoriais, ao passo que o resgate do Chipre incluía duas referências, o da Grécia uma e os dos restantes quatro Estados-membros que recorreram à assistência financeira — Hungria, Irlanda, Letónia e Espanha — não tinham obrigações em matéria regulatória.

Os compromissos com a Troica forçaram o Governo e o Parlamento a olhar de novo para a regulação em geral, para o funcionamento das entidades reguladoras, especialmente no que se referia à sua independência, bem como para o estado da jurisdição relativa à regulação. Após uma avaliação por parte de uma consultora independente, imposta pelo próprio acordo de resgate, o Governo recuperou o projeto de lei-quadro elaborado por Vital Moreira em 2001. Mas, dez anos depois, para além dos partidos políticos, das empresas reguladas e das associações de consumidores, havia

um novo grupo de partes interessadas nesta discussão — as próprias entidades reguladoras. Ao longo dos dez a 15 anos anteriores, as entidades reguladoras tinham conquistado um estatuto muito próprio e ganhado alguma influência política. Assim, chamadas a pronunciar-se, deram grandes contribuições para o projeto de lei e, mais tarde, para as subsequentes revisões dos seus próprios estatutos legais. Ao todo, o processo durou três anos, desde a elaboração do projeto de lei até à aprovação do último estatuto em 2015.

Em jeito de resumo, e no que se refere às entidades reguladoras em si, podemos falar de três vagas distintas. Uma primeira fase de «agencificação» da administração portuguesa, ou seja, de proliferação de entidades especializadas e com certo grau de autonomia face à administração central. Esta fase ocorreu na segunda metade dos anos 90, com a criação da ERSE e a revisão constitucional de 1997, que abriu a porta à criação de múltiplas entidades desta natureza. A segunda vaga ocorreu entre 2000 e 2005, quando foram criadas a Autoridade de Concorrência, a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) e a nova Entidade Reguladora para a Comunicação Social, ao mesmo tempo que o ICP-ANACOM renasceu com novos estatutos e a natureza de entidade independente. A terceira vaga de reformas surgiu com o resgate financeiro e as obrigações decorrentes do programa de assistência financeira. Em 2013, a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras conduziu à tentativa de uniformização e esclarecimento do estatuto jurídico de nove reguladores.

No entanto, a grande reforma do quadro legal das entidades reguladoras trouxe novas controvérsias que deram origem a discussões políticas, alterações cirúrgicas à lei e projetos de reformas setoriais.

O aumento exponencial nos salários de membros de órgãos das entidades reguladoras gerou a indignação dos partidos de esquerda que apoiavam o Governo socialista recém-instalado, que exigiam mais poderes de fiscalização ao Parlamento¹². A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, como veremos no capítulo 2, acabou por ser alterada.

1.2.3. Um Estado Regulador português ou à portuguesa?

Três anos após o fim do resgate, os problemas pareciam manter-se, com a Comissão Europeia a alertar que, apesar das reformas, persistiam falhas na ação política em relação aos mercados de produtos e serviços. Em 2019, o Eurostat demonstrava que, ajustando os preços ao poder de compra de cada país, os lares portugueses pagavam a eletricidade mais cara da Europa e o quarto preço mais elevado do gás¹³. O setor das telecomunicações apresentava resultados semelhantes: também naquele ano, informava a ANACOM, Portugal ocupava o oitavo lugar na lista de preços da UE e, embora os preços dos serviços tivessem vindo a diminuir na maior parte dos países europeus, em Portugal aumentavam de forma consistente nos últimos anos, ao passo que cresciam as reclamações quanto à qualidade do serviço¹⁴. Ou seja, ao fim de quase 30 anos de Estado Regulador, o mérito da regulação dos mercados através de entidades reguladoras continua a não ser consensual.

O Estado Regulador em Portugal, ou seja, a combinação de processos de privatização e liberalização de determinados setores em que o peso do Estado era determinante, com a criação e difusão de entidades reguladoras independentes, é fruto sobretudo de pressões e influências

externas. As obrigações decorrentes da adesão às comunidades europeias, a necessidade de ter credibilidade junto de investidores internacionais e os compromissos assumidos com credores externos têm sido a grande justificação para o aprofundamento do Estado Regulador em Portugal e para o trabalho desenvolvido nesta área, inspirado pelo exemplo do Reino Unido.

No entanto, nem sempre é fácil a Portugal realizar verdadeiras reformas. Um país com uma forte tradição legalista e uma administração pública de inspiração napoleónica, fortemente controlada pelo poder político, não consegue transformar-se com facilidade num modelo anglo-saxónico. A emancipação dos antigos monopólios estatais e a autonomia das entidades reguladoras, apetecível no papel, é, na vida real, de digestão difícil por parte de governos e partidos políticos.

Capítulo 2

Independência das entidades reguladoras

Este capítulo avalia a independência das entidades reguladoras em dois planos: *in books* ou *de direito* e *in action* ou *de facto*. Após uma introdução ao conceito de independência das entidades reguladoras — e ao seu contrário — e uma apresentação do quadro de análise da independência das entidades reguladoras proposto por Gilardi e Maggetti em 2011, começa-se por avaliar a independência das entidades reguladoras *in books*. Após uma introdução, faz-se uma análise da evolução estatutária das três entidades reguladoras selecionadas, por forma a identificar o enquadramento jurídico regulatório vigente em 2013, antes da entrada em vigor da LQER; de seguida analisam-se as soluções normativas propugnadas pela LQER, com o propósito de avaliar se salvaguardam a independência *in books* das entidades reguladoras, e se vieram reforçar ou diminuir esta independência, em comparação com o ordenamento jurídico anterior. Depois, este capítulo examina a independência *in action* das três entidades reguladoras em estudo, recorrendo a diversos indicadores baseados nos trabalhos de Gilardi e Maggetti, com o propósito de avaliar em que medida são estas entidades, na prática, livres para conduzir as suas atividades regulatórias, sem cedências ao poder político e/ou às empresas que regulam.

2.1. Introdução

2.1.1. A independência das entidades reguladoras

As entidades reguladoras estão no centro de duas fontes de influência — o poder político e as empresas reguladas — e representam um compromisso entre o Governo, como formulador de políticas públicas, e os grupos de interesse de determinado mercado. A possibilidade de interferência nas atividades das entidades reguladoras — e a consequente limitação da sua faculdade para definir e prosseguir os seus interesses — por parte quer do poder político, quer das empresas reguladas, é a razão pela qual estas gozam de independência.

Para as empresas, a independência é uma forma de procurar garantir a igualdade de tratamento (um *level playing field*) dos diversos agentes do mercado e, em simultâneo, que não exista por parte dos governos uma intervenção no mercado condicionada pelo cálculo político-partidário. Ao manter as entidades reguladoras fora do controlo político, os agentes económicos têm a garantia de que a regulação não será sujeita a ciclos políticos e a uma eventual instabilidade regulatória ou a interferências políticas na regulação. Por exemplo, com entidades reguladoras independentes do poder político, não seria possível a um Governo travar aumentos de tarifas

para agradar aos eleitores, nem interferir numa investigação ou numa sanção imposta pela entidade reguladora a determinada empresa.

Por sua vez, ao impor uma autoridade pública no mercado, o Estado garante que mantém algum nível de controlo sobre as falhas do mercado e a garantia de prestação universal de serviços de interesse público, apesar de se retirar da economia como detentor de uma empresa monopolista.

No que se refere à independência em relação às empresas reguladas, é fundamental a dois níveis. Em primeiro lugar, a distância entre o regulador e os regulados, no seu todo, procura garantir que aquele não toma decisões — por ação ou omissão — que beneficiem as empresas operadoras do mercado, em detrimento dos consumidores e dos cidadãos. Esta dimensão remete-nos novamente para a questão do interesse público e para a necessidade de garantir serviços básicos e universais a toda a população, mesmo que tal possa diminuir os ganhos ou a eficiência dos operadores do mercado. Num segundo nível, a independência do regulador face a uma empresa regulada permite assegurar que esta última não é beneficiada (ou não é prejudicada) pelo regulador em comparação com as restantes operadoras do mercado. Garantir a equidade entre empresas dentro de determinado mercado é crucial, em particular na fase de liberalização, quando é costume a empresa incumbente ocupar, por si só, uma posição mais vantajosa do que as empresas que estão a entrar no mercado.

Aquando da sua criação em diferentes sistemas político-administrativos, as entidades reguladoras suscitaram dúvidas relativamente à sua legitimidade democrática, uma vez que,

ao gozarem de independência e escaparem ao controlo político direto, a sua prestação de contas perante os cidadãos ou os seus representantes se tornaria diminuta. Ao tomarem decisões sobre o funcionamento de mercados de manifesto interesse público, as entidades reguladoras independentes podem, como vimos, beneficiar determinados grupos em detrimento de outros, o que tem um impacto significativo na sociedade em geral¹⁵. Porém, com o argumento de que a sua especialização técnica e o seu desempenho positivo na regulação dos mercados lhes dariam a dita legitimidade, o modelo foi implementado¹⁶. Assim, a independência do regulador é um atributo fundamental no bom funcionamento do mercado para todas as partes interessadas, sejam elas agentes de mercado, consumidores ou mesmo o Estado. Não sendo um fim em si mesmo, a independência é um garante de imparcialidade do regulador na sua atuação de criador de normas e de supervisor em relação a todas as partes interessadas.

2.1.2. A independência e o seu contrário: captura e politização

i. Captura regulatória

A falta de independência das entidades reguladoras face às empresas do setor regulado pode resultar na sua captura, ou seja, aquelas podem ser influenciadas de forma indevida pelas empresas que devem regular, favorecendo-as em prejuízo do interesse público ou de outras empresas concorrentes. Uma empresa pode, por exemplo, pretender a criação de barreiras à entrada no mercado, de forma a impedir a entrada de concorrentes, a manutenção de rendas, como benefícios

fiscais ou subsídios, a fixação de preços ou a criação de regras para a produção de bens que beneficiem os seus produtos em particular. A captura pode não se limitar a apenas uma empresa contra os seus concorrentes. Várias ou todas as empresas de determinado setor podem unir-se na captura da regulação, em detrimento do serviço público ou dos consumidores.

Existe uma vasta literatura académica sobre a teoria da captura, em particular nos Estados Unidos da América. Quando se desenvolveu, em meados do século xx, na Escola de Chicago, a teoria considerava que a regulação era por si própria resultado de captura, isto é, as regras do mercado seriam, na verdade, criadas pelas empresas já instaladas com vista a proteger os seus interesses¹⁷. Mais tarde, a Escola de Toulouse sugeriu que a assimetria de informação entre os regulados e os reguladores é uma condição necessária para a captura¹⁸. Por serem os principais agentes do mercado, as empresas são as verdadeiras detentoras da informação sobre a tecnologia, a produção e até o funcionamento do mercado. Sendo, na realidade, elementos externos, as entidades reguladoras não só não possuem essa informação, como estão dependentes das empresas para a obter. E estas últimas só cedem a informação que melhor servir os seus interesses, controlando e limitando assim o nível de atuação do regulador. Neste campo da teoria da captura, desenvolveram-se outras linhas de pensamento, entre as quais duas que são em si mesmas contraditórias, mas que partem do mesmo ponto — a questão da antiguidade das entidades reguladoras. Uma dessas linhas, conhecida como o Ciclo de Vida das Agências, sugere que, no momento da sua criação por parte do poder político, as entidades reguladoras ainda se encontram muito ligadas àquele e, por isso, são mais independentes

dos interesses que regulam¹⁹. Por outro lado, precisamente por serem uma inovação institucional e suscitarem dúvidas sobre a sua legitimidade democrática, as entidades reguladoras também são alvo de um maior escrutínio público nos primeiros anos de vida. Com o passar do tempo, a atenção do público diminui, ao passo que os contactos com as empresas reguladas aumentam e se aprofundam, levando à captura das entidades reguladoras. Em sentido contrário, há quem defenda que a reputação das entidades reguladoras se constrói ao longo do tempo, o que reforça o seu poder e a sua independência, tornando-as mais protegidas contra a captura²⁰.

Do ponto de vista da entidade reguladora, a captura ocorre por dois motivos possíveis. O primeiro é o interesse próprio material do membro do conselho de administração, que opta por beneficiar determinada(s) empresa(s), esperando obter recompensas futuras pelas suas ações ou omissões deliberadas. Embora essas recompensas possam constituir corrupção *tout court*, a captura regulatória não implica necessariamente que os reguladores sejam corruptos ou desprovidos de integridade, mas que existem incentivos que facilitam e promovem a captura, como o desejo dos administradores de manter futuras opções de carreira. A segunda razão é comumente conhecida como captura cognitiva ou captura cultural, segundo a qual os reguladores não agem motivados por um interesse material, mas porque partilham as mesmas opiniões e crenças da indústria que devem regular. Por outras palavras, existe uma identificação social do regulador com o regulado, o que dificulta a independência e a imparcialidade do primeiro em relação ao segundo.

A teoria da captura esteve, em certa medida, um pouco esquecida a partir das décadas de 1960/1970, ofuscada pela crença na liberalização das economias, nas teorias do interesse público e da nova gestão pública, e pela difusão global das entidades reguladoras independentes²¹. Sucessivas falhas em contextos regulados em vários países e, muito em particular, as crises financeiras e das dívidas soberanas no virar da década de 2010 recuperaram, atualizaram e recolocaram-na no debate acadêmico e político. Hoje em dia, e ao contrário do que os primeiros teóricos consideravam, entende-se que a captura do regulador não é um caso de tudo ou nada, mas um *continuum* que pode ou não ser sistemático²².

ii. Politização

Espera-se que as entidades reguladoras sejam independentes não apenas das empresas que regulam, mas sobretudo do poder político, de forma a proteger os mercados de interferências que visem a obtenção de ganhos eleitorais, em detrimento do bom funcionamento daqueles. Sem entidades reguladoras independentes, um Governo pode, por exemplo, impedir um necessário aumento de preços em véspera de eleições, de forma a evitar que os eleitores o responsabilizem por esse aumento e, como tal, o penalizem nas urnas.

Ora, se de um ponto de vista do mercado a independência das entidades reguladoras faz sentido, não deixa de constituir uma perda de poder e de capacidade de controlo para governos e partidos políticos. Na visão tradicional do Estado, os executivos implementam as políticas apresentadas nos seus manifestos eleitorais

através da administração pública²³. O fracasso na implementação das promessas pode resultar em custos eleitorais para os partidos políticos. Apesar de, em termos teóricos, o executivo poder transferir o ónus da responsabilidade de decisões impopulares para as entidades reguladoras, o que pode ser uma das motivações para delegar nelas poder, é expectável que os eleitores não compreendam essa separação institucional, diminuindo o seu apoio ao partido no poder. Portanto, para além de poderem influenciar o desenho legal das entidades, os partidos políticos podem tentar controlar as entidades independentes através, por exemplo, da introdução de elementos políticos, ou seja, politizando o que deveriam ser autoridades apolíticas²⁴. Quando as instituições públicas são politizadas, tendem a beneficiar os governos e partidos políticos no poder, ou a ceder mais às suas instruções. A politização é um termo muito amplo, que abrange uma ampla gama de práticas no nexo política-burocracia, como a nomeação, retenção, promoção ou demissão (se possível) de detentores de cargos públicos com base em critérios políticos (como a afinidade ideológica ou pessoal do partido em relação ao principal), em vez de mérito.

Neste estudo, tomamos como premissa que o oposto da captura ou da politização é a ausência dessa influência indevida. Por outras palavras, a independência de uma entidade reguladora é a sua capacidade de tomar decisões sem a interferência ou influência indevida de terceiros, sejam eles as empresas reguladas ou o poder político. Juntamente com os poderes de regulação, a independência é uma característica fundamental para garantir o funcionamento adequado do mercado.

2.1.3. A independência *in books* e *in action*

A literatura académica sobre regulação que se tem debruçado sobre a independência das entidades reguladoras demonstra a diferença entre a independência *in books* e *in action*. Independência *in books*, ou formal, é o grau de independência inerente aos instrumentos legais — leis, decretos-leis, estatutos, leis orgânicas e Constituição — que formam e governam as entidades, enquanto a independência *in action* corresponde à maneira como a entidade funciona e atua na prática nas suas atividades diárias. A relação entre as duas dimensões é importante, mas pode não ser direta. Dito de outro modo, a lei delimita muito o modo como a entidade reguladora atua e interage com o poder político e os vários operadores no mercado. No entanto, o facto de a lei deixar espaço a estes atores para agirem sobre a entidade reguladora, ou seja, que exista menos independência ao nível formal, não significa que esse espaço seja usado pelas partes interessadas. Uma entidade reguladora pode gozar de pouca independência formal, mas de bastante autonomia na prática. O contrário também pode ocorrer, em especial se, à primeira vista, os aspetos formais parecerem delegar uma grande autonomia mas permitirem, na realidade, muitas exceções ou uma interpretação bastante alargada das normas.

Para analisar a independência *de direito* e *de facto* das entidades reguladoras, tomamos como ponto de partida o conjunto de indicadores ou prescrições (*prescriptions*, no original) propostos por Fabrizio Gilardi e Martino Maggetti em 2011²⁵. Com vista à operacionalização da independência *de direito*, os indicadores propostos por estes autores dividem-se em indicadores relativos

às seguintes dimensões: estatuto do presidente e do conselho de administração da entidade reguladora; aspetos financeiros e organizacionais; e competências de regulação, como podemos ver no elenco abaixo²⁶.

Relativos ao presidente e conselho de administração (*Chairperson and management board*):

- Duração dos mandatos (*Term of office*): mandatos longos são favoráveis à independência.
- Procedimento de designação dos membros (*Appointment procedure*): uma designação que provém diretamente do Governo, sem a intervenção de quaisquer outros órgãos, é desfavorável à independência.
- Cessação dos mandatos (*Dismissal procedure*): a cessação por vontade discricionária ou fundada em cláusulas indeterminadas é desfavorável à independência.
- Possibilidade de renovação dos mandatos (*Renewability of appointment*): a impossibilidade de renovação dos mandatos é favorável à independência.
- Exclusividade dos mandatos (*Compatibility with other offices*): o exercício em exclusividade dos mandatos é favorável à independência.
- Incompatibilidades e impedimentos (*Formal requirements of independence*): a previsão formal de incompatibilidades e impedimentos, anteriores e posteriores ao mandato, é favorável à independência.

- Relação com o poder político (*Relationship with elected politicians*): a inexistência de obrigações formais de reporte ao governo é favorável à independência.
- Independência orgânica, funcional e técnica (*Independence formally stated*): a previsão de independência orgânica, funcional e técnica, designadamente a ausência de pareceres vinculativos governamentais, é favorável à independência.
- Obrigações formais (*Formal obligations*): a inexistência de obrigações formais face ao poder político é favorável à independência.
- Possibilidade de reversão de decisões (*Overturning of decisions*): a impossibilidade de reversão de decisões, exceto pelos tribunais, é favorável à independência.

Relativos aos aspetos financeiros e organizacionais (*Finances and organization*):

- Fontes de financiamento (*Source of the budget*): é favorável à independência o financiamento da entidade reguladora através de uma taxa a cargo das empresas reguladas, por oposição ao financiamento pelo Governo.
- Organização interna (*Agency's internal organization*): é favorável à independência que seja a entidade reguladora a controlar o seu orçamento e a decidir a sua organização interna, por oposição a que tais funções caibam ao Governo.
- Controlo dos recursos humanos (*Control of human resources*): é favorável à independência que caibam à entidade reguladora

as decisões de recrutamento, despedimento, atribuição de funções e composição do pessoal, por oposição a que tais decisões caibam ao Governo ou dele dependam.

- Competências de regulação (*Regulatory competencies*):
- Poder regulamentar (*Rule-making*): é favorável à independência que este poder caiba exclusivamente à entidade reguladora, com base no princípio da dupla habilitação e circunscrito ao âmbito da respetiva discricionariedade técnica.
- Poder de supervisão (*Monitoring*): é favorável à independência que este poder caiba exclusivamente à entidade reguladora.
- Poder sancionatório (*Sanctioning*): é favorável à independência que este poder caiba exclusivamente à entidade reguladora, sem prejuízo da respetiva sujeição ao poder jurisdicional.

Para a operacionalização da independência *de facto*, os indicadores propostos por Gilardi e Maggetti dividem-se em indicadores relativos à independência face ao poder político e face às empresas reguladas, nos termos seguintes²⁷.

Face ao poder político (*From politicians*):

- Frequência de portas giratórias (*Frequency of revolving door*).
- Frequência dos contactos (entre a entidade reguladora e o poder político) (*Frequency of contacts*).
- Influência do poder político sobre o orçamento da entidade reguladora (*Influence on budget*).

- Influência do poder político sobre a organização interna da entidade reguladora (*Influence on internal organization*).
- Peso das nomeações partidárias (*Partisanship of nominations*).
- Vulnerabilidade política a que estão sujeitos os administradores (*Political vulnerability*).

Face às empresas reguladas (*From regulatees*):

- Frequência de portas giratórias (*Frequency of revolving door*).
- Frequência dos contactos (entre a entidade reguladora e as empresas reguladas) (*Frequency of contacts*).
- Adequação dos recursos financeiros da entidade reguladora às suas responsabilidades regulatórias (*Adequacy of budget*).
- Adequação dos recursos organizacionais da entidade reguladora às suas responsabilidades regulatórias (*Adequacy of internal organization*).
- Proximidade da atividade profissional dos administradores com o setor regulado (*Professional activity of chairperson/board members*).

No desenvolvimento dos seus estudos sobre a independência *de facto*, Maggetti recorreu a um questionário enviado aos reguladores para a recolha dos dados²⁸. Este método tem a vantagem de permitir responder a questões mais subjetivas, como a influência do poder político sobre o orçamento ou a organização interna, ou cujos dados não estão publicamente disponíveis, como a frequência de contactos com o poder político ou as empresas reguladas. Por outro lado, apresenta desvantagens significativas, como a dependência da colaboração das entidades estudadas, a autoavaliação

dos respondentes (que não é, por natureza, tão objetiva) e, como já mencionado acima, a própria subjetividade de algumas questões. Por isso, na realização do presente estudo, embora mantendo como referência os indicadores de Maggetti, optámos por uma estratégia de recolha de dados mais direta, ou seja, levada a cabo pela própria investigadora responsável pela análise da independência *in action* apresentada em 2.3., através da consulta de fontes de informação disponíveis ao público²⁹. Tal opção metodológica implicou, por outro lado, que nem todos os indicadores de Maggetti fossem passíveis de medição, pelo que nos concentrámos apenas nas portas giratórias, nos recursos financeiros, na vulnerabilidade dos administradores e nos recursos apresentados contra as decisões regulatórias.

Atendendo à diferença entre as duas dimensões da independência — *in books* e *in action* —, o presente capítulo divide-se em duas partes. Primeiro, analisaremos a independência das entidades reguladoras selecionadas do ponto de vista formal, *in books*. De seguida, avaliaremos a sua independência *in action*.

2.2. Independência das entidades reguladoras *in books*

2.2.1. Introdução

As autoridades administrativas independentes surgiram em Portugal durante a vigência da Constituição de 1976. A atipicidade dos seus estatutos granjeou-lhes, *ab initio*, uma tímida categorização numa «dimensão avançada da administração autónoma»³⁰. Acresce que, como vimos, não obstante a abundante produção jurídica doutrinária anterior sobre o tema, só em 1997 é que o legislador de revisão constitucional solucionou alguns dos dilemas jurídico-administrativos

que inquietavam a doutrina, através da introdução de uma *cláusula constitucional de não-tipicidade* das autoridades administrativas independentes³¹ [cf. artigo 267.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP)]. Convém advertir que a mera qualificação legal de uma autoridade administrativa como independente é, jurídica e dogmaticamente, irrelevante³². Desde logo, porque os reguladores não podem definir, autonomamente, as suas competências, nem produzir, de modo independente, os recursos financeiros e o conhecimento de que carecem. Neste sentido, impõe-se concluir que, em rigor, não existem reguladores absolutamente independentes³³.

Ainda assim, têm-se revelado imprescindíveis as garantias legais para uma independência real e efetiva, pois a previsão detalhada de critérios formais de independência tende a aproximar a independência *de facto* da independência *de direito*. Considerando que a previsão exaustiva dos critérios jurídicos de independência constitui um obstáculo relevante perante desvios da independência *de facto*, eventuais melhoramentos na independência *de direito* resultam, provavelmente, em aperfeiçoamentos da independência *de facto*³⁴.

Sem pretender divagar por entre as múltiplas abordagens possíveis do conceito de independência, lembramos que a independência regulatória tem uma dupla face, podendo ser aferida perante os interesses regulados (isto é, as empresas reguladas) e perante o poder político. Neste contexto, a doutrina destaca, em primeiro lugar, a complexidade da garantia da independência face aos interesses regulados, em especial quando se produz o fenómeno de portas giratórias, ou *revolving doors*³⁵. Por sua vez, no que concerne à independência perante o poder político, é possível identificar

uma estreita relação entre a liberalização do setor regulado, a discricionariedade do regulador e a sua independência. Com efeito, a redução da densidade normativa regulatória, vigente em certo setor, implica doses acrescidas de discricionariedade ou livre margem de decisão administrativa ao alcance do regulador. O que, por sua vez, exige que essa liberdade seja exercida de acordo com critérios exclusivamente técnicos. Ou seja, existe tendencialmente uma relação íntima entre a *neutralização* política do regulador e a *tecnicização* da regulação³⁶.

No presente estudo, faremos a avaliação da independência das entidades reguladoras *in books*, à luz dos indicadores de independência *de direito* propostos por Gilardi e Maggetti em 2011. Os reguladores que serão sujeitos ao presente escrutínio são, como anteriormente referido, a ERSE, a AdC e a ANACOM.

Começaremos com a análise da evolução estatutária dos reguladores referidos, por forma a procedermos ao diagnóstico exaustivo do enquadramento jurídico regulatório vigente em 2013, nos setores implicados, precisamente antes da entrada em vigor da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER)³⁷. Uma vez consolidado esse retrato jurídico, compulsaremos, de seguida, as soluções normativas propugnadas pela LQER, com o propósito de responder às seguintes questões: i) se salvaguardam a independência *de direito* das entidades reguladoras; e ii) se vieram reforçar ou diminuir a independência *de direito* das entidades reguladoras, em comparação com o ordenamento jurídico anterior.

2.2.2. Evolução estatutária das entidades reguladoras selecionadas

i. A Entidade Reguladora do Setor Energético

Propomos, nas linhas seguintes, efetuar uma análise da evolução institucional da ERSE desde a sua criação, em 1995, como Entidade Reguladora do Setor Elétrico, até à entrada em vigor da LQER³⁸, em 2013. Dentro do período temporal definido, procederemos a uma divisão em duas subfases, metodologicamente justificada pelo objeto da presente investigação.

A primeira subfase inicia-se com a criação da Entidade Reguladora do Setor Elétrico (ERSE), pelo decreto-lei n.º 187/95, de 27 de julho, alterado pelo decreto-lei n.º 157/96, de 31 de agosto, e pelo decreto-lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, que aprovou os estatutos da ERSE. Esta subfase inclui ainda a análise do decreto-lei n.º 97/2002, de 12 de abril, o qual converteu a ERSE na Entidade Reguladora do Setor Energético.

A segunda subfase envolve, essencialmente, o decreto-lei n.º 212/2012, de 25 de setembro, o qual introduziu alterações mais significativas no modelo institucional da ERSE.

A ERSE: primeira subfase (1995–2002)

A ERSE foi criada pelo decreto-lei n.º 187/95, de 27 de julho, diploma que reestruturou profundamente o setor elétrico nacional, através da sua abertura à iniciativa privada. As bases da organização do Sistema Elétrico Nacional (SEN) e os princípios que enquadram o exercício das atividades de produção, transporte e distribuição de energia

elétrica foram definidos pelo decreto-lei n.º 182/95, publicado no mesmo dia.

A entidade reguladora foi criada com a finalidade da regulação do Sistema Elétrico do Serviço Público (SEP) e da relação entre este e o Sistema Elétrico não Vinculado (SENV)³⁹, este último organizado segundo uma lógica de mercado. De acordo com o legislador, tais objetivos reclamavam mecanismos explícitos de regulação, «conduzidos por uma entidade com marcadas características de independência, por forma a suscitar a desejada confiança nos operadores do mercado e a criar um quadro regulamentar estável e equilibrado»⁴⁰.

Em consequência da intenção professada no preâmbulo, o legislador definiu a ERSE como «uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio»⁴¹. Não obstante o contributo da *autonomia administrativa e financeira* para a modelação de um regulador independente⁴², o regulador era sujeito à tutela do ministro da Economia⁴³, nos termos que analisaremos.

A ERSE apenas entrou em funcionamento em 1997, na sequência da aprovação dos seus estatutos pelo decreto-lei n.º 44/97. Nele, o legislador insistiu na necessidade de o regulador atuar com inteira independência, de forma a garantir um clima de confiança necessário ao exercício das suas competências, atenta a sua «função arbitral no quadro da atuação dos diversos operadores do mercado». Por outro lado, salientava a relevância da atuação da ERSE com vista à «existência de um mercado equilibrado no setor elétrico que satisfaça exigências de racionalidade económica, num quadro de serviço público

de qualidade, progressivamente sujeito à concorrência no contexto do mercado interno da eletricidade».

De acordo com os estatutos da ERSE de 1997, os seus órgãos eram, nos termos do artigo 7.º, n.º 1: a) o conselho de administração; b) o conselho consultivo; c) o conselho tarifário; d) o conselho fiscal.

O conselho de administração era composto por um presidente e dois vogais, nomeados por resolução do Conselho de Ministros⁴⁴. O presidente era nomeado por um período de cinco anos. Por sua vez, os vogais eram designados por um período inicial de dois e três anos, respetivamente, sendo as nomeações subsequentes efetuadas por períodos de cinco anos.

A lei não fixava nenhum limite à renovação dos mandatos, nem estabelecia quaisquer critérios para as respetivas escolhas.

No que se refere às incompatibilidades e aos impedimentos, para além da remissão genérica para o regime dos titulares dos altos cargos públicos, técnica generalizada nos diplomas estatutários da época, os membros do conselho estavam igualmente proibidos de ter «interesses de natureza financeira ou participações na entidade concessionária da RNT ou em qualquer entidade titular de licença de produção ou distribuição de energia elétrica»⁴⁵. Durante o exercício dos mandatos, os membros do conselho deveriam exercê-los em exclusividade, não obstante pudessem acumular o exercício de funções docentes⁴⁶.

A lei não definia nenhum regime de incompatibilidades e impedimentos, a respeitar após o termo dos mandatos.

Quanto à cessação dos mandatos, o artigo 9.º consagrava, em termos vagos, a inamovibilidade dos membros do conselho, proibindo a respetiva exoneração antes do fim do *prazo da nomeação*, salvo nos casos de: «a) Incapacidade permanente ou incompatibilidade superveniente do titular; b) Falta grave comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de quaisquer outras obrigações inerentes ao cargo; c) Nos exercícios posteriores ao ano 2000, quando haja a ocorrência de desvios entre os custos orçamentados e os custos efetivamente suportados pela Entidade Reguladora e que não tenham sido aceites como justificados nos termos do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho.»

A definição do estatuto remuneratório dos membros do conselho era remetida para despacho conjunto dos ministros das Finanças e da Economia (*cf.* artigo 7.º, n.º 2).

Relativamente às atribuições da ERSE, a lei definia três níveis: as relativas ao SEP, ao SENV e, por fim, as atribuições comuns ao SEP e ao SENV⁴⁷, em conformidade com o modelo definido pelo decreto-lei n.º 182/95, de 27 de julho, mencionado *supra*⁴⁸, que estabelece as bases da organização do Sistema Elétrico Nacional (SEN) e os princípios que enquadram o exercício das atividades de produção, transporte e distribuição de energia elétrica.

No que concerne às competências regulatórias, refira-se, em primeiro lugar, o poder regulamentar. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, competia à ERSE, em relação ao SEP, a «preparação e emissão do Regulamento Tarifário, bem como das suas atualizações, ouvida a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência». No que se refere ao SENV, sublinhe-se a título exemplificativo, nos termos do artigo 4.º, n.º 1,

a competência para definir as regras de acesso ao SENV. Por sua vez, no contexto do SEP e do SENV, competia à ERSE preparar e emitir: i) o Regulamento das Relações Comerciais, bem como as suas atualizações (cf. art.º 5.º, n.º 1); ii) o Regulamento do Despacho, bem como as suas atualizações, sob proposta da entidade concessionária da RNT, por sua iniciativa ou desta entidade (cf. art. 5.º, n.º 6); o Regulamento do Acesso às Redes e às Interligações, bem como as suas atualizações (cf. art.º 5.º, n.º 9).

No contexto dos poderes sancionatórios, já cabia, então, à ERSE proceder ao processamento das contraordenações e à aplicação de coimas e de sanções acessórias.

Em relação aos poderes de supervisão⁴⁹, cumpre elencar os seguintes⁵⁰: «i) fiscalizar o cumprimento da lei e dos regulamentos⁵¹; ii) conduzir, por sua iniciativa ou a solicitação do Ministro da Economia, qualquer inquérito; iii) conceder autorizações definidas na lei; iv) estabelecer os valores das tarifas e preços a aplicar nos termos da lei; emitir pareceres».

A lei também conferia à ERSE poderes que a doutrina qualificava de parajudiciais⁵²: «i) decidir sobre diferendos entre uma entidade titular de licença vinculada de distribuição de energia elétrica em Média Tensão (MT) e Alta Tensão (AT) e a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte de Energia Elétrica (RNT) sobre a solução para realizar novas ligações entre as redes de ambas»⁵³; ii) fomentar arbitragens voluntárias.

Quanto aos aspetos financeiros e organizacionais, não obstante a independência prometida no preâmbulo e a autonomia

administrativa e financeira proclamada no início do diploma, os atos da entidade reguladora encontravam-se sujeitos à tutela do ministro da Economia, por determinação expressa da lei.

Segundo o artigo 24.º, o Relatório e Contas, com o parecer do conselho fiscal, deveria ser submetido à aprovação dos ministros das Finanças e da Economia, devendo as contas respeitar as normas e os preceitos legais definidos no Plano Oficial de Contabilidade.

As receitas da ERSE encontravam-se descritas no artigo 25.º, mas a entidade era essencialmente financiada por contribuições obrigatórias da entidade concessionária da RNT, nos termos definidos no Regulamento Tarifário⁵⁴.

No que respeita ao pessoal da ERSE, o artigo 26.º, n.º 1, sujeitava-o ao Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho, constando de regulamento interno a definição das suas condições de trabalho, com observância das normas imperativas daquele regime. As respetivas remunerações eram estabelecidas pelo conselho de administração, mas careciam de aprovação do ministro da Economia.

Na altura, alguma doutrina não hesitava em qualificar a ERSE, à luz do enquadramento jurídico descrito, como «um organismo de regulação independente», desde logo pela sua autonomia administrativa e financeira⁵⁵. A independência da ERSE seria salvaguardada «pelo facto de possuir mecanismos de regulação abrangentes, nomeadamente no que diz respeito à fixação de tarifas e preços, no acesso de novas entidades ao setor, à fiscalização e aplicação de sanções, e ainda pela orgânica e pelo estatuto do seu pessoal que garantem a sua imparcialidade»⁵⁶.

Pela nossa parte, conforme demonstraremos, à luz dos critérios atuais, impõe-se concluir que o nível de independência obtido através do regime legal descrito era bastante reduzido.

Novas atribuições:

a regulação das atividades do gás natural

No setor do gás natural, o decreto-lei n.º 14/2001, de 27 de janeiro⁵⁷ atribuiu a missão de garantir a aplicação dos mecanismos regulatórios a uma entidade independente, na sequência da definição de regras comuns com vista à concretização de um mercado concorrencial.

Assim, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 154/2001, de 19 de outubro, veio atribuir à ERSE a regulação das atividades do gás natural, tendo alargado as suas atribuições e competências. No ano seguinte, o decreto-lei n.º 97/2002, de 12 de abril⁵⁸, conferiu poderes significativos à ERSE, no respeito, aliás, das orientações contidas nas normas comunitárias⁵⁹. Neste contexto, a ERSE passou a designar-se Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

O decreto-lei mencionado começava por assinalar que os objetivos das diretivas da UE tinham sido prosseguidos por meio da criação de entidades reguladoras setoriais, «destacadas da administração direta do Estado e dotadas de maior ou menor independência, tanto orgânica como funcional». No preâmbulo, o legislador imputava essa solução à preocupação «de separar os papéis do “Estado regulador” e do “Estado operador” (dada a permanência de uma forte posição do Estado nos setores em vias de liberalização), de modo a garantir a imparcialidade da regulação», bem como ao «objetivo de tornar

a regulação independente dos ciclos e conjunturas político-eleitorais, reforçando assim a confiança dos operadores e consumidores».

Neste sentido, o legislador prometia aperfeiçoar as suas características de independência e reforçar a sua fiabilidade pública, através da introdução de alterações relativas às competências e ao funcionamento dos seus órgãos (em especial, do conselho consultivo e do conselho tarifário), para além da expressa consagração de obrigações da entidade reguladora para com a Assembleia da República, com vista ao alegado reforço da sua legitimação pública e *accountability*.

Porém, embora o legislador proclamasse, no artigo 30.º, n.º 1, que os membros do conselho de administração eram independentes no exercício das suas funções, «não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas», no artigo 2.º, n.º 2, tal independência deveria ajustar-se aos «princípios orientadores de política energética fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos atos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e no presente diploma».

Da comparação do modelo assim criado com o desenho institucional anterior resultam as seguintes diferenças, no que se refere ao estatuto dos membros do conselho de administração:

- (i) O mandato, com a mesma duração de cinco anos, passou a ser renovável apenas por uma vez⁶⁰.
- (ii) Embora se mantivesse a designação do presidente e dos vogais por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro da Economia, a lei definia que as pessoas a designar deveriam possuir «qualificações adequadas e reconhecida competência técnica e profissional»⁶¹.

(iii) A definição das respetivas remunerações era remetida para despacho conjunto dos ministros das Finanças, da Economia e da Reforma do Estado e da Administração Pública (e já não apenas dos ministros das Finanças e da Economia)⁶².

A lei reforçou, entretanto, o regime de incompatibilidades e impedimentos, porquanto, para além de manter a exigência de exclusividade e a remissão genérica para o regime dos titulares dos altos cargos públicos⁶³, passou a vedar a designação para o conselho de administração da ERSE de «quem seja ou tenha sido membro dos corpos gerentes das empresas dos sectores da eletricidade ou do gás natural nos últimos dois anos ou seja ou tenha sido trabalhador ou colaborador permanente das mesmas com funções de direção ou chefia no mesmo período de tempo»⁶⁴.

Em acréscimo, a lei veio estabelecer um novo regime de impedimentos após o termo das funções, segundo o qual os membros do conselho de administração não podiam, durante dois anos, «desempenhar qualquer função ou prestar qualquer serviço às empresas dos sectores regulados»⁶⁵. Durante esse período, a lei determinava que a ERSE continuaria «a abonar aos ex-membros do conselho de administração em dois terços da remuneração correspondente ao cargo, cessando esse abono a partir do momento em que estes sejam contratados ou nomeados para o desempenho, remunerado, de qualquer função ou serviço público ou privado»⁶⁶.

No que concerne à cessação dos mandatos, manteve-se a referência breve à inamovibilidade dos membros do conselho de administração, salvo nos casos de: a) Incapacidade permanente ou incompatibilidade superveniente do titular e b) Falta grave comprovadamente cometida

pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de quaisquer outras obrigações inerentes ao cargo». O legislador acrescentou uma causa de exoneração do cargo, antes do termo do mandato, relativa ao «trânsito em julgado de sentença a que corresponda condenação pela prática de qualquer crime que ponha em causa a idoneidade para o exercício da função»⁶⁷. O novo regime adicionou ainda a hipótese de caducidade dos mandatos dos membros do conselho de administração, «caso esse órgão seja dissolvido ou a ERSE seja legalmente extinta ou fundida com outra entidade reguladora»⁶⁸. A lei veio prever a dissolução do conselho de administração por resolução do Conselho de Ministros nos casos de: «a) Graves irregularidades no funcionamento do órgão; b) Considerável excesso das despesas realizadas sobre as orçamentadas sem justificação adequada».

No capítulo das atribuições em sede de eletricidade, a lei manteve as competências regulatórias da ERSE relativas ao SEP, ao SENV e comuns aos dois subsistemas do setor elétrico, para além do alargamento das competências regulatórias ao setor do gás natural.

Em conformidade, cumpre destacar que o legislador optou por uma descrição detalhada do procedimento regulamentar, no artigo 23.º; a aprovação de «regulamentos externos necessários ao exercício das suas funções» competia ao conselho de administração⁶⁹, devendo ser publicados na 2.ª série do Diário da República e disponibilizados no seu *website*⁷⁰.

No contexto dos poderes sancionatórios, manteve-se o poder de a ERSE proceder ao processamento das contraordenações e à aplicação de coimas e de sanções acessórias.

Em relação aos aspetos financeiros e organizacionais, mais uma vez, não obstante a independência prometida, os atos da entidade reguladora continuavam sujeitos à tutela do ministro da Economia, e, quando fosse caso disso, do ministro das Finanças, conforme estipulava expressamente o legislador.

Por um lado, o orçamento da ERSE integrava-se no Orçamento do Estado, e o respetivo projeto, elaborado pelo conselho de administração, era sujeito à aprovação posterior do ministro da Economia. Careciam ainda de aprovação ministerial: a) o relatório de atividades e as contas; b) o regulamento dos serviços; c) o regulamento de recrutamento de pessoal e a tabela das respetivas remunerações.

Após a respetiva reforma estatutária de 2002, a doutrina continuou a integrar a ERSE na categoria das entidades reguladoras independentes, «de carácter desgovernamentalizado»⁷¹, atenta a respetiva «independência funcional» e um «sistema exigente de impedimentos e incompatibilidades que garante a independência da ERSE em relação ao mercado e às empresas reguladas, ou seja, aos «interesses da eletricidade»⁷², reclamada pelo artigo 23.º da Diretiva da Eletricidade.

A ERSE: segunda subfase (a reforma estatutária de 2012)

Até à entrada em vigor da LQER, em 2013, os estatutos da ERSE foram objeto de duas alterações:

- (i) O decreto-lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, que acrescentou um representante da Associação Nacional de Municípios Portugueses ao Conselho Tarifário.
- (ii) O decreto-lei n.º 212/2012, de 25 de setembro, que implicou alterações estatutárias significativas, nos termos seguintes.

Desde a entrada em vigor do decreto-lei n.º 97/2002, de 12 de abril, houve várias alterações nos mercados da eletricidade e do gás natural, espoletadas pela aprovação do Terceiro Pacote Energético⁷³, que integrava as diretivas n.º 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho^{74,75}.

A transposição integral do Terceiro Pacote Energético da União Europeia para a legislação nacional — «com ênfase no reforço da independência e dos poderes da autoridade reguladora nacional, designadamente de natureza sancionatória, matérias essas que não foram suficientemente tratadas na transposição inicialmente realizada pelos Decretos-Leis n.º 77/2011 e 78/2011, de 20 de junho» — constituía um dos compromissos assumidos pelo Estado português no Memorando de Entendimento celebrado aquando da vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional⁷⁶.

Consequentemente, a par da elaboração do regime sancionatório energético, o legislador veio alterar/atualizar os estatutos da ERSE, designadamente através, conforme destacado no preâmbulo, das seguintes medidas:

- (i) Alargamento «da representatividade dos diversos grupos de interesse no conselho consultivo e no conselho tarifário, estabelecendo-se algumas regras para garantir o equilíbrio das forças representadas nestes dois órgãos, tais como a limitação do número de representantes por empresas que integram um mesmo grupo económico e empresarial e a equivalência entre representantes do lado da “oferta” e da “procura”».
- (ii) Reforço da independência dos titulares do órgão de administração da ERSE «mediante a ampliação do regime atual de impedimentos e incompatibilidades e o estabelecimento de um mecanismo que assegura a não coincidência de mandatos dos diferentes titulares do órgão de administração».
- (iii) Em relação ao pessoal da ERSE — «acentuar-se a sua independência e isenção, alargando-se também neste campo o regime de incompatibilidades através da proibição expressa da manutenção com as entidades dos sectores regulados de qualquer espécie de vínculo ou relação de carácter profissional e da titularidade, por parte dos trabalhadores da entidade reguladora, de quaisquer interesses de natureza patrimonial nas referidas entidades».
- (iv) Ainda no âmbito dos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento, foram conferidos à ERSE, num

diploma autónomo, poderes de natureza sancionatória, «de forma a permitir a esta entidade um exercício efetivo da sua atividade de regulação dos sectores da eletricidade e do gás».

Assim, as alterações mais significativas do desenho institucional da ERSE, introduzidas pela reforma estatutária de 2012, foram as seguintes:

- a) No que se refere ao estatuto dos membros do conselho de administração e às qualificações das pessoas a designar, à fórmula «qualificações adequadas e reconhecida competência técnica e profissional» a lei somou a exigência de «reconhecida independência» e «competência técnica e profissional na área da eletricidade e do gás natural», requisitos que denotam uma exigência acrescida de especialização.
- b) A lei estabeleceu também um regime mais exigente de incompatibilidades e impedimentos, ao vedar a designação para o conselho de administração de quem fosse ou tivesse sido, nos dois anos anteriores, «membro dos órgãos sociais de administração ou gerência de sociedades comerciais ou demais pessoas coletivas intervenientes nos sectores regulados pela ERSE, quem exerça ou tenha exercido, no mesmo período, outras funções de direção nas mesmas entidades e ainda quem tenha realizado quaisquer estudos e trabalhos para as empresas dos sectores regulados, ainda que de forma independente, sobre os sectores regulados»⁷⁷.
- c) A reforma de 2012 manteve a proibição de exercício de quaisquer outras funções públicas ou privadas durante

o mandato, mas passou a exigir autorização do conselho de administração para o exercício de funções de docente no ensino superior em tempo parcial⁷⁸.

d) A lei passou a impedir igualmente que os membros do conselho de administração mantivessem «qualquer vínculo de natureza laboral, contrato de prestação de serviços ou qualquer relação contratual, direta ou indireta, tendo por objeto a prestação de uma atividade em benefício das entidades intervenientes nos sectores regulados pela ERSE, com entidades que tenham com aquelas uma relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, ou ainda com entidades que também tenham com estas últimas relações de domínio ou de grupo, não podendo ainda deter quaisquer interesses de natureza económica ou financeira nas referidas empresas»⁷⁹.

e) O mesmo regime foi estendido pelo legislador por um período de dois anos após o termo das funções.

f) A lei manteve a regra de que, durante o período de impedimento previsto no número anterior, «os antigos membros do conselho de administração têm o direito a receber uma remuneração mensal no montante correspondente a dois terços da respetiva remuneração à data de cessação de funções, cessando esse direito a partir do momento em que sejam contratados ou nomeados para o desempenho remunerado de qualquer função ou atividade pública ou privada»⁸⁰.
Remuneração que não é devida «quando o ex-membro do conselho de administração tenha atingido a idade de reforma ou reúna as condições legais de reforma ou aposentação; ou

o termo do mandato ocorra por renúncia ao cargo ou nos casos de exoneração justificada, nos termos da lei»⁸¹.

g) O novo regime manteve inalteradas as causas de cessação do mandato, bem como o estatuto de (relativa) inamovibilidade dos membros do conselho de administração.

h) No que concerne ao regime financeiro, o artigo 50.º veio acrescentar às receitas da ERSE «as contribuições cobradas na tarifa de acesso aos clientes de eletricidade e de gás natural, que sejam necessárias para financiar o orçamento da ERSE, na proporção que anualmente vier a ser estabelecida no mesmo, atendendo à relevância e ao impacto de cada um dos sectores regulados no funcionamento da ERSE»⁸².

O novo regime manteve, na íntegra, a sujeição dos atos da entidade reguladora à tutela do ministro da Economia, e, quando seja caso disso, do ministro das Finanças. O orçamento da ERSE continuou a integrar-se no Orçamento do Estado, e o respetivo projeto, elaborado pelo conselho de administração, continuou sujeito à aprovação posterior do ministro da Economia. O legislador manteve intacta a dependência de aprovação ministerial do relatório de atividades e as contas; do regulamento dos serviços; do regulamento de recrutamento de pessoal e da tabela das respetivas remunerações.

No que concerne ao pessoal, a reforma veio introduzir um regime inovador de impedimentos e incompatibilidades, proibindo⁸³:

(i) «O exercício de funções nas entidades intervenientes nos sectores regulados pela ERSE e, bem assim, nas entidades com as quais aquelas tenham uma relação de domínio ou de grupo,

nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, e ainda nas entidades que também tenham com estas últimas relações de domínio ou de grupo».

(ii) «Manter com as entidades referidas na alínea anterior qualquer espécie de vínculo laboral, contrato de prestação de serviços ou qualquer relação contratual, direta ou indireta, tendo por objeto a prestação de uma atividade em benefício dessas entidades, ainda que com os seus efeitos suspensos».

(iii) «Deter quaisquer interesses de natureza económica ou financeira nas entidades intervenientes nos sectores regulados».

(iv) Não obstante a aparente assertividade da norma, o número 6 do mesmo preceito legal veio autorizar os trabalhadores da ERSE — nos termos da lei e a título excecional — a «prestar funções em entidades intervenientes nos sectores regulados, por um período determinado, no âmbito do desenvolvimento de projetos especiais ou da formação em áreas com relevância para as atividades desenvolvidas pela ERSE».

Por fim, as competências da ERSE beneficiaram de uma nova sistematização, definindo expressamente o legislador, no seu novo artigo 8.º, n.º 2, que a entidade dispõe de competências de «natureza regulamentar, de regulação e supervisão, consultiva, sancionatória e de arbitragem».

O poder regulamentar encontra-se mais detalhado na presente versão (*cf.* artigos 9.º e 10.º), e o artigo 11.º clarifica a distinção entre poderes de regulação e de supervisão. Em consequência, no exercício de poderes de regulação, competia à ERSE:

a) «Estabelecer tarifas, no quadro dos regulamentos tarifários e velar pela sua aplicação».

b) «Definir as regras de contabilidade analítica na ótica estrita da separação contabilística das atividades reguladas».

Por sua vez, no que concerne aos poderes de supervisão, competia à ERSE:

a) «Dar execução às leis e demais normas aplicáveis que regulam a organização e o funcionamento dos sectores abrangidos pela sua regulação, nas matérias que não estejam na esfera de competências de outras entidades, praticando atos vinculativos, apenas ficando sujeitos a impugnação nos termos gerais».

b) «Emitir ordens, instruções e recomendações, no quadro da lei e dos regulamentos aplicáveis, bem como conceder autorizações e homologações».

c) «Assegurar a aplicação das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis no âmbito das suas atribuições, designadamente dos regulamentos previstos na secção anterior».

d) «Exigir das entidades cujas atividades estão abrangidas pela sua regulação toda a informação de que necessite para o exercício das suas atribuições e competências».

O poder sancionatório foi objeto de clarificação na reforma em apreço, ficando a ele sujeitas «todas as entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional (SEN) e no Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), cujas atividades estejam sujeitas à regulação da ERSE, nos termos da legislação que estabelece as bases dos sectores,

da legislação complementar, destes Estatutos e dos regulamentos identificados no n.º 2 do artigo 9.º ou dos regulamentos cuja aprovação, aplicação ou supervisão sejam da competência da ERSE»⁸⁴.

A independência de direito da ERSE antes da LQER

Cumpre, de seguida, operacionalizar o conceito de independência formal ou *de direito*, através da aplicação dos indicadores propostos por Gilardi e Maggetti em 2011.

I. Analisando a evolução estatutária da ERSE, escrutinemos as principais características dos sucessivos estatutos do conselho de administração (*Chairperson or management board*), o que constitui a primeira dimensão de análise proposta pelos autores *supra* referidos. Neste contexto, começemos por destacar os dados que contribuem para a independência *de direito* em ambas as subfases:

- (i) Os mandatos eram limitados no tempo (*Term of office*).
- (ii) Durante o exercício dos mandatos, era exigida a exclusividade, salvo funções docentes (*Compatibility with other offices*).
- (iii) A lei consagrava genericamente a inamovibilidade dos membros do conselho de administração, embora admitisse a respetiva exoneração, antes de terminar o prazo da nomeação, em casos excecionais (*Dismissal Procedure*).
- (iv) Sem prejuízo do regime de tutela, a lei garantia que os membros do conselho de administração eram independentes

no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas.

Quanto aos indicadores desfavoráveis à independência *de direito*, em ambas as subfases:

- (i) Os membros do conselho de administração eram nomeados por resolução do Conselho de Ministros (*Appointment procedure*).
- (ii) A definição do estatuto remuneratório dos membros do conselho de administração era remetida para despacho conjunto dos ministros das Finanças e da Economia.
- (iii) A lei consagrava a inamovibilidade dos membros do conselho de administração, mas admitia a respetiva exoneração, antes de terminar o prazo da nomeação, nos casos de «falta grave [conceito indeterminado] comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de quaisquer outras obrigações inerentes ao cargo» (*Dismissal Procedure*).

Se atentarmos, em especial, nas características da primeira subfase, os indicadores seguintes não contribuam para um juízo positivo de independência *de direito*:

- (i) Os mandatos dos vogais eram curtos, posto que eram nomeados por um período inicial de dois e três anos; apenas as nomeações seguintes eram efetuadas por períodos de cinco anos⁸⁵ (*Term of office*).
- (ii) A lei não fixava nenhum limite à renovação dos mandatos (*Renewability of appointment*).

(iii) A lei não estabelecia quaisquer critérios para as respetivas escolhas, designadamente a exigência de independência (*Formal requirements of Independence*).

(iv) O regime de incompatibilidades e impedimentos era tímido e encontrava-se formulado em termos demasiado vagos e genéricos: para além da remissão para o regime dos titulares dos altos cargos públicos, «os membros do Conselho estavam proibidos de ter interesses de natureza financeira ou participações na entidade concessionária da RNT ou em qualquer entidade titular de licença de produção ou distribuição de energia elétrica» (*Compatibility with other offices*).

(v) A lei não definia nenhum regime de incompatibilidades e impedimentos após o termo dos mandatos (*Compatibility with other offices*).

II. Quanto ao segundo grupo de indicadores apontados por Gilardi e Maggetti em 2011, atinentes à relação entre o regulador e o poder político (ou, literalmente, os políticos eleitos) (*Relationship with elected politicians*), há que salientar que em ambas as subfases:

(i) Os estatutos proclamavam que os membros do conselho de administração eram independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas (*Independence formally stated*).

(ii) Não estava prevista nenhuma forma de reversão (política) das decisões da ERSE de âmbito regulatório (*Overtaking of decisions*).

Contudo, em toda a evolução estatutária analisada, os atos da entidade reguladora estavam sujeitos à tutela do ministro da Economia e das Finanças (*Formal obligations*).

III. O terceiro aglomerado de indicadores refere-se ao capítulo financeiro e organizacional (*Finances and organization*), em relação ao qual a ERSE exibia dados flagrantemente desfavoráveis à independência formal, em ambas as subfases (*source of the budget; agency's internal organization; control of human resources*):

(i) Como vimos, a lei estabelecia a sujeição da ERSE à tutela do ministro da Economia e, eventualmente, do ministro das Finanças.

(ii) Careciam de aprovação ministerial: «a) O relatório de atividades e as contas; b) O regulamento dos serviços; c) O regulamento de recrutamento de pessoal e a tabela das respetivas remunerações».

(iii) O orçamento da ERSE integrava-se no Orçamento do Estado, e o respetivo projeto, elaborado pelo conselho de administração, era sujeito à aprovação posterior do ministro da Economia.

(iv) As receitas da ERSE encontravam-se descritas nos estatutos, mas a entidade era essencialmente financiada por contribuições obrigatórias da entidade concessionária da RNT, nos termos definidos no Regulamento Tarifário.

No que se refere ao pessoal da ERSE, em ambas as fases, eram favoráveis à independência *de direito* as seguintes orientações normativas:

- (i) O pessoal encontrava-se sujeito ao Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho, constando de regulamento interno a definição das suas condições de trabalho, com observância das normas imperativas daquele regime (*Agency's internal organization e Control of human resources*).
- (ii) As respetivas remunerações eram estabelecidas pelo conselho de administração (*Control of human resources*).

Afigurava-se francamente adversa à independência *de direito* a previsão legal — comum, aliás, aos vários diplomas estatutários da época — de que as remunerações do pessoal careciam de aprovação do ministro da Economia.

Mesmo assim, impõe-se reconhecer uma certa evolução estatutária favorável à independência *de direito* neste tópico:

- (i) Na primeira subfase a lei definia, em termos genéricos, que competia ao conselho de administração, no que respeita ao funcionamento da ERSE: «a) Aprovar os regulamentos internos necessários ao exercício das suas funções; e c) Definir a organização dos serviços e os quadros do respetivo pessoal e proceder ao seu recrutamento».
- (ii) Na segunda subfase, esse controlo dos recursos humanos foi objeto de maior densificação legislativa: o artigo 31.º, n.º 2, da Reforma de 2012, veio especificar que compete ao conselho

de administração: «a) Representar a ERSE e dirigir o seu funcionamento; b) Definir a orientação geral da ERSE, bem como organizar, acompanhar e supervisionar o funcionamento dos seus serviços e a execução das suas atividades; [...] f) Aprovar os regulamentos internos necessários ao exercício das suas atividades; g) Definir a organização dos serviços e os mapas do respetivo pessoal e proceder ao seu recrutamento; h) Exercer os poderes de direção, gestão e disciplina do pessoal»⁸⁶.

IV. No que concerne ao último aspeto de análise (*Regulatory competences*), é possível concluir que todos os diplomas citados conferiam à ERSE, em ambas as subfases, as principais competências regulatórias, embora com diferentes dimensões e graus variados de densificação normativa, conforme vimos: poder regulamentar, poder de supervisão e poder sancionatório (*Rule-making; Monitoring; Sanctioning*).

V. Pela nossa parte, não obstante as constantes promessas e proclamações de independência dos vários e sucessivos legisladores, a evolução estatutária da ERSE no sentido da independência *de direito* até à LQER foi tímida, mau grado o esforço, gradual e notório, despendido no regime das incompatibilidades e impedimentos e na relativa inamovibilidade dos membros do conselho de administração. No capítulo financeiro, aliás, a teimosa manutenção do regime de tutela catapulta inelutavelmente a ERSE para um nível quase inexistente de independência formal.

Efetivamente, não obstante a repetição exaustiva na lei de que o regulador beneficiaria de uma autonomia administrativa e financeira, desde os primórdios da ERSE até à reforma de 2012, a respetiva

sujeição aparentemente intocável à tutela do ministro da Economia, no enquadramento regulatório anterior à LQER, constituía incontestavelmente um golpe fatal na prometida independência.

Em suma, após a análise da reforma estatutária de 2012, há que concluir que a principal preocupação do legislador foi sobretudo a de garantir a independência face aos regulados, em resultado da introdução de um regime mais exigente de incompatibilidades e impedimentos dos membros do órgão máximo da entidade reguladora. Negligenciou, todavia, a dependência que sobressai das regras atinentes às relações com o poder político em geral e com a tutela em especial. Neste contexto, era notória a falta de independência *de direito* da ERSE, em especial na sua vertente financeira, conforme analisaremos *infra*.

ii. A Autoridade da Concorrência

A AdC resultou da fusão orgânica das funções desempenhadas pela Direção Geral do Comércio e da Concorrência e do Conselho da Concorrência. Adquiriu, por via dos estatutos originários⁸⁷, uma competência transversal em matéria de defesa da concorrência, através do alargamento da respetiva jurisdição a todos os setores da atividade económica.

Os estatutos originários da AdC proclamavam, no preâmbulo, a independência da AdC, seja pela sua «qualificação como pessoa coletiva de direito público de carácter institucional, seja pela atribuição de autonomia patrimonial ou financeira, seja ainda pelos requisitos de nomeação, duração do mandato e regime de incompatibilidades

e impedimentos dos membros do seu órgão diretivo». Essa independência era, porém, exercida, nos termos do artigo 4.º dos estatutos, «sem prejuízo dos princípios orientadores de política da concorrência fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos».

Os Estatutos da AdC de 2003

Na senda do anterior enquadramento jurídico da AdC, o conselho, «órgão máximo da Autoridade, responsável pela aplicação da legislação de promoção e defesa da concorrência, bem como pela direcção dos respectivos serviços», era composto, nos termos do artigo 12.º dos estatutos originários, por um presidente e dois ou quatro vogais, «devendo, neste último caso, ser designado, de entre estes, um vice-presidente».

Os membros desse conselho eram nomeados, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito legal, «por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro responsável pela área da economia, ouvidos os ministros responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça». A lei exigia, para o exercício do cargo, «pessoas de reconhecida competência, com experiência em domínios relevantes para o desempenho das atribuições cometidas à Autoridade».

O processo de designação dos membros do conselho encontrava-se sujeito a limites circunstanciais, atinentes a eventuais vicissitudes constitucionais do Governo, vedando a respetiva nomeação «depois da demissão do Governo ou da convocação de eleições para a Assembleia

da República nem antes da confirmação parlamentar do Governo recém-nomeado». As situações elencadas reportam-se — direta ou indiretamente — aos casos em que os poderes do Governo se encontram diminuídos, por imposição expressa constitucional, devendo limitar-se à prática dos «actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos», em conformidade com o disposto no artigo 186.º, n.º 5, da CRP.

A duração do mandato era, nos termos do artigo 13.º, n.º 1, de cinco anos, sendo admitida uma única renovação.

No que se refere ao regime de incompatibilidades e impedimentos aplicável aos membros do conselho durante os seus mandatos, os estatutos vedavam, no seu artigo 14.º, n.º 1, «o desempenho de quaisquer outras funções públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, com excepção das funções docentes no ensino superior em regime de tempo parcial». Por outro lado, os membros do conselho estavam igualmente proibidos de participar em «deliberações do conselho relativas a empresas em que detenham interesses significativos, tal como definidas no artigo 8.º da Lei n.º 64/93, de 26 de agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 28/95, de 18 de agosto, ou com as quais tenham mantido relações profissionais de qualquer tipo, nos últimos dois anos».

O número 2 do mesmo preceito legal remetia ainda para as demais incompatibilidades e impedimentos dos titulares de altos cargos públicos, em geral, e do pessoal dirigente dos institutos públicos, em especial. Registe-se ainda a imposição expressa de «deveres de discrição e reserva exigidos pela natureza das suas funções, quer durante quer após o termo dos seus mandatos».

Nos dois anos seguintes à cessação do seu mandato, os membros do conselho não podiam «estabelecer qualquer vínculo ou entrar em qualquer relação profissional, remunerada ou não, com entidades que durante esse período tenham participado em operações de concentração de empresas sujeitas a jurisdição da Autoridade ou que tenham sido objecto de processos de contra-ordenação pela adopção de comportamentos restritivos da concorrência». Nesse período, em conformidade com o artigo 16.º, n.º 3, «os antigos membros do conselho têm direito a um subsídio equivalente a dois terços da respectiva remuneração, cessando esse abono a partir do momento em que estes sejam contratados ou nomeados para o desempenho, remunerado, de qualquer função ou serviço público ou privado».

Quanto à cessação do mandato, o artigo 15.º, n.º 1, consagrava a inamovibilidade dos membros do conselho, em termos análogos aos previstos nos estatutos da ERSE, ao proibir a respectiva exoneração antes de terminar o mandato. Essa inamovibilidade era, porém, posta em causa em caso de dissolução do conselho mediante resolução do Conselho de Ministros e de falta grave. Constituía falta grave, segundo a lei: «a. O desrespeito grave ou reiterado dos Estatutos ou das normas por que se rege a Autoridade; b. O incumprimento substancial e injustificado do plano de actividades ou do orçamento».

Para além dos casos de «extinção da Autoridade ou da sua fusão com outro organismo», a lei previa ainda a cessação dos mandatos individuais: «a) Por incapacidade permanente; b) Por renúncia; c) Por incompatibilidade; d) Por condenação por crime doloso ou em pena de prisão».

Em relação ao estatuto remuneratório dos membros do conselho, o artigo 16.º remetia para o estatuto do gestor público, embora, na prática, as respetivas remunerações estivessem dependentes de despacho conjunto dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças, economia e administração pública, a quem competia a sua fixação.

No capítulo das competências regulatórias, o artigo 7.º dos estatutos atribuía à AdC poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

No contexto dos poderes sancionatórios, cabia à AdC: «a) Identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei; e b) Adotar medidas cautelares, quando necessário».

No âmbito dos seus poderes de supervisão, os estatutos especificavam que competia à AdC: «a) Proceder à realização de estudos, inquéritos, inspeções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários; b) Instruir e decidir procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou categorias de acordos entre empresas com as regras de concorrência; e c) Instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia».

No exercício dos seus poderes de regulamentação, os estatutos conferiam à AdC os poderes de: «a) Aprovar ou propor a aprovação de regulamentos, nos termos legalmente previstos; b) Emitir recomendações e directivas genéricas; e c) Propor e homologar códigos

de conduta e manuais de boas práticas de empresas ou associações de empresas».

Pese embora o acervo decisivo de competências conferido ao conselho, o artigo 34.º dos estatutos previa um recurso extraordinário⁸⁸, nos termos do qual «o membro do Governo responsável pela área da economia podia, mediante decisão fundamentada, autorizar uma operação de concentração proibida por decisão da Autoridade, quando os benefícios dela resultantes para a prossecução de interesses fundamentais da economia nacional superem as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização». A decisão a adotar pelo ministro da Economia no sentido da reversão da deliberação do Conselho da AdC poderia, nos termos do n.º 2, ser «acompanhada de condições e obrigações tendentes a minorar o impacte negativo sobre a concorrência decorrente da sua realização».

Os estatutos proclamavam ainda expressamente a responsabilidade política da AdC no artigo 37.º, obrigando à elaboração e ao envio ao Governo de um relatório anual sobre a respetiva atividade, o qual deveria ser publicado e remetido à Assembleia da República.

No capítulo da sua autonomia financeira e organizacional, a AdC era qualificada como uma pessoa coletiva de direito público, de natureza institucional, dotada de «órgãos, serviços, pessoal e património próprios e de autonomia administrativa e financeira».

Os estatutos previam, no artigo 33.º, à semelhança da ERSE, que a AdC estava sujeita à tutela do ministro responsável pela área da economia, embora, em termos paradoxais, se salvaguardasse que essa tutela deveria ser exercida «no estrito respeito pela sua independência». Mais

precisamente, tal como na ERSE, careciam de aprovação do ministro da tutela o plano de atividades e o orçamento e, em conjunto com o ministro das Finanças: «i. O relatório de atividades e as contas anuais; ii. A aquisição ou alienação de bens imóveis, nos termos da lei; iii) Outros actos de incidência financeira ou orçamental previstos na lei».

Nos seus primeiros estatutos, a AdC, para além de dispor de património próprio, encontrava-se sujeita às regras orçamentais e financeiras dos serviços e fundos autónomos⁸⁹. Por outro lado, dispunha de receitas próprias, designadamente as taxas cobradas pelos serviços prestados, 40% do produto das coimas aplicadas⁹⁰, e, posteriormente a 2004⁹¹, as receitas das taxas cobradas aos regulados. Estas receitas eram relativas aos setores determinados pelo legislador e partilhadas entre a AdC e os reguladores setoriais⁹².

A independência de direito da AdC antes da LQER

À semelhança do exercício realizado a propósito da ERSE, cabe, nas linhas que se seguem, proceder ao escrutínio da independência *de direito* da AdC, através da análise dos estatutos vigentes em 2013, antes da LQER, à luz dos critérios adotados na presente investigação. I. Se tivermos em conta o primeiro indicador proposto por Gilardi e Maggetti em 2011, são benéficos para a independência *de direito* do regulador os seguintes dados relativos ao exercício dos mandatos dos membros do Conselho:

- (i) Os mandatos eram relativamente longos (cinco anos) (*Term of office*).

- (ii) Só podiam ser designadas pessoas de reconhecida competência, com experiência em domínios relevantes para o desempenho das atribuições cometidas à Autoridade (*Formal requirements of independence*).

- (iii) No que se refere ao regime de incompatibilidades e impedimentos, os Estatutos vedavam o desempenho de quaisquer outras funções públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, com exceção das funções docentes no ensino superior em regime de tempo parcial (*Compatibility with other offices*).

- (iv) Estavam proibidos de participar em deliberações do conselho relativas a empresas em que detivessem interesses significativos, ou com as quais tenham mantido relações profissionais de qualquer tipo, nos dois anos anteriores (*Compatibility with other offices*).

- (v) Estavam ainda sujeitos às demais incompatibilidades e impedimentos dos titulares de altos cargos públicos, em geral, e do pessoal dirigente dos institutos públicos, em especial (*Compatibility with other offices*).

- (vi) Nos dois anos seguintes à cessação dos mandatos, não podiam estabelecer qualquer vínculo ou entrar em qualquer relação profissional — remunerada ou não — com entidades que durante esse período tenham participado em operações de concentração de empresas sujeitas a jurisdição da Autoridade ou que tivessem sido objeto de processos de contraordenação

pela adoção de comportamentos restritivos da concorrência (*Compatibility with other offices*).

(vii) Nos dois anos seguintes à cessação do seu mandato, tinham direito a um subsídio equivalente a dois terços da respetiva remuneração, cessando esse abono a partir do momento em que fossem contratados ou nomeados para o desempenho, remunerado, de qualquer função ou serviço público ou privado (*Compatibility with other offices*).

Pelo contrário, eram desfavoráveis à independência *de direito* da AdC os seguintes elementos extraídos dos estatutos de 2003, vigentes antes da entrada em vigor da LQER:

- a) Os mandatos dos membros do conselho de administração eram renováveis uma vez (*Renewability of appointment*).
- b) Eram designados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro responsável pela área da economia, ouvidos os ministros responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça (*Appointment procedure*).
- c) A inamovibilidade era relativa, pois a lei admitia a exoneração, antes de terminar o mandato, em resultado da dissolução do conselho mediante resolução do Conselho de Ministros, em caso de «falta grave», sendo que constituíam falta grave, segundo a lei: «a) O desrespeito grave ou reiterado dos Estatutos ou das normas por que se rege a Autoridade; b) O incumprimento substancial e injustificado do plano de actividades ou do orçamento» (*Dismissal procedure*).

II. No que se refere ao segundo conjunto de indicadores (*Relationship with elected politicians*) propostos pelos autores citados *supra*, a proclamação expressa da independência no artigo 4.º dos estatutos constituía um aspeto vantajoso de análise (*Independence formally stated*).

Ao invés, eram desfavoráveis à independência formal da Autoridade, em 2013, os seguintes fatores:

- (i) A independência era apregoada «sem prejuízo dos princípios orientadores de política da concorrência fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos».
- (ii) A AdC estava sujeita à tutela do ministro responsável pela área da economia.
- (iii) Os estatutos previam um recurso extraordinário, nos termos do qual o membro do Governo responsável pela área da economia podia autorizar uma operação de concentração proibida por decisão da Autoridade (*Overtuning decisions*)⁹³.

III. Em relação aos aspetos financeiros e organizacionais (*Finances and organization*), não obstante a propalada autonomia administrativa e financeira, avultavam os elementos desfavoráveis a um juízo de independência *de direito* (*Source of the budget; Agency's internal organization; Control of human resources*):

- (i) A definição do estatuto remuneratório dos membros do conselho estava dependente de despacho conjunto

dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças, economia e administração pública.

(ii) Os atos da AdC encontravam-se sujeitos à tutela do ministro responsável pela área da economia.

(iii) Careciam de aprovação do ministro da tutela «o plano de atividades e o orçamento e, em conjunto com o Ministro das finanças: i. O relatório de atividades e as contas anuais; ii. A aquisição ou alienação de bens imóveis, nos termos da lei; iii) Outros atos de incidência financeira ou orçamental previstos na lei».

(iv) A AdC encontrava-se sujeita às regras orçamentais e financeiras dos serviços e fundos autónomos.

(v) A entidade dispunha de receitas próprias, designadamente as taxas cobradas pelos serviços prestados, 40% do produto das coimas aplicadas e, posteriormente a 2004, as receitas das taxas cobradas aos regulados. Estas receitas eram, porém, relativas aos setores determinados pelo legislador e partilhadas entre a AdC e os reguladores setoriais.

(vi) Apesar de dispor de quadro de pessoal próprio, sujeito ao regime do contrato individual de trabalho, e as condições de prestação e de disciplina de trabalho serem definidas em regulamento interno, o regulamento de carreiras e o regime retributivo do pessoal da Autoridade careciam de homologação dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças, economia e administração pública.

IV. Por último, no que se refere às competências regulatórias (*Regulatory competences*), os estatutos atribuíam-lhe, *ex professo*, poderes regulamentares, de supervisão e sancionatórios (*Rule-making; Monitoring; Sanctioning*).

V. No rasto dos melhores ensinamentos da doutrina que o tempo enrobusteceu, não sobram dúvidas de que a independência das entidades reguladoras é condicionada decisivamente pelas suas fontes de financiamento, atenta a relevância da existência de recursos financeiros próprios que não dependam do Orçamento do Estado⁹⁴. A independência postula ainda a necessidade de regras na gestão das receitas que confirmem um elevado grau de autonomia administrativa e financeira⁹⁵.

Ora, o enquadramento originário da AdC sujeitava a entidade ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos⁹⁶, um regime ostensivamente «constrangedor»⁹⁷, considerando a possibilidade de condicionamento das despesas dos serviços e fundos autónomos a autorizações ministeriais, vulgo cativações. Trata-se, consensualmente, de um regime bastante restritivo da independência das entidades reguladoras.

Cabe sublinhar, por fim, um aspeto do seu regime, extraordinariamente enfraquecedor da sua independência formal⁹⁸, como é a previsão de um recurso extraordinário, nos termos do qual o membro do Governo responsável pela área da economia pode autorizar uma operação de concentração proibida pela Autoridade. Ou seja, estamos perante a possibilidade jurídica de reversão — por um membro do Governo — de uma deliberação, por excelência, de natureza regulatória.

Os atuais estatutos da AdC mantiveram esse recurso extraordinário, como veremos.

iii. A Autoridade Nacional das Comunicações

O Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), antecedente do ICP-ANACOM, foi criado pelo artigo 7.º do decreto-lei n.º 188/81, de 2 de julho, e os seus estatutos aprovados em 1989⁹⁹.

Tratava-se de uma entidade administrativa que começou por se revestir da natureza jurídica de instituto público, tendo os respetivos estatutos originários sido aprovados pelo decreto-lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro.

O Instituto das Comunicações de Portugal (ICP)

A lei definiu o ICP como um «instituto público dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa, financeira e património próprio, exercendo a sua ação na tutela do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações»¹⁰⁰. A sua principal finalidade era o «apoio ao Governo na coordenação, tutela e planeamento do sector das comunicações de uso público, bem como a representação desse sector e a gestão do espectro radioelétrico»¹⁰¹.

Conforme esclarecia o legislador no preâmbulo, as soluções encontradas nos estatutos do ICP «seguem de perto as que vigoram noutros institutos, delas se afastando num ou noutro ponto em que foi necessário ter em conta a circunstância de o ICP herdar de uma empresa pública — os CTT — o núcleo principal das suas atribuições, e não, como a generalidade dos outros institutos, da

própria Administração Pública. As alterações introduzidas visavam dar exequibilidade à necessidade de devolver à Administração funções que lhe devem competir, umas porque são claramente funções de soberania, outras porque o novo enquadramento legal das telecomunicações assim o exige e nesse sentido apontam também as orientações comunitárias».

O conselho de administração era constituído por um presidente e dois ou quatro vogais, nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro da tutela, para mandatos de três anos, renováveis¹⁰². Ficavam sujeitos ao estatuto do gestor público, «com remunerações e regalias idênticas às dos membros dos órgãos de gestão das empresas públicas do grupo A»¹⁰³.

A lei não definia quaisquer impedimentos ou incompatibilidades, nem estabelecia quaisquer garantias de inamovibilidade dos membros do conselho de administração.

No que se refere às competências, cabia ao ICP: «a) Colaborar ativamente na definição das medidas de política das comunicações em Portugal; b) Assessorar o Governo no exercício das suas funções tutelares¹⁰⁴; c) Coordenar, no âmbito nacional, tudo quanto respeite à execução de tratados, convenções e acordos internacionais relacionados com as comunicações, bem como a representação do Estado Português nos correspondentes organismos internacionais, quando de outro modo não for determinado; d) Homologar materiais e equipamentos e proceder, em colaboração com outros organismos, à normalização e especificação técnica de materiais e equipamentos usados nas comunicações; e) Assegurar a gestão do espectro radioelétrico¹⁰⁵; f) Proceder ao licenciamento de operadores

de comunicações de uso público, bem como dos prestadores de serviços de valor acrescentado».

A lei não conferia ao ICP poderes regulamentares ou sancionatórios.

A Lei de Bases das Telecomunicações¹⁰⁶ e a Lei de Bases dos Serviços Postais¹⁰⁷ confirmaram a sua natureza de órgão regulador do setor.

A gestão patrimonial e financeira do ICP, incluindo a organização da sua contabilidade, regia-se pelas normas aplicáveis às empresas públicas¹⁰⁸.

As receitas do ICP eram: «a) As taxas e outras receitas cobradas no âmbito da gestão do espectro radioelétrico, do licenciamento e fiscalização dos operadores e prestações de serviços de comunicações; c) O produto da aplicação de coimas; d) As taxas e outras receitas provenientes da homologação de materiais e equipamentos; e) Quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua actividade ou que por lei ou contrato lhe venham a pertencer ou a ser atribuídos, bem como quaisquer doações, subsídios ou outras formas de apoio financeiro; f) O produto da alienação de bens próprios e da constituição de direitos sobre eles; g) As participações fixadas aos operadores de telecomunicações de uso público¹⁰⁹, fixadas por despacho do Ministro da tutela, sob proposta do conselho de administração, nos termos do artigo 30.º»

O ICP não podia contrair empréstimos sem prévio despacho conjunto de autorização dos ministros das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

Quanto ao pessoal, estava sujeito ao Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, «constando de regulamento interno, aprovado pelos Ministros da tutela das comunicações e das Finanças, a definição das suas condições de trabalho, com observância das normas imperativas daquele Regime»¹¹⁰.

Os estatutos originários do ICP-Autoridade Nacional de Comunicações

O preâmbulo dos estatutos originários do ICP-Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), aprovados em 2001¹¹¹, considerava que a intensificação da liberalização do setor das comunicações reclamava uma «real e efetiva concorrência» no sector e uma atuação da entidade como «árbitro neutro e imparcial». Ora, essa concorrência efetiva entre os operadores e prestadores de serviços, no acesso e respetiva atuação no mercado, na perspetiva do legislador, impunha «uma maior independência funcional e orgânica do ICP-ANACOM»¹¹².

Recorrendo a uma formulação análoga à adotada pelos estatutos da AdC e da ERSE, os estatutos apregoavam, no entanto, no artigo 4.º, a sua independência «sem prejuízo dos princípios orientadores de política de comunicações fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos».

No mesmo ambiente jurídico, também os membros do conselho de administração eram objeto de uma proclamação genérica de independência, não obstante a salvaguarda comum aos estatutos da época: «Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º e nos artigos precedentes, os membros do conselho de administração são

independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas»¹¹³.

A sua natureza jurídica, confirmada no artigo 1.º, n.º 1, era a de «uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio».

O conselho de administração era, nos termos do artigo 20.º, «o órgão colegial responsável pela definição e implementação da actividade reguladora do ICP-ANACOM, bem como pela direcção dos respectivos serviços», sendo constituído, nos termos do artigo 21.º, «por um presidente e dois ou quatro vogais, devendo, neste último caso, ser designado um vice-presidente».

Os membros do conselho de administração eram «nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das comunicações, de entre pessoas com reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional».

O artigo 21.º definia um mandato com a duração de cinco anos. Ao invés dos administradores da AdC e da ERSE, os mandatos do conselho de administração do ICP-ANACOM não eram suscetíveis de renovação.

No que concerne ao regime de incompatibilidades e impedimentos, cabe notar que, em 2001, o legislador do ICP-ANACOM começou por ser mais exigente — tendo sido seguido pelos estatutos da ERSE de 2002 —, ao vedar a nomeação de quem «seja ou tenha sido membro dos corpos gerentes das empresas dos sectores das comunicações nos últimos dois anos, ou seja ou tenha sido trabalhador ou

colaborador permanente das mesmas com funções de direcção ou chefia no mesmo período de tempo»¹¹⁴. Pelo contrário, nos estatutos da AdC (aprovados dois anos mais tarde, em 2003), as relações profissionais anteriores à designação¹¹⁵ apenas impediam os conselheiros em causa de participarem em deliberações «do conselho que respeitassem a essas empresas». Isto é, desde que os membros do conselho não participassem nas deliberações respeitantes a esses regulados, a existência de uma relação profissional anterior — de qualquer tipo — não era impeditiva da respetiva designação para a AdC.

Enquanto nos estatutos do ICP-ANACOM e da ERSE o legislador proibia expressamente os membros do conselho de terem «interesses de natureza financeira ou participações nas empresas reguladas nos sectores das comunicações»¹¹⁶, os membros do conselho da AdC apenas estavam impedidos de participar em deliberações sobre «empresas em que detenham interesses significativos», cuja existência não era, todavia, questionada¹¹⁷.

Comum aos três reguladores em análise era a proibição de os membros do conselho de administração, durante o seu mandato, exercerem «qualquer outra função pública ou atividade profissional» (no caso do ICP-ANACOM)¹¹⁸ ou «quaisquer outras funções públicas ou privadas, ainda que não remuneradas» (no caso da AdC)¹¹⁹, com exceção das funções docentes no ensino superior em tempo parcial.

O legislador remetia ainda para as demais incompatibilidades e impedimentos dos titulares de altos cargos públicos¹²⁰ e estabelecia, tal como na AdC, a imposição expressa de «deveres de discrição e reserva exigidos pela natureza das suas funções, quer durante quer após o termo dos seus mandatos».

Por fim, os estatutos do ICP-ANACOM — à semelhança da ERSE — estabeleciam que, «após o termo das suas funções, os membros do conselho de administração ficam impedidos, pelo período de dois anos, de desempenhar qualquer função ou prestar qualquer serviço às empresas dos sectores regulados»¹²¹. Dois anos mais tarde, como vimos nos estatutos da AdC, o legislador foi mais abrangente na moldura do impedimento, proibindo os membros do conselho de «estabelecer qualquer vínculo ou entrar em qualquer relação profissional, remunerada ou não, com entidades que durante esse período tenham participado em operações de concentração de empresas sujeitas a jurisdição da Autoridade ou que tenham sido objeto de processos de contraordenação pela adoção de comportamentos restritivos da concorrência»¹²².

À semelhança da ERSE e da AdC, os estatutos do ICP-ANACOM previam que, «durante o período de impedimento estabelecido no número anterior, a entidade reguladora continuará a abonar aos ex-membros do conselho de administração dois terços da remuneração correspondente ao cargo, cessando esse abono a partir do momento em que estes sejam contratados ou nomeados para o desempenho de qualquer função ou serviço público ou privado remunerados, ressalvadas as funções previstas no n.º 3 do artigo 22»¹²³.

Quanto à cessação de funções, o artigo 23.º, n.º 1, dos estatutos do ICP-ANACOM estabelecia essa cessação nos seguintes casos:

- a) Pelo decurso do prazo por que foram designados;
- b) Por incapacidade permanente ou por incompatibilidade superveniente do titular;
- c) Por renúncia;
- d) Por demissão decidida por resolução do Conselho de Ministros em caso de falta grave,

comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo;

- e) Por motivo de condenação pela prática de qualquer crime doloso».

Também no caso do ICP-ANACOM — tal como na ERSE, em 2002 — os estatutos previam a possibilidade de dissolução do conselho mediante resolução do Conselho de Ministros, neste caso mediante parecer do conselho consultivo do ICP-ANACOM, em situações de:

- a) Graves irregularidades no funcionamento do órgão;
- b) Considerável excesso das despesas realizadas sobre as orçamentadas, sem justificação adequada»¹²⁴.

Em relação ao estatuto remuneratório dos membros do conselho, o artigo 22.º remetia para o estatuto do gestor público, embora, na prática, as respetivas remunerações estivessem dependentes de despacho conjunto dos ministros das Finanças e da tutela e do membro do Governo responsável pela Reforma do Estado e da Administração Pública¹²⁵.

Por fim, no capítulo das suas relações com o Governo e a Assembleia da República, o artigo 51.º, n.º 1, definia a obrigatoriedade de envio ao Governo, para ser igualmente apresentado à Assembleia da República, de um relatório anual sobre as suas atividades de regulação. Em acréscimo, conforme o n.º 2 do mesmo preceito, «o presidente do conselho de administração corresponderá, sempre que lhe for solicitado, aos pedidos de audição que sejam dirigidos pela comissão competente da Assembleia da República, para prestar informações ou esclarecimentos sobre as suas actividades».

No que concerne aos aspetos financeiros e organizacionais, em termos análogos à ERSE e à AdC, sem prejuízo da sua independência orgânica e funcional, o ICP-ANACOM estava sujeito à tutela do membro do Governo responsável pelas Comunicações e, quando fosse caso disso, do ministro das Finanças. Segundo o n.º 2 do art.º 50.º, careciam de aprovação ministerial: «a) O plano de actividades e o orçamento; b) O relatório de actividades e as contas; c) Outros actos previstos na lei».

Por outro lado, constituíam receitas do ICP-ANACOM, nos termos do artigo 43.º: «a) As taxas e outras receitas cobradas no âmbito da gestão do espectro radioelétrico e do plano nacional de numeração; b) As taxas e outras receitas cobradas no âmbito da atribuição de títulos de exercício de actividade e fiscalização dos operadores e prestadores de serviços de comunicações; c) O produto da aplicação de multas contratuais, bem como das coimas aplicadas nos termos da lei; d) As receitas provenientes da prestação de serviços, designadamente dos seus laboratórios; e) Quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua actividade ou que por lei ou contrato lhe venham a pertencer ou a ser atribuídos, bem como quaisquer doações, subsídios ou outras formas de apoio financeiro; f) O produto da alienação de bens próprios e da constituição de direitos sobre eles; g) Os juros decorrentes de aplicações financeiras».

Estipulava o número 4 do artigo 41.º que o orçamento do ICP-ANACOM constava do Orçamento Geral do Estado, e que, embora fosse elaborado de acordo com o Plano Oficial de Contabilidade, não lhe era aplicável o regime da contabilidade pública. Contudo, a lei exigia a apresentação de mapas consolidados,

de acordo com o Plano Oficial de Contabilidade Pública, sujeito à aprovação do ministro das Finanças.

Em relação aos Serviços e Pessoal, o artigo 45.º dos estatutos determinava que o ICP-ANACOM dispunha «dos serviços de apoio administrativo e técnico, aprovados pelo conselho de administração em função da aprovação do plano de actividades e orçamento», o qual carecia de aprovação ministerial, conforme referido *supra*. Nos termos dos estatutos, o pessoal estava sujeito ao regime jurídico do contrato individual de trabalho e, à semelhança das outras entidades reguladoras, encontrava-se abrangido pelo regime geral da segurança social. O recrutamento, por sua vez, era precedido de um anúncio público, segundo «critérios objectivos de selecção, a estabelecer em regulamento»¹²⁶, sendo que as condições de prestação e de disciplina do trabalho eram definidas em regulamento próprio, sem prejuízo das disposições legais imperativas do regime do contrato individual de trabalho.

Note-se que a lei estabelecia ainda um regime inovador de incompatibilidades dos funcionários do regulador, que passaram a não poder prestar trabalho ou outros serviços, remunerados ou não, em «empresas sujeitas à sua supervisão ou outras cuja actividade colida com as atribuições e competências do ICP-ANACOM»¹²⁷.

No capítulo das atribuições e competências do regulador, embora o ICP-ANACOM assumisse essencialmente o papel de autoridade de regulação do mercado das telecomunicações, eram-lhe atribuídas «incumbências afins»¹²⁸: «coadjuvar o Governo — a pedido deste ou por iniciativa própria — na definição das linhas estratégicas e das políticas gerais das comunicações e da actividade dos operadores

de comunicações, incluindo a emissão de pareceres e elaboração de projectos de legislação no domínio das comunicações; Assegurar a regulação e a supervisão do sector das comunicações; Assegurar a gestão do espectro radioelétrico; Assegurar o cumprimento das obrigações inerentes ao serviço universal de comunicações; Garantir o acesso dos operadores de comunicações às redes, em condições de transparência e igualdade, nos termos previstos na lei; Atribuir os títulos de exercício da actividade postal e de telecomunicações»¹²⁹. As atribuições enumeradas eram objeto de concretização pela ANACOM, quase sempre mediante o exercício de poderes de natureza administrativa¹³⁰.

Ao pretender tornar o ICP-ANACOM «uma verdadeira entidade de regulação e supervisão das comunicações», o legislador reconhecia, numa nota preambular, que a «concretização cabal» das suas atribuições postulava o reforço dos seus poderes e procedimentos de autoridade. Foi deveras prolixo na descrição das intenções e nas justificações dos poderes atribuídos.

Entre o elenco de poderes regulatórios conferidos, sublinhe-se o poder regulamentar «indispensável à prossecução das suas funções». Na justificação legislativa, «a especificidade técnica do sector das comunicações associada às inovações constantes» reclamava «um amplo espaço para a intervenção ordenadora da autoridade de regulação». O dito poder normativo pressupunha o reconhecimento de que «só o ICP-ANACOM, fruto da especialização técnica e do conhecimento acumulado, está preparado para responder de forma rápida e flexível às necessidades e mutações constantes que se produzem no sector, em especial no mercado das telecomunicações».

Em consequência, a lei conferiu ao ICP-ANACOM o poder de elaborar regulamentos «nos casos previstos na lei e quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições»¹³¹, formulação vaga e ambígua, repetida, um ano depois, nos estatutos da ERSE¹³² e aperfeiçoada nos estatutos da AdC¹³³.

Cabe salientar que, na leitura da doutrina, «a norma remete, na primeira parte, para um poder regulamentar especial, a conferir por lei caso a caso, mas, na segunda parte, ela própria confere um poder regulamentar geral à ANACOM»¹³⁴. Pela nossa parte, antecipando dúvidas jurídico-constitucionais sobre a legitimidade destas normas genéricas atributivas de competência regulamentar¹³⁵, em especial com incidência em domínio normativo de reserva de lei, limitamo-nos a reiterar as nossas reservas¹³⁶, que retomaremos a propósito das debilidades jurídico-constitucionais do enquadramento regulatório pós-LQER.

O exercício do poder normativo encontrava-se regulado especificamente no artigo 11.º, o qual estabelecia, em termos inovadores, os princípios que vinculavam a autoridade reguladora, como sejam os princípios da legalidade, necessidade, clareza, participação e publicidade.

Nos termos do procedimento regulamentar definido por lei — norma repetida nos estatutos da ERSE —, previamente à aprovação ou alteração de qualquer regulamento, a entidade deveria dar conhecimento «ao ministro da tutela, entidades concessionárias ou licenciadas, aos operadores, aos demais prestadores de serviços registados, bem como às associações de consumidores de interesse genérico ou específico na área das comunicações, facultando-lhes

o acesso aos textos respetivos e disponibilizando-os no seu *websites*¹³⁷. Nestes termos, os destinatários poderiam emitir os seus comentários e apresentar sugestões, podendo ter acesso a todas as sugestões apresentadas. Competia ao ICP-ANACOM elaborar posteriormente um relatório preambular dos regulamentos, tendo o dever de fundamentar as decisões tomadas, «com necessária referência às críticas ou sugestões que tenham sido feitas ao projecto»¹³⁸.

A lei exigia ainda a publicação, na 2.ª série do Diário da República, dos regulamentos com normas de eficácia externa¹³⁹. No que se referia aos regulamentos que apenas visavam regular procedimentos de carácter interno de uma ou mais categorias de operadores ou de prestadores de serviços — denominados instruções —, «são notificadas aos respetivos destinatários, quando identificáveis, e entram em vigor cinco dias após a notificação ou na data nelas referida»¹⁴⁰. Neste sentido, a instrução é, afinal, um «acto regulador de procedimentos que os regulados devem respeitar (v.g. O procedimentos para a tramitação de pedidos de acesso à rede: regras sobre entrega dos pedidos, prazos de resposta, etc.)»¹⁴¹. Ou seja, «um acto com eficácia externa, que fixa direito vinculativo para os regulados. Trata-se, portanto, de regulamentos externos»¹⁴².

No contexto dos poderes de supervisão e de regulação, para além do poder de criar normas jurídicas nos termos expostos, a lei atribuía-lhe a competência para «acompanhar a atividade das entidades sujeitas à sua supervisão e o funcionamento dos mercados das comunicações; fiscalizar o cumprimento da lei e dos regulamentos

aplicáveis; aprovar atos; efetuar registos; dar ordens e formular recomendações concretas; decidir litígios entre privados e entre estes e o sector público; inspecionar, regularmente, os registos das queixas e reclamações dos consumidores e demais utilizadores apresentadas às entidades concessionárias ou licenciadas ou à própria entidade reguladora¹⁴³; recomendar ou determinar às entidades concessionárias ou licenciadas as providências necessárias à reparação das justas queixas dos utentes¹⁴⁴; fomentar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos de natureza comercial ou contratual entre as entidades concessionárias e licenciadas de produção, transporte e de distribuição e entre elas e os consumidores»¹⁴⁵.

No que concerne aos poderes sancionatórios, a lei conferia ao ICP-ANACOM competência para «processar e punir as infracções administrativas às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe compete, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações»¹⁴⁶.

A independência de direito do ICP-ANACOM antes da LQER

Retomando o exercício dos anteriores capítulos, cumpre-nos analisar a independência *de direito* da Autoridade das Comunicações, resultante do enquadramento regulatório descrito, vigente em 2013, em conformidade com os critérios adotados pelo presente estudo.

Em primeiro lugar, há que clarificar que o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), analisado previamente (em termos meramente perfunctórios), não era, efetivamente, um organismo de regulação independente. Como instituto público, estava sujeito à tutela

e superintendência da Administração Central, sendo a sua principal finalidade o apoio ao Governo na coordenação, na tutela e no planeamento do setor¹⁴⁷.

Em acréscimo:

- (i) Os membros do conselho de administração eram designados por resolução do Conselho de Ministros, sendo irrelevante — para nós — que seja ou não sob proposta do ministro da tutela¹⁴⁸.
- (ii) Os mandatos eram demasiado curtos (três anos) e renováveis¹⁴⁹, ilimitadamente.
- (iii) A lei não definia quaisquer incompatibilidades ou impedimentos.
- (iv) Os membros do conselho de administração não eram inamovíveis.
- (v) Não eram consagrados mecanismos de responsabilização pelo exercício da função reguladora¹⁵⁰.

I. Por sua vez, em relação ao ICP-ANACOM, eram favoráveis a um juízo de independência formal os seguintes indicadores, atinentes ao estatuto dos membros do conselho de administração (Chairperson and management board):

- (i) Os mandatos eram relativamente longos — cinco anos (*Term of office*).
- (ii) Os mandatos não eram renováveis (*Renewability of appointment*).

(iii) A lei exigia que as pessoas a designar possuísem uma reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional (*Formal requirements of independence*).

(iv) No que concerne ao regime de incompatibilidades e impedimentos, não podia ser nomeado quem fosse ou tivesse sido membro dos corpos gerentes das empresas dos setores das comunicações nos dois anos anteriores, ou fosse ou tivesse sido trabalhador ou colaborador permanente das mesmas com funções de direção ou chefia no mesmo período (*Compatibility with other offices*).

(v) Durante o seu mandato, não podiam exercer «qualquer outra função pública ou atividade profissional» (*Compatibility with other offices*).

(vi) Não podiam ter «interesses de natureza financeira ou participações nas empresas reguladas nos sectores das comunicações» (*Compatibility with other offices*).

(vii) Nos dois anos seguintes à cessação do seu mandato, ficavam impedidos de desempenhar qualquer função ou prestar qualquer serviço às empresas dos setores regulados (*Compatibility with other offices*).

(viii) Durante esse período, a entidade reguladora continuava a abonar aos ex-membros do conselho de administração dois terços da remuneração correspondente ao cargo, cessando esse abono a partir do momento em que estes fossem contratados ou nomeados para o desempenho de qualquer função ou serviço público/privado remunerados (*Compatibility with other offices*).

Ao invés, constituíam elementos desvantajosos para a independência de direito do regulador, relativos ao estatuto dos conselheiros:

- (i) Eram nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das comunicações (*Appointment procedure*).
- (ii) A cessação de funções era admitida: i) no caso de demissão decidida por resolução do Conselho de Ministros; ii) em caso de falta grave, comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo (*Dismissal procedure*).
- (iii) A lei também previa a possibilidade de dissolução do conselho mediante resolução do Conselho de Ministros, nos casos de: «a) Graves irregularidades no funcionamento do órgão; b) Considerável excesso das despesas realizadas sobre as orçamentadas, sem justificação adequada» (*Dismissal procedure*).

II. Quanto ao segundo conjunto de indicadores apresentados por Gilardi e Maggetti em 2011 (*Relationship with elected politicians*), revelavam-se favoráveis a um juízo de independência formal os seguintes dados:

- (i) Os Estatutos proclamavam expressamente, no artigo 4.º, a sua independência: «O ICP — ANACOM é independente no desempenho das suas atribuições» (*Independence formally stated*).
- (ii) Também os membros do conselho de administração eram «independentes no exercício das suas funções, não estando

sujeitos a instruções ou orientações específicas» (*Independence formally stated*).

- (iii) Não se encontrava prevista nenhuma forma de reverter uma deliberação de natureza regulatória (*Overturning of decisions*).

Pelo contrário, eram desfavoráveis à independência formal:

- (i) Embora os estatutos proclamassem expressamente, no artigo 4.º, a sua independência, a mesma era exercida «sem prejuízo dos princípios orientadores de política de comunicações fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos».
- (ii) A mesma salvaguarda era aplicável aos membros do conselho de administração.
- (iii) O regulador estava sujeito à tutela do membro do Governo responsável pelas comunicações e, quando fosse caso disso, do ministro das Finanças (*Formal obligations*).

III. No que concerne aos aspetos financeiros e organizacionais (*Finances and organization*), que integram o terceiro conjunto de indicadores, cumpre indicar aqueles que não privilegiavam a independência formal (*Source of budget; Agency's internal organization; Control of human resources*):

- (i) Estava sujeito à tutela do membro do Governo responsável pelas comunicações e, quando fosse caso disso, do ministro das Finanças.

(ii) Careciam de aprovação ministerial: «a. O plano de atividades e o orçamento; b. O relatório de atividades e as contas; c) Outros atos previstos na lei».

(iii) As remunerações dos membros do conselho de administração estavam dependentes de um despacho conjunto dos ministros das Finanças e da tutela e do membro do Governo responsável pela Reforma do Estado e da Administração Pública.

(iv) O orçamento do ICP-ANACOM constava do Orçamento Geral do Estado.

(v) A lei exigia a apresentação de mapas consolidados, de acordo com o Plano Oficial de Contabilidade Pública, a aprovar pelo ministro das Finanças.

(vi) O ICP-ANACOM dispunha dos serviços de apoio administrativo e técnico, aprovados pelo conselho de administração em função da aprovação do plano de atividades e orçamento, o qual carecia de aprovação ministerial.

Eram, por sua vez, suscetíveis de amparar um juízo de independência formal do regulador:

(i) A atribuição de autonomia administrativa e financeira.

(ii) Um regime inovador de incompatibilidades dos funcionários do regulador, que não podiam prestar trabalho ou outros serviços, remunerados ou não, a empresas sujeitas à sua supervisão ou outras cuja atividade colidisse com as atribuições e competências do ICP-ANACOM.

(iii) As condições de prestação e de disciplina do trabalho eram definidas em regulamento próprio, sem prejuízo das disposições legais imperativas do regime do contrato individual de trabalho.

(iv) O ICP-ANACOM dispunha dos serviços de apoio administrativo e técnico, aprovados pelo conselho de administração.

IV. Quanto às competências regulatórias (*Regulatory competence*), a atribuição de competências regulamentares, de supervisão e sancionatórias (*Rule-making; Monitoring; Sanctioning*) beneficiavam a garantia de independência *de direito* da ANACOM. Afiguravam-se, porém, adversas a essa independência algumas das *incumbências afins* que lhe eram conferidas, em especial, a de coadjuvar o Governo — a pedido deste ou por iniciativa própria — «na definição das linhas estratégicas e das políticas gerais das comunicações e da atividade dos operadores de comunicações».

V. Em suma, a doutrina considerava, mesmo à luz do quadro descrito, que a ANACOM preenchia «os requisitos habitualmente exigidos para se qualificar uma instância como “autoridade administrativa independente”»¹⁵¹.

Não obstante, tratava-se de uma independência funcional limitada¹⁵², em termos análogos à delineada pelos estatutos — contemporâneos — de outras entidades reguladoras como a ERSE e a AdC, especialmente em relação ao Governo. Embora haja que realçar a — até então inédita — proibição de renovação dos mandatos dos membros do conselho de administração, o regulador estava, efetivamente, sujeito a tutela financeira e patrimonial, uma vez que o plano de atividades,

o orçamento e o relatório e contas, como vimos, carecia de aprovação ministerial.

Por outro lado, cabe notar que competia ao Governo — ainda que balizado pela *europeização da regulação* nesta matéria — definir os princípios orientadores da política de comunicações. Por conseguinte, o poder normativo do regulador encontrava-se fortemente restringido pela repartição de competências legislativas dos órgãos de soberania, nos termos jurídico-constitucionais.

No que se refere à independência orgânica, ela também era ostensivamente curta. Não obstante a apregoada independência dos membros do conselho de administração, que não deveriam estar «sujeitos a instruções ou orientações específicas», a lei previa situações (ainda que excecionais) em que as respetivas demissões pelo Governo eram admitidas com base em juízos de mérito¹⁵³, as quais enfraqueciam incontestavelmente os respetivos estatutos de inamovibilidade, aspeto fulcral da independência *de direito* dos membros do órgão de cúpula das entidades reguladoras.

iv. Síntese

A análise da evolução dos estatutos das três entidades reguladoras selecionadas, no período situado desde a sua criação até à entrada em vigor da LQER, conduz-nos, em resumo, à seguinte apreciação:

- O enquadramento estatutário vigente nas três entidades reguladoras antes da aprovação da LQER de 2013 apresentava diversos aspetos *favoráveis* a um juízo de independência formal, sobretudo no que concerne a indicadores atinentes ao *estatuto*

dos membros do conselho de administração (nomeadamente quanto à limitação da duração dos mandatos, ao estabelecimento de um regime de impedimentos e incompatibilidades e à garantia legal de independência, relacionada com a não-sujeição a instruções ou orientações do poder) e a indicadores relacionados com as *competências regulatórias* (na medida em que as entidades dispunham de um conjunto de poderes regulamentares, de supervisão e sancionatórios).

- Porém, esse enquadramento apresentava igualmente vários aspetos *desfavoráveis* a um juízo de independência formal, sobretudo quanto a aspetos *financeiros e organizacionais* : na ERSE mantinha-se a sujeição dos atos da entidade reguladora à tutela do ministro da Economia, por determinação expressa da lei; na AdC existia a possibilidade de condicionar as despesas mediante o mecanismo das cativações, e era possível ao ministro da Economia reverter uma decisão intrinsecamente regulatória da entidade — o que, embora clarifique a responsabilidade pela decisão, é tido no modelo de Gilardi e Maggetti como um aspeto desfavorável à independência; e na ANACOM não só era possível dissolver o conselho de administração por Resolução do Conselho de Ministros (com base numa fundamentação com alguma margem de ambiguidade), como a entidade se encontrava sujeita a supervisão financeira e patrimonial do Governo.

2.2.3. As soluções normativas de independência

i. As obrigações jurídicas de independência

Não é possível decalcar da Constituição um conceito material de independência das autoridades administrativas, suscetível de servir de parâmetro de validade das opções legislativas, ou quaisquer vinculações constitucionais do legislador na criação de autoridades administrativas independentes¹⁵⁴.

Efetivamente, o legislador constituinte optou pela ausência de densificação constitucional do conceito de autoridades administrativas independentes. A atual cláusula geral habilitadora da criação de entidades independentes só foi introduzida na revisão constitucional de 1997, através do artigo 267.º, n.º 3, da CRP. A doutrina sugere que a Lei Fundamental deveria ter um elenco, pelo menos exemplificativo, dos casos em que é possível a criação destas entidades¹⁵⁵.

Acresce, conforme dissertaremos mais à frente, o facto de a criação destas entidades não estar protegida em nenhuma das reservas de lei, podendo a Assembleia da República e o Governo disputar, em plena paridade hierárquica, a presente área normativa. Daí a nossa proposta — que retomaremos de seguida — de acrescentar, em sede de revisão constitucional, esta matéria ao elenco da reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República¹⁵⁶.

Cabe advertir, porém, que a ausência sobredita de densificação constitucional não constitui uma autorização ilimitada ao Governo para uma criação expansiva e desenfreada de autoridades

administrativas independentes. Neste âmbito, salienta-se a sua «natureza excecional e restrita a sectores bem identificados da Administração»¹⁵⁷.

A doutrina observa assertivamente que uma interpretação distinta estimularia «um modelo estranho de separação funcional de poderes»¹⁵⁸, no qual, em termos quase caricaturais, «AR e o Governo exerceriam a função legislativa, enquanto as autoridades administrativas independentes, que não gozam de legitimidade democrática, seriam encarregues da função executiva»¹⁵⁹. Já na sua génese, sublinhe-se, os pontos mais fracos da criação destas autoridades centravam-se no confronto das suas características com o modelo constitucional da separação dos poderes¹⁶⁰ ou com o princípio da soberania nacional¹⁶¹.

No nosso entendimento, a Constituição apenas se preocupou em esboçar uma *reserva constitucional de administração independente*¹⁶², composta pelas matérias elencadas¹⁶³ no artigo 39.º da CRP¹⁶⁴, atribuídas ao regulador da comunicação social, e pelo modo de designação previsto no artigo 163.º, alínea h)¹⁶⁵, da CRP. Desde a revisão constitucional de 2004 que a disposição constitucional citada se limita a conferir a um órgão não especificado a regulação de um conjunto de matérias, cuja única exigência constitucional é a de revestir a natureza de autoridade administrativa independente. Nos termos da *reserva constitucional de administração independente*, amparada na disposição constitucional citada, as matérias nela descritas apenas podem ser objeto de regulação por uma autoridade administrativa independente, cujos membros sejam eleitos, nos termos constitucionais, por «maioria de dois terços dos deputados presentes,

desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções». Parece-nos, porém, arrevesado extrair deste regime constitucional qualquer pista sobre o conceito constitucional de independência dos órgãos reguladores, para além do âmbito normativo material expressamente descrito.

Atualmente, todavia, é possível identificar alguns pontos seguros no elenco de características que um regulador deve poder exibir, no contexto do escrutínio da sua independência *de direito*, em resultado do generoso investimento dogmático da doutrina no estudo da designada «Regulocracia»¹⁶⁶.

De resto, fruto da «explosão regulatória»¹⁶⁷, abundantemente estudada, e do recente fenómeno da *europização da regulação da economia*, é possível descobrir orientações jurídicas relevantes e precisas sobre o modelo institucional que as entidades reguladoras nacionais de certos setores devem respeitar, com vista à almejada independência. Para além de algumas, esparsas, referências no direito positivo da União Europeia, tais pistas começaram por constituir, sobretudo, o resultado de extensa densificação jurisprudencial, não sendo, porém, comum a todos os setores.

No caso da ordem jurídica portuguesa, a LQER quis precisamente contribuir para a harmonização dessas regras institucionais, por impulso, decisivo, do Memorando de Entendimento, conforme veremos. Porém, sem prejuízo do mérito do esforço aglutinador de inúmeros regimes estatutários dispersos, a LQER, na nossa opinião, ficou francamente aquém das expetativas em matéria de independência, mesmo *de jure*.

Da independência dos reguladores no direito da União Europeia

As exigências jurídicas de independência das entidades reguladoras dos setores objeto da presente investigação, emanadas do direito da União Europeia, não são uniformes. Efetivamente, no que concerne à respetiva independência orgânica e funcional, é possível sistematizar os seguintes requisitos¹⁶⁸:

- 1) Separação jurídica e independência funcional das entidades reguladas ou relativamente a qualquer outra entidade pública ou privada (*Telecomunicações*¹⁶⁹ e *Energia*¹⁷⁰).
- 2) Ausência de instruções de qualquer entidade em relação às tarefas regulatórias (embora possa ser objeto de orientações políticas gerais e de supervisão em conformidade com as Constituições dos Estados-membros) (*Telecomunicações*¹⁷¹ e *Energia*¹⁷²).
- 3) Dispor de recursos humanos e financeiros adequados (*Telecomunicações*¹⁷³ e *Energia*¹⁷⁴).
- 4) Orçamento próprio e público (*Telecomunicações*¹⁷⁵ e *Energia*¹⁷⁶).
- 5) Estatuto de inamovibilidade dos membros do conselho de administração, nos termos em que apenas podem cessar o mandato se deixarem de preencher os requisitos definidos previamente para o seu exercício (*Telecomunicações*¹⁷⁷ e *Energia*¹⁷⁸).

6) Não serem sujeitos a suspensão ou a reversão das suas decisões por nenhuma autoridade, com a exceção de órgãos independentes de recurso (*Telecomunicações*¹⁷⁹ e *Energia*¹⁸⁰).

No que se refere à concorrência, no entanto, as leis europeias não impunham expressamente modelos institucionais, ou, pelo menos, requisitos facilmente identificáveis. A doutrina já extraía tais obrigações, indiretamente ou através dos efeitos implícitos das regras secundárias de concorrência, e da conjugação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE com os princípios gerais do direito da União Europeia¹⁸¹.

No entanto, com a entrada em vigor da diretiva (EU) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, essas regras adquirem uma maior robustez jurídica, sem prejuízo das eventuais insuficiências e incompletudes que sobressaem, atento o grau de densificação que alguns desses requisitos já tinham obtido por via jurisprudencial.

A diretiva mencionada define regras para assegurar que as autoridades nacionais da concorrência dispõem das garantias de independência, dos meios e das competências de execução e de aplicação de coimas necessários «à aplicação eficaz dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de modo a que a concorrência no mercado interno não seja falseada e a que os consumidores e as empresas não sejam prejudicados por leis e medidas nacionais que impeçam as autoridades nacionais da concorrência de aplicarem as regras de forma eficaz»¹⁸².

Desde logo, no seu capítulo III — cuja epígrafe se concentra sugestivamente na «Independência e Meios» —, o artigo 4.º, n.º 1, compromete os Estados-membros na missão de garantir a independência das autoridades nacionais da concorrência, devendo assegurar o exercício das suas atribuições e competência «de forma imparcial e no interesse da aplicação eficaz e uniforme dos artigos 101.º e 102.º do TFUE».

Em especial, cumpre destacar o reforço da independência funcional do «pessoal» e de «quem toma decisões», sobre quem recaem redobradas expectativas:

- 1) Estão em condições de desempenhar as suas funções e de exercer a sua competência de forma independente relativamente a influências políticas e outras influências externas¹⁸³: «não solicitam nem aceitam instruções do governo ou de qualquer outra entidade pública ou privada no desempenho das suas funções»¹⁸⁴.
- 2) Devem abster-se de tomar qualquer ação incompatível, remunerada ou não¹⁸⁵, com o desempenho das suas funções ou com o exercício da sua competência¹⁸⁶, por forma a evitar que a sua avaliação independente seja comprometida¹⁸⁷.
 - a. Em especial, concretiza o considerando (19), «durante a vigência do seu contrato ou mandato, as chefias, o pessoal e quem toma decisões não deverão poder ocupar-se de processos relativos à aplicação dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE em que tenham estado envolvidos ou que digam diretamente respeito a empresas ou associações de empresas

em que tenham trabalhado ou com as quais tenham assumido qualquer outro tipo de compromisso profissional, se tal puder comprometer a sua imparcialidade num dado caso».

b. Em acréscimo, «o pessoal e aqueles que tomam decisões, bem como os seus familiares próximos», não poderão ter interesses em empresas ou organizações que sejam alvo de processos relativos à aplicação dos artigos referidos, em que participem, «se tal puder comprometer a sua imparcialidade num dado caso»¹⁸⁸.

c. Em conformidade com os critérios de avaliação, *in casu*, do risco de eventual afetação da independência, fornecidos pela diretiva, «haverá que ter em conta a natureza e relevância do interesse que detém e o seu grau de envolvimento ou o tipo de compromisso que assumiu». Caso se conclua no sentido da necessidade de adotar medidas para assegurar a imparcialidade da investigação e do processo decisório, «poderá ser exigido à pessoa em causa que peça escusa do processo que lhe foi atribuído»¹⁸⁹.

3) Estão sujeitos a procedimentos que asseguram que, durante um prazo razoável após a cessação de funções, se abstêm de tratar processos de aplicação que possam gerar conflitos de interesses¹⁹⁰, nos termos do parágrafo anterior¹⁹¹.

a. Não deverão, por exemplo, «sempre que iniciem uma atividade profissional relacionada com processos relativos à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE com que tenham

lidado durante a vigência do seu contrato ou mandato, ocupar-se do mesmo processo na sua nova atividade»¹⁹².

b. O prazo deverá ser definido em função da natureza da nova atividade profissional, o seu grau de envolvimento e o nível de responsabilidade no mesmo processo durante a vigência do contrato ou mandato¹⁹³.

c. A diretiva sugere a publicação de um código de conduta que preveja regras em matéria de conflitos de interesses¹⁹⁴.

4) Não podem ser demitidos dessas autoridades por motivos relacionados com o bom desempenho das suas funções ou o correto exercício das suas competências¹⁹⁵.

5) Só podem ser demitidos se deixarem de preencher as condições exigidas para o desempenho das suas funções ou se tiverem sido considerados culpados de uma infração grave nos termos do direito nacional. As condições exigidas para o desempenho das suas funções e a definição de «infração grave» devem ser previamente estabelecidas no direito nacional¹⁹⁶.

6) São selecionados, recrutados e nomeados de acordo com procedimentos claros e transparentes, previamente estabelecidos no direito nacional.

7) Dispõem de competência para estabelecer as suas prioridades na execução das diligências, na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Em relação aos meios, o artigo 5.º constitui o dever dos Estados-membros de garantirem que as autoridades nacionais da concorrência «dispõem de pessoal qualificado em número suficiente e dos meios financeiros, técnicos e tecnológicos suficientes necessários ao cumprimento efetivo das suas atribuições e ao exercício efetivo da sua competência»¹⁹⁷.

Mais concretamente, quanto aos aspetos financeiros, a diretiva estipula que deve ser conferida autonomia às autoridades nacionais da concorrência «na utilização dos orçamentos que lhes são atribuídos para efeitos do exercício das suas atribuições»¹⁹⁸, devendo privilegiar-se «o financiamento proveniente de fontes alternativas ao Orçamento do Estado»¹⁹⁹.

Não obstante o legislador europeu salvaguarde «as regras e procedimentos orçamentais nacionais», essa autonomia não pode ser posta em causa, atenta a liberdade de conformação supostamente reconhecida aos legisladores nacionais no preceito em análise. Em termos só aparentemente paradoxais, na parte final do seu considerando (22), a diretiva apenas admite que as autoridades administrativas nacionais da concorrência possam estar «sujeitas a um controlo ou fiscalização das suas despesas financeiras, desde que tal não afete a sua independência». Ora, sob pena de qualificação deste raciocínio como autofágico e circular, uma interpretação jurídica coerente da diretiva postula a diferenciação de regimes jurídicos aplicáveis em função da proveniência das verbas a condicionar: receitas próprias *versus* receitas do Orçamento do Estado.

O considerando (24) clarifica ainda que os meios suficientes a garantir abrangem «pessoal qualificado para efetuar avaliações jurídicas

e económicas proficientes, meios financeiros e conhecimentos e equipamentos técnicos e tecnológicos especializados, incluindo ferramentas informáticas adequadas».

Cumprir assinalar que, pese embora a relevância jurídica atribuída ao reforço da independência funcional, a diretiva adverte que a mesma «não deverá prejudicar o controlo jurisdicional nem a supervisão parlamentar, em conformidade com o direito nacional»²⁰⁰, atentos os respetivos contributos para a «credibilidade e legitimidade da ação das autoridades administrativas nacionais da concorrência». Neste contexto, recomenda a publicação de relatórios periódicos sobre as suas atividades a apresentar a um órgão governamental ou parlamentar.

A diretiva pretende ainda garantir competências comuns de investigação e decisão.

Veremos qual o impacto destas orientações no atual enquadramento jurídico-regulatório nacional, cuja moldura geral resulta da LQER: uma lei produzida em pleno ambiente de crise financeira, cuja feição rígida, hostil à independência financeira dos reguladores, tem resistido, incólume, às intervenções posteriores do legislador.

A independência dos reguladores e o Memorando de Entendimento

Na ordem jurídica nacional, a independência financeira das entidades reguladoras assumiu um peso relevante no Memorando de Entendimento acordado, em 2011, entre o Estado português, o FMI,

o BCE e a CE, o qual condicionou decisivamente a elaboração da LQER em 2013.

No capítulo da concorrência e das autoridades de regulação setoriais, para além da eliminação das *golden shares* e todos os outros direitos estabelecidos por lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que conferiam direitos especiais ao Estado, o Governo comprometeu-se a adotar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência²⁰¹. Para isso, o Estado português assumiu o compromisso de assegurar que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN), entre as quais a Autoridade de Concorrência, dispõem de meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável.

Nesse sentido, o memorando refere a elaboração de um relatório independente (por especialistas reconhecidos internacionalmente) sobre as responsabilidades, os recursos e as características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório deveria indicar as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. O dito documento abrangeu igualmente o âmbito da atividade dos reguladores setoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência. O relatório serviria de base de uma proposta a apresentar com o objetivo de reforçar a independência dos reguladores, em plena observância da legislação comunitária.

A falta ou reduzida autonomia financeira e, em consequência, a excessiva dependência governamental foram precisamente uma

das conclusões apontadas no dito Relatório Independente, elaborado na sequência do compromisso assumido e tendo em vista a elaboração de uma proposta de Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Essas limitações anotadas refletiam-se, sobretudo, nas autorizações de despesas e na apropriação discricionária dos saldos de gerência²⁰².

Terá a lei-quadro superado o défice de independência identificado na ordem jurídica regulatória anterior? É o que procuraremos desvendar de seguida.

ii. A nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER)

O artigo 3.º da LQER estabelece que as entidades reguladoras são pessoas coletivas de direito público, com a «natureza de entidades administrativas independentes»²⁰³. A alínea c), do número 2, do mesmo preceito legal, acrescenta que «por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem dispor de independência orgânica, funcional e técnica, entre outras características»²⁰⁴.

Presume-se assim, nominalmente, um estatuto de independência que pode ser ilidido, *de direito* e *de facto*, através de uma análise intensiva dos atributos fundamentais que modelam substantivamente a propalada independência²⁰⁵.

A LQER e a independência de direito dos reguladores

Na sequência do exercício concretizado nos pontos anteriores, procedemos a uma avaliação do grau de independência *de direito* que resulta das novas soluções normativas da LQER.

I. No que se refere ao estatuto dos membros dos conselhos de administração (*Chairperson and management board*), «o órgão colegial responsável pela definição da atuação da entidade reguladora, bem como pela direção dos respetivos serviços», nos termos do artigo 16.º, há que realçar os seguintes dados favoráveis à independência *de direito*:

- (i) A lei exige uma composição ímpar de membros para evitar bloqueios nas deliberações.
- (ii) Os mandatos são longos — seis anos (*Term of office*).
- (iii) Os membros são escolhidos de «entre indivíduos com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respetivas funções»²⁰⁶.
- (iv) Os mandatos cessam por²⁰⁷: «a) Morte ou incapacidade física ou psíquica permanente ou com uma duração que se preveja ultrapassar a data do termo da comissão de serviço ou do período para o qual foram designados; b) Renúncia, através de declaração escrita apresentada ao membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora; c) Incompatibilidade superveniente; d) Condenação, por sentença transitada em julgado, em crime doloso que ponha em causa a idoneidade para o exercício do cargo; e) Cumprimento de pena de prisão» (*Dismissal procedure*).

(v) Os mandatos são exercidos em regime de exclusividade, não podendo os membros do conselho, designadamente (*Compatibility with other offices*²⁰⁸ e *formal requirements of independence*):

- a. «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».
- b. «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 ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas».
- c. «Manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências».

(vi) As incompatibilidades e impedimentos estendem-se após a cessação dos mandatos, durante um período de dois anos, não podendo estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, os 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 mensal²⁰⁹ (*Compatibility with other offices*).

(vii) No caso da entidade reguladora com competência para a aplicação das regras de defesa da concorrência, «a proibição prevista no número anterior respeita às empresas ou entidades

que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os membros do conselho de administração em causa tenham exercido funções».

(viii) A compensação prevista *supra* cessa²¹⁰: «a) Se e enquanto o membro do conselho de administração desempenhar qualquer outra função ou atividade remunerada; b) Quando o membro do conselho de administração tenha direito a pensão de reforma ou de aposentação e opte por esta; ou c) Nos casos em que o mandato do membro do conselho de administração cesse por outro motivo que não o decurso do respetivo prazo. Em caso de incumprimento, o membro do conselho de administração fica obrigado à devolução do montante equivalente a todas as remunerações líquidas auferidas durante o período em que exerceu funções, bem como da totalidade das compensações líquidas recebidas após a cessação do mandato».

Constituem, por sua vez, elementos adversos à independência *de direito* das entidades reguladoras as seguintes regras estatutárias:

(i) Os mandatos apenas não são (*imediatamente*) renováveis²¹¹, pois os membros do conselho de administração podem ser providos nos órgãos da respetiva entidade reguladora decorridos seis anos após a cessação do mandato anterior (*Renewability of appointment*).

(ii) Os membros do conselho de administração são designados por resolução do Conselho de Ministros (*Appointment procedure*), após:

a. Indicação do membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora.

b. Audição da comissão competente da Assembleia da República, a pedido do Governo «que deve ser acompanhado de parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração pública relativa à adequação do perfil do indivíduo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento aplicáveis»²¹².

c. O Parlamento, através da comissão competente, elaborar e aprovar um «relatório referente à audição a que se refere o número anterior, de que dá conhecimento ao Governo; [a] resolução de designação, devidamente fundamentada, é publicada no Diário da República, juntamente com uma nota relativa ao currículo académico e profissional dos designados»²¹³.

(iii) O conselho de administração pode ser dissolvido e os seus membros destituídos mediante resolução do Conselho de Ministros, fundamentada «em motivo justificado»²¹⁴. A lei admite essa justificação sempre que se verifique «falta grave», nomeadamente em caso de:

a. «Desrespeito grave ou reiterado das normas legais e estatutos, designadamente o não cumprimento das obrigações de transparência e informação no que

respeita à atividade da entidade reguladora, bem como dos regulamentos e orientações da entidade reguladora».

b. «Incumprimento do dever de exercício de funções em regime de exclusividade ou violação grave ou reiterada do dever de reserva».

c. «Incumprimento substancial e injustificado do plano de atividades ou do orçamento da entidade reguladora».

d. A eventual responsabilidade individual ou coletiva «deve ser apurada em inquérito devidamente instruído, por entidade independente do Governo, e precedendo parecer do conselho consultivo, quando exista, da entidade reguladora em causa, e da audição da comissão parlamentar competente».

(iv) A lei confere poder de veto ao presidente do conselho de administração «de deliberações do conselho de administração que repute contrárias à lei, aos estatutos ou ao interesse público»²¹⁵.

(v) O estatuto remuneratório está a cargo de uma comissão de vencimentos, a qual deve observar um conjunto de critérios definidos na lei²¹⁶. Contudo, dos três membros que a integram, dois são indicados pelo Governo²¹⁷.

II. Quanto ao segundo grupo de indicadores (*Relationship with elected politicians*), cabe mostrar os elementos que contribuem para uma avaliação positiva de independência formal ou *de direito*:

(i) O já referido artigo 3.º, números 1 e 2, qualifica as entidades reguladoras como independentes e estabelece a exigência de independência orgânica, funcional e técnica (*Independence formally stated*).

(ii) O artigo 45.º, n.º 1, proclama a independência das entidades reguladoras no exercício das suas funções, rejeitando, em princípio, qualquer tipo de «superintendência ou tutela governamental» (*Independence formally stated*).

(iii) A lei proíbe os membros do Governo de dirigirem «recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes das entidades reguladoras sobre a sua atividade reguladora» ou sobre as «prioridades a adotar na respetiva prossecução» (*Independence formally stated*).

(iv) A lei é omissa quanto a formas de reversão das decisões que revestem a natureza regulatória (*Overturning of decisions*)²¹⁸.

(v) A lei cria um conjunto de regras de transparência²¹⁹, designadamente o dever de disponibilizar numa página eletrónica: «a) Todos os diplomas legislativos que os regulam, os estatutos e os regulamentos; b) A composição dos órgãos, incluindo os respetivos elementos biográficos e valor das componentes do estatuto remuneratório aplicado; c) Todos os planos de atividades e relatórios de atividades; d) Todos os orçamentos e contas, incluindo os respetivos balanços e planos plurianuais; e) Informação referente à sua atividade regulatória e sancionatória; f) O mapa de pessoal, sem identificação nominal, e respetivo estatuto remuneratório e sistema de carreiras» (*Formal obligations*);

(vi) A lei define regras de prestação de informação²²⁰ (*Formal obligations*), nomeadamente:

- a. Apresentação, no primeiro trimestre de cada ano de atividade, na comissão parlamentar competente da Assembleia da República, do respetivo plano de atividades e a programação do seu desenvolvimento.
- b. Elaboração e envio anual à Assembleia da República e ao Governo de um relatório detalhado sobre a atividade e o funcionamento no ano antecedente.
- c. Acresce que «sempre que tal lhes seja solicitado, os membros dos órgãos das entidades reguladoras devem apresentar-se perante a comissão parlamentar competente, para prestar informações ou esclarecimentos sobre a respetiva atividade».

Pelo contrário, são indiciadores de falta de independência (ou de níveis baixos ou insignificantes da mesma) os seguintes fatores:

- (i) A lei estabelece (*Formal obligations*):
 - a. O dever de prestar informações ao membro do Governo responsável pelo setor sobre a execução dos planos de atividades, anuais e plurianuais, bem como dos orçamentos e respetivos planos plurianuais.
 - b. Carecem de aprovação prévia, por parte dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pelo setor,

os orçamentos e respetivos planos plurianuais, o balanço e as contas.

c. Carecem também de aprovação prévia pelo membro do Governo responsável pelo setor outros atos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos.

d. As aprovações elencadas 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»²²¹.

e. Carecem ainda de autorização prévia por parte dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pelo setor, sob pena de ineficácia jurídica²²²: «a. A aceitação de doações, heranças ou legados; b. A aquisição ou alienação de bens imóveis, nos termos da lei; c) Outros atos de incidência patrimonial cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos».

III. Em relação ao grupo de critérios atinentes aos aspetos financeiros e organizacionais (*Finances and organization*), são indiciadores de níveis relevantes de independência *de direito* os seguintes dados:

- (i) A lei estabelece receitas próprias das entidades reguladoras, nomeadamente (*Source of the budget*)²²³
 - a. As contribuições, taxas ou tarifas cobradas pelo exercício da atividade reguladora, ou pelos serviços prestados ou pela remoção de um obstáculo jurídico.

- b. Os montantes das coimas aplicadas pelas infrações que lhes compete sancionar.
 - c. Outras contribuições, taxas ou tarifas legalmente impostas aos operadores sujeitos à sua regulação ou aos utilizadores finais.
 - d. Supletivamente, as dotações do orçamento do Estado.
- (ii) Quanto ao regime orçamental e financeiro²²⁴, a lei salvaguarda a «autonomia própria prevista na presente lei-quadro, no que se refere ao seu orçamento».
- (iii) Em consequência, exclui a aplicabilidade das regras da contabilidade pública e do 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. Tais regras não são aplicáveis na parte do orçamento dos reguladores que não dependa de dotações do Orçamento do Estado ou que não provenha da utilização de bens do domínio público²²⁵.
- (iv) No que se refere às suas receitas próprias, o regime financeiro aplicável deixa de ser o dos serviços e fundos autónomos para passar a ser o das entidades públicas empresariais²²⁶.
- (v) Quanto ao pessoal, o artigo 31.º garante que as entidades reguladoras dispõem dos serviços indispensáveis à prossecução das suas atribuições, sendo-lhes aplicado o regime do contrato individual de trabalho (*Agency's internal organization*).

(vi) Ficam sujeitos aos impedimentos e incompatibilidades²²⁷, definidos nas alíneas b) e c) do n.º 1, do artigo 19.º²²⁸, «todos os trabalhadores das entidades reguladoras, bem como todos os prestadores de serviços 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 aferir e acautelar a existência daquele conflito».

(vii) Nas situações de cessação de funções e durante um período de dois anos, «os titulares de cargos de direção ou equiparados das entidades reguladoras não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora, ficando, em caso de incumprimento, obrigados à devolução de todas as remunerações líquidas auferidas».

(viii) No caso da entidade reguladora com competência para a aplicação das regras de defesa da concorrência²²⁹, a proibição prevista no número anterior respeita «às empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os titulares de cargos de direção ou equiparados em causa tenham exercido funções».

(ix) Compete ao conselho de administração²³⁰, no âmbito da orientação e gestão da entidade reguladora (*Agency's internal organization e Control of human resources*): «a) Dirigir a respetiva atividade; b) Definir e aprovar a organização interna da respetiva entidade; [...] d) Acompanhar e avaliar sistematicamente

a atividade desenvolvida, designadamente responsabilizando os diferentes serviços pela utilização eficiente dos meios postos à sua disposição e pelos resultados atingidos; [...] g) Exercer os poderes de direção, gestão e disciplina do pessoal; h) Praticar atos respeitantes ao pessoal que estejam previstos na lei e nos estatutos; i) Aprovar os regulamentos previstos nos estatutos e os que sejam necessários ao desempenho das atribuições da entidade reguladora; j) Praticar os demais atos de gestão decorrentes da aplicação da lei e dos estatutos e necessários ao bom funcionamento dos serviços».

(x) A lei estabelece que as entidades reguladoras definem, nos respetivos regulamentos internos, regras sobre as seguintes matérias (*Control of human resources*)²³¹: «a) A organização e disciplina do trabalho; b) O regime do pessoal, incluindo avaliação de desempenho e mérito; c) O regime de carreiras; d) O estatuto remuneratório do pessoal; e) O regime de proteção social aplicável ao pessoal».

Ao invés, constituem obstáculos a uma avaliação positiva e plena da independência *de direito* das entidades reguladoras as seguintes soluções normativas:

(i) Quanto ao regime orçamental e financeiro²³², no que se refere a verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado, a LQER determina a aplicação do 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.

(ii) Apesar de alargar aos trabalhadores alguns dos impedimentos e incompatibilidades²³³ dos membros do conselho de administração, os mesmos são, porém, «excluídos nas situações de cessação de funções por caducidade de contrato de trabalho a termo, cessação de comissão de serviço quando regressem ao lugar de origem ou por iniciativa da entidade reguladora»²³⁴.

As alterações de 2017 e de 2020

Até agora, a LQER foi sujeita a duas alterações legislativas, em 2017²³⁵ e em 2020²³⁶. Essa reapreciação por parte do legislador não modificou, porém, a natureza jurídica dos reguladores que resulta da versão inicial.

Não obstante tenha sido revisto, em 2017, o regime de designação dos membros do conselho de administração, o essencial da opção legislativa originária manteve-se intacto. Nos termos da LQER, os membros dos conselhos de administração dos reguladores da economia continuam a ser designados por resolução do Conselho de Ministros, a qual deve ter, na nova versão, diretamente em conta o parecer fundamentado da comissão competente da Assembleia da República.

Em contrapartida, o parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (CReSAP) foi incontestavelmente desvalorizado, até pela sua nova localização sistemática no preceito legal.

Em coerência com esta alteração, o parecer parlamentar adquiriu um novo protagonismo, passando a exigir-se — no novo número 5

— a «conclusão do parecer da Assembleia da República». Na versão anterior, a lei era omissa quanto ao dever de a comissão parlamentar competente sufragar um parecer conclusivo, após a apreciação das características dos candidatos à designação.

Por outro lado, foi acrescentada uma nova causa de perda de mandato, como seja a da «prestação de falsas declarações no processo de designação ou na proposta de designação»²³⁷. Neste contexto, a dissolução do conselho de administração e a destituição de qualquer dos seus membros passou a poder ocorrer apenas «mediante resolução do Conselho de Ministros, oficiosamente ou tendo em conta recomendação da Assembleia da República, e sempre fundamentada em motivo justificado»,²³⁸ tendo-se mantido, todavia, os motivos que a lei já admitia como justificados.

O legislador de 2017 aditou ainda uma nova alínea — alínea d), do artigo 19.º — ao regime de impedimentos e de incompatibilidades, por forma a abranger a realização, «diretamente ou por interposta pessoa, de operações sobre instrumentos financeiros relacionados com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora».

O estatuto remuneratório também foi objeto de alterações, tendo sido definido pela LQER um teto para o vencimento mensal dos membros dos conselhos de administração²³⁹. Acresce a alteração introduzida ao n.º 6, do artigo 25.º, que veio considerar remuneração, para efeitos fiscais, «a utilização de cartões de crédito e outros instrumentos de pagamento, viaturas, comunicações, prémios, suplementos e gozo de benefícios sociais pelos membros do conselho de administração».

Ainda neste âmbito, o legislador veio determinar que a definição das remunerações — pela comissão de vencimentos — deve constar de um relatório devidamente fundamentado, o qual deve ser remetido ao Governo e à Assembleia da República antes da audição dos membros do conselho de administração. Trata-se de uma forma de facilitar a divulgação dos vencimentos, os quais deverão ser revistos, pelo menos, a cada seis anos.

O regime de incompatibilidades e de impedimentos dos trabalhadores — bem como de todos os prestadores de serviços relativamente aos quais possa existir um conflito de interesses — foi alargado, passando a incluir a remissão para a nova alínea d) do artigo 19.º.

Por fim, o legislador acrescentou novos deveres de informação, designadamente os de divulgação na sua página eletrónica dos «relatórios e pareceres da comissão de fiscalização ou do fiscal único. O relatório da comissão de vencimentos. Os regulamentos internos referidos no n.º 2 do artigo 10.º».

No que se refere à segunda alteração legislativa à LQER, através da Lei do Orçamento do Estado de 2021²⁴⁰, o legislador veio reforçar o regime segundo o qual as verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado estão sujeitas ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, designadamente em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos²⁴¹. Pelo contrário, o número seguinte do mesmo preceito legal esclarece que não podem ser impostas às entidades reguladoras cativações de verbas sobre os montantes das respetivas receitas próprias ou a sujeição à autorização dos membros do Governo para

celebração de contratos ou realização de despesa. Contudo, ressalva o regime do artigo 45.º da LQER, o qual estabelece importantes restrições à independência financeira das entidades reguladoras, como veremos.

Por fim, impõe-se sublinhar uma alteração relevante e favorável à independência *de jure* introduzida pelo mesmo legislador de 2020. Segundo o novo n.º 10 do artigo 32.º da LQER, a gestão do pessoal, incluindo a contratação de trabalhadores, não está sujeita a parecer dos membros do Governo.

Os novos Estatutos da ERSE, da AdC e da ANACOM

Desde 2013, data da entrada em vigor da LQER, os estatutos da ERSE foram objeto de três alterações:

- decreto-lei n.º 84/2013, de 25 de junho;
- decreto-lei n.º 57-A/2018, de 13 de julho;
- decreto-lei n.º 76/2019, de 3 de junho.

O legislador de 2013 veio completar a transposição das já mencionadas diretivas n.º 2009/72/CE e 2009/73/CE, e estabelecer explicitamente o regime de autonomia e independência funcional da ERSE. Por conseguinte, a proclamação da «Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) como pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente» passou a resultar expressamente do artigo 1.º, n.º 1, dos estatutos. Além disso, o número 2 passou a consagrar, *ex professo*, «a sua autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência

orgânica, funcional e técnica e de património próprio», atribuindo-lhe «poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios».

O decreto-lei n.º 57-A/2018, de 13 de julho, por sua vez, introduziu a quarta alteração aos estatutos da ERSE. Foi aprovado na sequência do alargamento²⁴² à regulação da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) do setor do gás de petróleo liquefeito (GPL), em todas as suas categorias, nomeadamente engarrafado, canalizado e a granel, assim como dos setores dos combustíveis derivados do petróleo e dos biocombustíveis.

Refira-se por último o decreto-lei n.º 76/2019, de 3 de junho, cujas alterações não produzem impacto nos indicadores de independência *de direito* adotados no âmbito da presente investigação.

No que se refere à AdC, os estatutos em vigor foram aprovados pelo decreto-lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, o qual procede à adaptação dos estatutos na sequência da revisão do regime jurídico da concorrência, em 8 de maio de 2012, e da aprovação da LQER. No essencial, em relação aos aspetos que são objeto da presente investigação, os atuais estatutos da AdC limitam-se a decalcar o regime plasmado na LQER.

Há apenas que sublinhar a definição detalhada do modelo de financiamento da Autoridade da Concorrência, em execução do previsto no regime jurídico da concorrência. Nos termos do artigo 35.º da atual versão dos estatutos, «o financiamento da AdC é assegurado, nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do regime jurídico da concorrência, pelas prestações das entidades reguladoras sectoriais,

bem como pelas taxas cobradas no âmbito da atividade específica da AdC»²⁴³.

Por outro lado, o legislador manteve a possibilidade de reversão de decisões da Autoridade da Concorrência, no contexto de um recurso extraordinário herdado da versão anterior²⁴⁴. Trata-se da possibilidade de recurso para o membro do Governo responsável pela área da economia, das decisões de proibição adotadas em sede de controlo de concentrações de empresas, assegurando-se uma «margem excecional de salvaguarda dos benefícios resultantes da operação de concentração para a prossecução de outros interesses jurídicos não menos relevantes»²⁴⁵.

Por último, o decreto-lei n.º 39/2015, de 16 de março, aprovou a atual versão dos estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), adaptando-os ao regime da LQER²⁴⁶.

No essencial, os novos estatutos das entidades reguladoras referidas e que constituem o objeto da presente investigação ajustam-se às novas regras da lei-quadro, na sua versão inicial, pelo que são esses os indicadores de independência *de direito* a ter em conta. As alterações introduzidas à LQER em 2017, analisadas *supra*, ainda não foram acolhidas nos estatutos vigentes.

Algumas fraquezas jurídico-constitucionais do novo enquadramento regulatório

A LQER estabelece, no seu direito de adaptação e transitório, que os estatutos das entidades reguladoras existentes deveriam ser

adaptados por decreto-lei à lei-quadro, no prazo de 90 dias após a sua entrada em vigor.

Cabe, porém, realçar que tecnicamente a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras reveste a natureza jurídico-constitucional de lei de valor reforçado *em sentido impróprio*²⁴⁷, pela sua parametricidade material, embora dotada de resistência passiva diminuta, considerando que não se encontra protegida por nenhum dos critérios constitucionais determinadores dessa proeminência relativamente a outros atos legislativos.

Este facto, somado a outros que relataremos de seguida, comporta algumas fragilidades jurídico-constitucionais, atenta a suscetibilidade, constante, da respetiva derrogação por cada um dos estatutos a aprovar.

Da análise jurídico-constitucional do enquadramento regulatório nascido da LQER, cabe-nos formular as seguintes observações:

I. Em primeiro lugar, num prisma estritamente jurídico-constitucional, a presente lei não integra a reserva parlamentar, absoluta²⁴⁸ ou relativa²⁴⁹, pelo que regula uma matéria da esfera concorrencial das competências legislativas do Governo e do Parlamento. Ambos os órgãos podem, efetivamente, aprovar leis-quadros e «proceder, reciprocamente, ao respetivo desenvolvimento, densificação e revogação»²⁵⁰.

Assim sendo, os decretos-leis que aprovarem os estatutos específicos dos reguladores, na medida em que não invoquem expressamente a LQER, a título de «autovinculação material» (*cf.* artigo 112.º, n.º 3, *in fine*, da CRP), poderão contrariar o seu regime comum, sem riscos

de inconstitucionalidade ou ilegalidade²⁵¹. Com efeito, as normas da LQER, enquanto «normas primárias sobre a *normação*»²⁵², definem parâmetros materiais e procedimentais, se os decretos-leis que vierem a aprovar os estatutos dos reguladores as decidirem invocar livremente, investindo-as de «supremacia hierárquica material»²⁵³. Só nesse caso é que essas normas ficam investidas de supremacia hierárquica material. Por conseguinte, a LQER é considerada uma «lei reforçada de eficácia diminuída» ou «lei reforçada cartaz».

Como tal, na eventual ausência de invocação expressa da LQER, a imposição de adaptação dos estatutos das atuais entidades aprovadas por decreto-lei não passa de uma mera recomendação, desprovida de consequências jurídico-constitucionais.

Em consequência, cabe formular as seguintes premissas:

1. O detalhe da lei e a cláusula de prevalência do n.º 2 do art.º 1º da mesma (prevalência sobre a legislação especial em vigor) poderão conduzir à derrogação tácita de muitas normas dos referidos estatutos, aprofundando a incerteza jurídica.
2. A norma da LQER que reclama a forma de decreto-lei para os estatutos de cada uma das entidades não pode ser interpretada à revelia do princípio constitucional da fixação das competências legislativas²⁵⁴.
3. Assim, cabe lembrar que as competências dos órgãos de soberania constituem reserva de Constituição (*cf.* artigo 110.º, n.º 2, da CRP), pelo que nada impede a Assembleia da República de aprovar por

lei esses estatutos nem o Governo de aprovar um novo decreto-lei de enquadramento.

4. Um entendimento distinto conduziria à legitimação da criação de uma reserva legislativa de origem legal, o que constituiria uma ingerência inconstitucional, inadmissível, nas competências legislativas da Assembleia da República e do Governo.

Deste modo, na sequência das dificuldades jurídico-constitucionais demonstradas *supra*, retomamos a proposta, *de jure constituendo*, no sentido de o legislador de revisão constitucional integrar a matéria relativa à criação das entidades reguladoras independentes no elenco da reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República²⁵⁵, configurando uma verdadeira e própria reserva de Parlamento.

II. Em segundo lugar, o art.º 19º, n.º 7, da LQER remete implicitamente para decreto-lei (que aprova os estatutos das entidades) a definição de outras incompatibilidades e impedimentos dos membros dos conselhos de administração. Incidindo tal norma sobre matéria que integra a reserva relativa da Assembleia da República²⁵⁶, o Governo só pode legislar na presença de uma norma específica habilitante²⁵⁷, expressa, sob pena de inconstitucionalidade orgânica do decreto-lei a produzir.

III. Por outro lado, apesar de revestir um peso diverso dos critérios *supra* analisados, a forma do instrumento jurídico a adotar para a aprovação dos estatutos não é irrelevante. A forma pode, com efeito, constituir um garante adicional de independência (*formal criteria*), na medida em que configure um obstáculo robusto a uma constante

ameaça política de alteração legal dos objetivos regulatórios (*de facto criteria*), variando em função da respetiva proveniência, parlamentar ou governamental, e da sua natureza legislativa ou regulamentar²⁵⁸.

Em consequência, atenta a posição jurídico-constitucional do decreto-lei na esfera da repartição das competências legislativas, nos termos expostos, impõe-se a conclusão de que a opção da aprovação dos estatutos por decreto-lei constitui um fator adicional de enfraquecimento da suposta independência *de direito* que deveria resultar do novo enquadramento jurídico das entidades reguladoras.

IV. Por fim, cabe denunciar e condenar a multiplicação, na LQER e nos estatutos *sub judicio*, de normas genéricas atributivas de competência regulamentar²⁵⁹. Esta técnica legislativa revela-se constitucionalmente desajustada, em especial em contexto de reserva de lei, área que deve manter-se absolutamente imune às normas produzidas no âmbito da função administrativa. Desde logo, tais normas, habilitações genéricas, são inconstitucionais quando incidem sobre matérias que devam ser, por expressa imposição constitucional, objeto de regulação por ato legislativo, configurando um reenvio normativo atentatório do princípio constitucional da tipicidade da lei²⁶⁰ e da reserva de lei.

Mesmo no perímetro exterior do âmbito material da reserva, há que ter presente a exigência constitucional da definição da competência objetiva e subjetiva dos regulamentos a produzir, nos termos do artigo 112.º, n.º 7, da CRP.

Ora, pela nossa parte, não temos dúvidas²⁶¹ de que a conformidade constitucional das normas que remetem genericamente para o poder regulamentar das entidades reguladoras depende da sua interpretação

no sentido da exigência dos princípios da dupla habilitação²⁶², concretização e determinação das matérias a regular. Não basta a mera referência a fins ou objetivos genéricos²⁶³ para que este poder seja legitimamente acionado²⁶⁴.

A atribuição de poder regulamentar às autoridades administrativas independentes assume-se como uma das particularidades²⁶⁵ jurídicas mais destacadas, em comparação com os poderes conferidos às restantes administrações. Configura uma técnica legislativa comum no direito europeu e cada vez mais frequente no contexto constitucional norte-americano, pelo que, sem questionar a sua admissibilidade, a doutrina especializada prefere discutir a legitimidade das habilitações em branco ou excessivamente vagas²⁶⁶.

Ainda assim, alguma doutrina reconhece, mesmo em sede de direito sancionatório público, a possibilidade de emissão de regulamentos executivos que possam: i) integrar os tipos infratores que remetam para regras do direito da União Europeia, ou ainda ii) por reflexo ou incorporação, em sentido lato, das regras ou dos critérios empregados por organismos internacionais, encarregados de fixar parâmetros sobre determinada matéria^{267,268}. Um corolário jurídico do dever do Estado de assegurar uma correta transposição de diretivas comunitárias e de aplicação do direito comunitário²⁶⁹.

2.2.4. Síntese

Considerando o regime normativo criado pela LQER, há que sujeitá-lo ao exame da independência *de direito*, confrontando-o com as seguintes questões:

- Salvaguarda a LQER a independência *de direito* das entidades reguladoras?
- Tornou a LQER as entidades reguladoras mais independentes *de direito*?

No que se refere à segunda questão, a evolução deverá necessariamente ter como base de comparação o enquadramento jurídico vigente antes da entrada em vigor da LQER.

i. Salvaguarda a LQER a independência *de direito* das entidades reguladoras?

Em matéria de independência *de direito*, impõe-se identificar tópicos verdadeiramente problemáticos resultantes do novo regime, compatíveis com níveis de mera «autonomia reforçada»²⁷⁰, alheios ao prometido perfil de independência. Embora o legislador tenha conseguido esboçar algumas garantias de independência relevantes perante os regulados, foi claramente negligente na demarcação dos reguladores em relação ao poder político.

I. (*Appointment procedure*) Em primeiro lugar, a forma adotada de designação dos membros do conselho de administração constitui uma debilidade na escala da independência *de direito* das entidades reguladoras²⁷¹. Impõe-se concluir que a LQER descuidou, incompreensivelmente, qualquer preocupação garantística, posto que os membros dos reguladores continuam a ser nomeados pelo Governo, sem prejuízo das audições do Parlamento e da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração. Estas intervenções são equiparadas pela doutrina à audição do Office of the Commissioner

for Public Appointments²⁷² na designação dos *non-departmental public bodies* (ou *quangos*) britânicos^{273,274,275}.

Há que reconhecer, no entanto, que a alteração introduzida em 2017 ao regime de designação dos membros do conselho de administração revela-se, na sua essência, positiva, pois implica a valorização da intervenção do Parlamento em detrimento do parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (CReSAP). Com efeito, a lei passou a exigir um parecer conclusivo da Assembleia da República sobre o candidato à designação. Esse parecer não deixa, porém, de se revestir de uma natureza meramente consultiva. Sem depreciar a eficácia da pressão mediática exercida sobre um candidato eventualmente designado contra um parecer parlamentar conclusivo negativo, a verdade é que o mesmo não preclui tal nomeação.

Não existem modelos perfeitos, mas uma solução inspirada no modelo norte-americano aconselharia a previsão de um ato jurídico complexo de designação, que envolvesse a intervenção de uma pluralidade de órgãos e/ou a designação desses membros pela maioria qualificada (dois terços) de um órgão parlamentar. Nesta senda, *de jure constituendo*, atenta a configuração específica do sistema de governo semipresidencialista português, a designação poderia, por exemplo, caber ao presidente da República, sob proposta do Governo²⁷⁶. Neste contexto, aliás, a doutrina nota que a LQER se encontra «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»²⁷⁷. A seleção dos potenciais candidatos à designação (*Selection procedure*) poderia

resultar de concurso público (*self application*), opção claramente mais vantajosa em termos de independência *de direito*²⁷⁸. Este modelo, devidamente concretizado, alarga consideravelmente o número de potenciais candidatos a designar, privilegia as competências técnicas e o saber especializado, minimizando o risco de opacidade e falta de transparência na definição dos potenciais membros do regulador. Na prática, os candidatos apresentam as suas candidaturas a um comité de seleção, à semelhança do que acontece, por exemplo, entre nós, no âmbito do procedimento de seleção nacional dos candidatos a juiz português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos²⁷⁹. É também o modelo utilizado no Banco de Inglaterra²⁸⁰. Neste caso, a designação compete ao monarca, por proposta do primeiro-ministro, na sequência da realização de um concurso público, precedido de um anúncio público. Os candidatos são sujeitos a várias entrevistas, devendo ainda apresentar «*an advanced understanding of financial markets and good economic knowledge*»²⁸¹.

II. (*Term office limit*) Em segundo lugar, quanto ao estatuto dos membros do conselho de administração, pese embora a definição de um mandato único e mais longo (seis anos), a LQER admite, como vimos, a sua renovação seis anos depois²⁸² (*Renewability of appointment*). Uma possibilidade que enfraquece tendencialmente as garantias jurídicas de independência, geralmente associada à não-renovação dos mandatos. Alguma doutrina realça, porém, a utilidade desta norma, a qual, «a par da regra da designação do n.º 7, do artigo 17.º [que visa impedir os designados «testamentos eleitorais»], evita a coincidência entre os ciclos políticos e o exercício do mandato»²⁸³.

A possibilidade de renovação, mesmo *a posteriori*, atenua o nível elevado de independência formal que decorreria da definição de limites definitivos.

A lei deveria, porém, acautelar o fenómeno de porta giratória (*regulatory revolving door*) entre reguladores. Este conceito é habitualmente associado ao trânsito de reguladores para os regulados, movimento que a lei tenta minimizar através da construção de impedimentos e incompatibilidades após a cessação dos mandatos. A mesma lei é, todavia, absolutamente omissa quanto ao exercício de mandatos sucessivos em diferentes reguladores, o qual equivale, *de facto*, à renovação de mandatos, estimulando a perceção da regulação como uma carreira.

III. (*Dismissal procedure*) O estatuto de inamovibilidade atribuído pelo legislador aos membros dos conselhos de administração foi objeto de uma ostensiva desvalorização, tendo gerado pontos fracos relevantes, suscetíveis de abalar o nível de independência *de direito* das entidades reguladoras, remetendo-a para escalões baixos. Repare-se que o conselho de administração pode ser dissolvido e os seus membros destituídos mediante resolução do Conselho de Ministros fundamentada *em motivo justificado*²⁸⁴. Impõe-se denunciar que as causas justificativas desse poder de destituição extraordinário, elencadas pelo legislador, não são graves nem excecionais.

A lei admite essa justificação sempre que se verifique «falta grave», a qual é aferida em relação a critérios algo fluidos, eventualmente redutíveis a juízos de oportunidade e de pura conveniência política, atenta a respetiva incompletude. Nomeadamente, pode estar em causa «o não cumprimento das obrigações de transparência e informação

no que respeita à atividade da entidade reguladora»²⁸⁵ ou «o incumprimento substancial e injustificado do plano de atividades ou do orçamento da entidade reguladora».

Acresce a esse regime, dificilmente conciliável com a qualificação jurídica de independência, que «a eventual responsabilidade individual ou coletiva deve ser apurada em inquérito devidamente instruído, por entidade independente do Governo», uma solução incompreensivelmente marginal e *ad hoc*, geradora de perplexidades adicionais. O ordenamento jurídico português prevê os meios jurídicos administrativos e contenciosos de escrutínio da responsabilidade no exercício de cargos públicos, aplicáveis a todos os titulares.

IV. (*Independence formally stated*). A LQER apregoa a independência orgânica, funcional e técnica no artigo 3.º, através da exclusão expressa de poderes de superintendência e tutela e da proibição de o Governo formular recomendações ou diretivas (art. 45.º, n.º 1). Porém, a assertividade aparentemente contida em tais afirmações sofre um rude golpe nas linhas seguintes. Como vimos, «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; outros atos de incidência financeira cuja aprovação prévia se encontre prevista nos estatutos» (*Formal obligations*).

Efetivamente, abundam manifestações de uma certa «zona cinzenta jurídica de condicionamentos e intervenções exógenas (em particular do Governo) na atuação das autoridades reguladoras autónomas que convive mal com a afirmação geral de autonomia ou independência»²⁸⁶.

Note-se que as aprovações elencadas 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»²⁸⁷.

A lei não densifica nem concretiza os conceitos indeterminados elencados, suscetíveis de legitimar intervenções importantes nos orçamentos dos reguladores. Uma solução que representa uma claríssima tutela, *sui generis*²⁸⁸, preventiva de legalidade e de mérito financeiro sobre os orçamentos dos reguladores²⁸⁹.

Na sua génese, a LQER foi profundamente marcada pelo clima de austeridade financeira. Volvidos, no entanto, alguns anos e perdidas as oportunidades das alterações legislativas de 2017 e de 2020²⁹⁰, a verdade é que o legislador fortaleceu significativamente — no seu artigo 45.º — os poderes de intervenção governamental em detrimento da independência. Mesmo em 2020, o legislador impôs a coexistência da proibição das cativações de verbas próprias com o regime do mesmo artigo 45.º, que manteve intacto. O legislador não granjeou a conciliação entre a independência financeira devida e os princípios da plenitude e do controlo orçamental, ainda hoje omnipresentes.

V. Há ainda que sublinhar a tentativa de «presidencialização» dos reguladores, através da atribuição de um poder de veto ao presidente do conselho de administração relativamente «a deliberações do conselho de administração que repare contrárias à lei, aos estatutos ou ao interesse público»²⁹¹. A lei prevê, porém, que essas deliberações venham «a ser aprovadas após novo procedimento decisório, incluindo a audição das entidades que o presidente ou quem o substituir repare convenientes». A doutrina nota assertivamente

que este veto presidencial subverte o papel da colegialidade, enquanto manifestação da independência das entidades reguladoras, uma vez que o pluralismo na respetiva composição «favorece a troca de experiências e o confronto entre diversos saberes»²⁹². Trata-se de uma solução que belisca ostensivamente a independência, «pois confere a um Presidente da confiança de quem o nomeia, o Governo, um poder de impedimento sobre a maioria dos restantes membros»²⁹³.

VI. O estatuto remuneratório, por sua vez, é definido por uma comissão de vencimentos, que deve observar um conjunto de critérios definidos na lei. Efetivamente, já não depende de um despacho ministerial. Porém, essa comissão é composta por três membros, dois dos quais indicados pelo Governo e «um terceiro indicado pela entidade reguladora, que tenha preferencialmente exercido cargo num dos órgãos obrigatórios da mesma, ou, na falta de tal indicação, cooptado pelos membros referidos nas alíneas anteriores». Ou seja, mantém-se um nível baixo da independência *de direito*.

VII. Pelo exposto, não obstante alguns aspetos positivos — que evidenciaremos mais à frente —, parece-nos evidente que a nova LQER não salvaguarda a independência *de direito* das entidades reguladoras.

Ao invés, em alguns casos, oportunamente sinalizados, a LQER veio mesmo agravar os constrangimentos que já resultavam do enquadramento jurídico anterior, ao arrepio das abundantes promessas políticas e das vinculativas imposições jurídicas de independência.

Em suma, respondendo à questão formulada, a LQER, *per se*, não salvaguarda a independência *de direito* dos reguladores.

E tornou as entidades reguladoras mais independentes *de direito*, em comparação com o enquadramento jurídico vigente antes da entrada em vigor da LQER? Responderemos de seguida.

ii. Tornou a LQER as entidades reguladoras mais independentes *de direito*?

O enquadramento jurídico anterior à vigência da LQER era excessivamente fragmentado e, considerando os indicadores propostos por Gilardi e Maggetti em 2011, flagrantemente deficitário em matéria de independência *de direito* das entidades reguladoras.

I. Em relação à primeira dimensão de escrutínio (*Chairperson or management board*), proposta pelos autores citados, considerando as evoluções estatutárias da ERSE, da AdC e da ANACOM — exaustivamente analisadas *supra* —, cabe concluir que a LQER não alterou o quase insignificante nível de independência *de direito*, herdado do regime anterior, sobretudo em relação ao poder político. Ou seja, *não mudou a natureza prévia dos reguladores da economia*²⁹⁴, as quais se mantêm como «autoridades semi-independentes»²⁹⁵.

Os membros do conselho de administração continuam a ser nomeados pelo Governo, por resolução do Conselho de Ministros (*Appointment procedure*), após audição parlamentar e parecer, meramente consultivo, da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública. Acresce que a definição do respetivo estatuto remuneratório se mantém nebulosa, porquanto continua na dependência de um juízo *ad hoc* e subjetivo de uma Comissão de Vencimentos composta maioritariamente por membros designados pelo Governo.

Por outro lado, a lei consagrava a inamovibilidade (relativa) dos membros do conselho, mas admitia a respetiva exoneração, antes do termo do prazo da nomeação, nos casos de «falta grave [conceito indeterminado] comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de quaisquer outras obrigações inerentes ao cargo» (*Dismissal Procedure*).

Neste ponto nevrálgico das garantias de independência *de direito*, a LQER retomou a proclamação genérica de que os mandatos não cessam antes do seu termo, pretendendo sugerir que as exceções são supostamente extraordinárias. Não obstante, pulverizou o novo regime jurídico de novos conceitos indeterminados, os quais, na prática, possibilitam e estimulam a destituição com base em apreciações de mérito, considerando a possibilidade de dissolução do conselho de administração e de destituição dos seus membros, mediante resolução do Conselho de Ministros fundamentada «em motivo justificado»²⁹⁶, nos termos expostos *supra*.

Cumprir ainda salientar que, ao invés do enquadramento jurídico anterior, a LQER veio fixar limites uniformes à renovação dos mandatos (*Renewability of appointment*), os quais foram alargados para seis anos (*Term of office*). Enquanto os estatutos da AdC, por exemplo, permitiam que os mandatos fossem renovados uma vez, no caso da ANACOM a renovação era absolutamente vedada pela lei. Os atuais limites legais são, porém, relativos, posto que os mandatos apenas não são (*imediatamente*) renováveis²⁹⁷, podendo os membros do conselho de administração ser providos seis anos após a cessação do mandato anterior (*Renewability of appointment*).

Sem prescindir da conclusão ensaiada, considerando as alterações introduzidas pela LQER, é possível identificar alguns pontos positivos na evolução do tratamento normativo nacional da independência *de direito*. A lei anterior já denotava indubitavelmente alguma preocupação — pelo menos, textual — em garantir a proclamação nominal de independência do regulador.

Neste contexto, ao contrário — por exemplo — dos estatutos anteriores da ERSE que não exigiam quaisquer requisitos específicos, a LQER veio definir que os membros do conselho de administração a escolher sejam «indivíduos com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respetivas funções»²⁹⁸ (*Formal requirements of Independence*). Efetivamente, no caso da AdC, os estatutos já exigiam a designação de pessoas de reconhecida competência, com experiência em domínios relevantes para o desempenho das atribuições cometidas à Autoridade. No caso da ANACOM, a lei exigia «reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional».

Por outro lado, a LQER optou por substituir um regime de incompatibilidades, vago e ambíguo, por regras mais detalhadas e exigentes (*Compatibility with other offices*)²⁹⁹ na densificação das atividades cujo exercício é incompatível durante o mandato. Por sua vez — ao contrário, por exemplo, do regime anterior da ERSE que não previa quaisquer incompatibilidades e impedimentos após o termo dos mandatos (*Compatibility with other offices*) —, a LQER estende as incompatibilidades e os impedimentos após a cessação dos mandatos, durante um período de dois anos. No caso da AdC, esse regime não constitui novidade.

II. Quanto ao segundo grupo de indicadores apontados por Gilardi e Maggetti em 2011 (*Relationship with elected politicians*), a lei-quadro manteve, no essencial, as características *de direito* indiciadoras de uma quase total adstrição dos reguladores à tutela (*Formal obligations*), localizando-os em níveis bastante baixos do pódio da independência.

Por um lado, manteve a proclamação estatutária de que os membros do conselho de administração «são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas» (*Independence formally stated*). E, na verdade, excetuando o recurso extraordinário previsto nos estatutos da AdC, não estão previstas nenhuma forma de revisão ou superação político-administrativa das decisões da ERSE de âmbito regulatório (*Overturning of decisions*).

Contudo, em toda a evolução estatutária analisada, diversos aspetos da atuação da entidade reguladora continuam sujeitos à tutela do ministro da Economia e das Finanças (*Formal obligations*). Em consequência, para além do dever de prestar informações ao ministro da tutela «sobre a execução dos planos de atividades, anuais e plurianuais, bem como dos orçamentos e respetivos planos plurianuais», esses mesmos instrumentos essenciais de atuação dos reguladores continuam sujeitos a aprovação prévia do Governo, cujos motivos de recusa a LQER acrescentou.

Ainda neste contexto, há que notar que a LQER criou um conjunto de novos deveres, enquadráveis na intensificação da *accountability* das autoridades administrativas independentes. Assim, estabeleceu regras de transparência³⁰⁰ e de prestação de informação³⁰¹ (*Formal obligations*), perante a Assembleia da República e o Governo, sem

prejuízo do dever de os membros dos órgãos das entidades reguladoras se apresentarem perante a comissão parlamentar competente, para prestar informações ou esclarecimentos sobre a respetiva atividade.

Tais elementos, porém, de *accountability* são muito limitados³⁰².

III. É evidente, no capítulo financeiro e organizacional (*Finances and organization*), que a independência *de direito* dos reguladores se mantém em níveis irrisórios, mesmo incipientes (*source of the budget; agency's internal organization; control of human resources*). Em alguns casos, conforme diagnosticado *supra*, é mesmo possível identificar um fortalecimento dos poderes de intervenção governamental nos reguladores.

Da análise aos estatutos anteriores à lei-quadro, era possível distinguir³⁰³: i) um conjunto de entidades que já beneficiavam de autonomia financeira reforçada, como é o caso da ANACOM; ii) um conjunto de entidades que, não obstante as dotações em receitas próprias, se encontravam sujeitas às regras da contabilidade pública e às fortemente restritivas regras dos fundos e serviços autónomos, como é o caso da ERSE.

Por um lado, a LQER insiste nas receitas próprias das entidades reguladoras (*Source of the budget*)³⁰⁴ e, quanto ao regime orçamental e financeiro³⁰⁵, exclui, como vimos, a aplicabilidade das regras da contabilidade pública e do 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. Em consequência, tais regras deixam de ser aplicáveis na parte do orçamento dos reguladores que não dependa de dotações

do Orçamento do Estado ou que não provenha da utilização de bens do domínio público³⁰⁶. No que se refere às suas receitas próprias, o regime financeiro aplicável deixa de ser o dos serviços e fundos autónomos para passar a ser o das entidades públicas empresariais³⁰⁷ e criam-se regras de tesouraria e reporte específicos. Essa clarificação foi feita pelo legislador, em termos algo ambíguos, na alteração de 2020 analisada *supra*.

Em contrapartida, no que se refere às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado, continua a ser-lhes aplicável o regime dos serviços e fundos autónomos, nomeadamente em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos e cativações de verbas³⁰⁸.

Por outro lado, cumpre sublinhar que a dispersão regulatória, notada *supra*, relativamente ao enquadramento jurídico anterior, não foi superada pela LQER. Conforme observa a doutrina, da conjugação da LQER com os estatutos já existentes de autoridades reguladoras e com várias normas aplicáveis a algumas autoridades reguladoras constantes da Lei de Enquadramento Orçamental, bem como com normas constantes das últimas leis de Orçamento de Estado, cabe concluir que a dispersão dá lugar «a um enquadramento muito fragmentado [...] que dificilmente é consolidado ou harmonizado»³⁰⁹ pela LQER.

IV. No que se refere ao pessoal, a LQER veio intensificar os impedimentos e as incompatibilidades dos titulares de cargos de direção ou equiparados das entidades reguladoras, durante e após a cessação das suas funções. Estas regras adquirem uma feição específica no caso da AdC³¹⁰, como vimos, porquanto a lei esclarece,

expressamente, que «a proibição referida respeita às empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os titulares de cargos de direção ou equiparados em causa tenham exercido funções».

V. No mesmo contexto (*Agency's internal organization e Control of human resources*), a LQER clarifica as competências do conselho de administração³¹¹, no âmbito da orientação e gestão da entidade reguladora. A tabela de remunerações do pessoal deixou de precisar de aprovação ministerial, bem como, nos termos da alteração legislativa de 2020, a gestão do pessoal, incluindo a contratação de trabalhadores, não está sujeita a parecer dos membros do Governo³¹².

VI. No que concerne ao último tópico de análise (*Regulatory competences*), a LQER veio incontestavelmente aperfeiçoar a atribuição de competências regulatórias, clarificando a exigência de atribuição de poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações a todas as entidades reguladoras objeto do seu âmbito de aplicação (*Rule-making; Monitoring; Sanctioning*).

Nesta análise, sufragamos as dúvidas suscitadas por alguma doutrina sobre certos aspetos essenciais do modelo regulatório resultante da LQER, antagónico de um modelo pleno de independência *de direito*. Assim, há que questionar, numa perspetiva de controlo dessa independência, o constrangimento da margem de apreciação das autoridades reguladoras para a realização de inspeções ou auditorias³¹³. Com efeito, a LQER faz depender essas inspeções

«de circunstâncias que indiciem perturbações no respetivo sector de atividades»³¹⁴. Ora, em certas áreas, 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»³¹⁵. A mesma doutrina contesta também a intervenção governamental nos processos de produção de normas³¹⁶.

Neste contexto, atentas as novas regras da Diretiva 2019/1, analisada *supra*, sobressai o contraste das normas da UE com o enquadramento jurídico nacional descrito. Consequentemente, a diretiva preocupa-se em garantir que «os Estados-Membros asseguram que as autoridades administrativas nacionais da concorrência estão em condições de realizar todas as inspeções necessárias sem aviso prévio nas empresas e associações de empresas, para efeitos da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE»³¹⁷. O artigo 7.º da diretiva prevê mesmo que, em alguns casos, os Estados-membros devem garantir que os reguladores nacionais da concorrência «podem realizar inspeções sem aviso prévio nas referidas instalações, terrenos e meios de transporte, sem prejuízo da autorização prévia de uma autoridade judicial nacional»³¹⁸.

Por fim, cabe notar a previsão legal de funções genéricas de assessoria técnica ao Governo³¹⁹, que nos remete para «certas relações algo atípicas de dependência das autoridades reguladoras em relação ao Governo»³²⁰.

2.3. Independência das entidades reguladoras *in action*

2.3.1. Introdução

Como acima referimos, a independência *in action* pode ser encarada como a capacidade efetiva de uma entidade reguladora de gerir a sua atividade regulatória diária. Esta definição abrange não apenas os mecanismos de controlo sobre a entidade reguladora que o poder político tem à sua disposição, em maior ou menor grau, mas é igualmente útil na identificação da influência da indústria sobre os reguladores.

Esta independência na prática está necessariamente relacionada com a margem de autonomia e os mecanismos de proteção contra influências indevidas que o legislador definiu. Contudo, está também dependente de outros dois fatores. Em primeiro lugar, o enquadramento legal permite sempre alguma margem de manobra. O entendimento que tanto o poder político quanto o regulador — e, em certa medida, até os próprios operadores do mercado — têm da independência definida pela lei pode variar. No caso português, a larga maioria dos estatutos é estabelecida por decreto-lei. Significa isto que a independência formal foi definida por quem, a dado momento, ocupa o poder, não refletindo necessariamente o consenso dos atores políticos sobre o modo de funcionamento das entidades reguladoras. Além disso, como veremos mais à frente, os governos podem fazer leituras diferentes da legislação que eles próprios aprovam, consoante as conveniências políticas do momento. Dificilmente existirá, portanto, entre os partidos políticos um consenso que permita assegurar uma interpretação comum e duradoura da independência formal. Em segundo lugar, a remanescência na lei de determinados

poderes e instrumentos de controlo não significa necessariamente que estes sejam utilizados na prática pelos governos. Por exemplo, de acordo com os estatutos que regem uma entidade reguladora, um ministro pode manter a prerrogativa de demitir um membro do conselho de administração, mas optar por não usar esse poder, ainda que a entidade tenha tomado decisões contrárias aos interesses do executivo.

O que nos propomos nas próximas páginas é analisar a independência *in action* das três entidades reguladoras em estudo — AdC, ANACOM e ERSE. Por outras palavras, em que medida os dados recolhidos sobre estas entidades reguladoras revelam liberdade para conduzirem, na prática, as suas atividades regulatórias, sem cedências ao poder político e/ou às empresas que regulam. Na secção seguinte, olhamos para os estudos empíricos já realizados sobre a independência *in action*, comparando países, setores e mapeando as diferentes metodologias utilizadas. Baseando a escolha dos indicadores possíveis para o caso português nos estudos de Gilardi e, em especial quanto à independência *in action*, de Maggetti, fazemos depois uma análise descritiva e comparativa dos dados recolhidos sobre as três entidades em questão. Por fim, comentamos individualmente as práticas identificadas em cada uma.

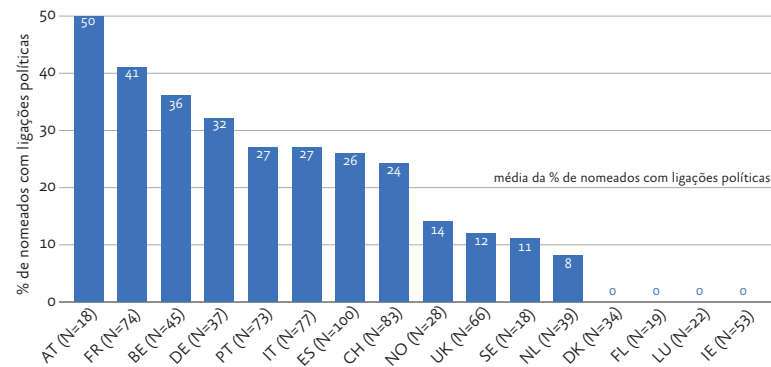
i. Perspetivas sobre a independência *in action*

Nos últimos anos, têm sido vários os estudos dedicados à independência dos reguladores na prática: a maioria dos autores europeus concentra-se nas relações com o poder político e menos nas relações com as empresas reguladas, ao passo que

os norte-americanos se têm focado nas ligações com estas últimas. Procedemos agora a um resumo dos principais indicadores e das conclusões a que as diversas análises empíricas têm chegado. Embora os diferentes estudos sobre a independência *de facto* tenham vindo a apresentar resultados distintos, fruto do recurso a indicadores e amostras diferentes, é seguro afirmar que as variações mais significativas se registam entre países e entre setores, e não tanto, por exemplo, entre Governos ou entre blocos regionais.

No campo das comparações entre países, parecem ser os de tradição corporatista e estatista que revelam maiores níveis de politização das suas entidades reguladoras independentes³²¹. A Áustria, França, a Bélgica, a Alemanha, Portugal, Itália, Espanha e a Suíça são os países em que a percentagem de indivíduos que exerceram cargos políticos nos conselhos de administração das entidades reguladoras é superior à média dos restantes países europeus. Os países nórdicos, seguidos dos anglo-saxónicos, são os que apresentam níveis mais baixos de ligações entre administradores e partidos políticos, conforme mostra a figura 2.1. seguinte³²².

Figura 2.1. Nomeações políticas em entidades reguladoras de países europeus



Fonte: Ennser-Jedenastik (2016).

Utilizando outro indicador — a taxa de sobrevivência dos presidentes dos conselhos de administração, ou seja, se cumprem o mandato até ao final —, parece também que Portugueses, Italianos e Espanhóis são os mais vulneráveis, em comparação com os restantes europeus³²³. Numa comparação anterior das quatro maiores economias europeias — Alemanha, França, Itália e Reino Unido —, concluiu-se que as entidades reguladoras italianas são as que atraem mais administradores com ligações partidárias, num total de 73% de todas as nomeações, em forte contraste com os restantes casos³²⁴. Em Espanha, cerca de 42% das nomeações nas suas 12 entidades reguladoras referem-se a indivíduos com ligações políticas³²⁵.

Outra conclusão de interesse é o facto de as entidades reguladoras que gozam de maior independência formal serem, na prática, sujeitas a maiores níveis de politização³²⁶. O poder político parece responder

à independência formal das entidades reguladoras — frequentemente impostas por diretivas europeias ou credores internacionais — com mais nomeações partidárias, acabando por minar o que é encarado como um mecanismo de credibilidade para potenciais investidores, isto é, a própria independência. Ora, estudos anteriores sobre os níveis de independência formal das entidades reguladoras europeias sugerem que são as entidades que regulam as *utilities*, ou seja, as indústrias assentes em grandes infraestruturas em rede, frequentemente antigos monopólios estatais, as instituições mais independentes³²⁷. Logo, é possível deduzir que são estas as entidades reguladoras mais suscetíveis de ser alvo de maiores níveis de politização.

As relações entre as empresas de setores regulados e as respetivas entidades reguladoras são ainda pouco estudadas de forma sistemática na literatura europeia. Ainda assim, há quase duas décadas, foram contabilizados os cargos que membros dos conselhos de administração das entidades reguladoras britânicas, francesas, germânicas e italianas tinham ocupado no setor privado, antes e depois dos seus mandatos³²⁸. No caso do Reino Unido, os números são impressionantes, uma vez que 71% dos administradores vinham do setor privado e 91% aí teriam encontrado emprego no fim do mandato. O caso alemão também se destaca à saída do cargo. Se, aquando da nomeação para a reguladora, apenas 8,3% dos indivíduos vinham do setor regulado, no fim do mandato 60% dos administradores ingressava numa empresa do setor. Estes valores devem, contudo, ser lidos com cautela: não só o estudo tem quase 20 anos, como a amostra tem uma dimensão reduzida.

Durante a crise financeira de 2007–2008, a literatura norte-americana foi rápida em recuperar a teoria da captura e aplicá-la ao seu contexto, em parte por haver mais dados disponíveis sobre canais

de influência (no que se refere a financiamento político por parte de cidadãos em empresas e dados sobre lóbi) do que na Europa, onde, alegaram alguns, os «burocratas da área financeira» têm uma maior probabilidade de passar grande parte de sua carreira no setor público³²⁹. Alguns estudos sobre a intensidade do lóbi sobre os poderes públicos, por um lado, e as portas giratórias entre regulados e reguladores, por outro, sugerem que a captura foi uma das grandes causas da crise³³⁰.

Em comparação com outros países, Portugal foi, como já vimos, pioneiro na adoção do modelo de reguladores independentes, inspirado sobretudo no modelo britânico. De resto, até foi pró-ativo em certos setores, como na eletricidade, onde a criação da ERSE precedeu a aprovação e transposição da diretiva comunitária que a tal obrigava. Nas últimas três décadas, passou por ondas significativas de privatização de serviços públicos e serviços do setor público, de maneira semelhante ao Reino Unido. Apesar de toda esta pró-atividade institucional, os mercados regulados em Portugal continuam a sofrer de falta de competitividade e eficiência, como demonstram sucessivas avaliações externas à economia portuguesa.

ii. Analisar a independência *in action*: indicadores

O estudo da independência *in action* das entidades reguladoras é um exercício difícil e desafiante, uma vez que se baseia mais em indicadores indiretos e em riscos potenciais do que em dados concretos, especialmente em comparação com a dimensão legal. Enquanto esta se baseia no determinado pela lei, a análise da independência na prática esbarra com inúmeros obstáculos.

O primeiro é a informalidade e até subtileza das eventuais influências ou intervenções na atividade das entidades reguladoras pelas partes interessadas, que não deixa um rasto possível de identificar. O segundo problema refere-se à falta de informação, mas que não se insere naquela categoria de informalidade de ordens ou pedidos. A recolha de dados está dependente da disponibilização de informação pública, o que, dependendo do espaço temporal ou da transparência das instituições, pode ser mais fácil ou mais difícil. Falamos, por exemplo, da falta de um registo de contactos entre reguladores e regulados, atas de reuniões ou até reporte oficial de membros dos conselhos de administração sobre as suas atividades profissionais. Mesmo dados consistentes sobre cortes orçamentais ou cativações impostas por parte do Governo são difíceis de obter. Um terceiro problema prende-se com um segundo nível de informalidade, marcada sobretudo por silêncios. São poucos os que admitem tentativas de intervenção na atividade regulatória e, quando tal acontece, é para demonstrar publicamente o seu repúdio, nunca para assumir que se cedeu a tais pressões. Mesmo as demissões antes do final do mandato são, na sua maioria e como veremos, justificadas de forma vaga por «motivos pessoais».

Alguns dos mais importantes estudos sobre esta matéria são de Martino Maggetti³³¹. O investigador suíço comparou 16 entidades reguladoras de três setores diferentes (banca e finanças, concorrência e telecomunicações) de 11 países europeus. A operacionalização da sua medida de independência *de facto* dividiu-se em duas dimensões com seis indicadores cada, conforme a tabela 2.1, e a recolha de dados efetuou-se através de um inquérito realizado junto dos responsáveis das entidades reguladoras selecionadas.

Tabela 2.1. Indicadores de independência *de facto* segundo Maggetti

Relação com o poder político	Relação com empresas reguladas
Proporção da porta giratória entre o pessoal da entidade reguladora e a administração pública sob tutela direta do ministro com a pasta do setor.	Proporção da porta giratória entre o pessoal da entidade reguladora e as empresas reguladas.
Frequência dos contactos entre a entidade reguladora e os serviços da administração pública.	Frequência dos contactos entre a entidade reguladora e as empresas reguladas.
Influência do poder político sobre o orçamento da entidade reguladora.	A adequação dos recursos financeiros da entidade reguladora às suas responsabilidades regulatórias.
Influência do poder político sobre a organização interna da entidade reguladora.	A adequação dos recursos organizacionais da entidade reguladora às suas responsabilidades regulatórias.
Peso das nomeações partidárias.	A proximidade da atividade profissional dos administradores com o setor regulado.
A vulnerabilidade política a que estão sujeitos os administradores, i.e., saídas antecipadas	As relações pessoais entre reguladores e regulados.

Fonte: Maggetti (2007; 2012).

Embora a natureza do estudo seja bastante ambiciosa, e os indicadores, de grande pertinência, tendo sido usados em vários estudos subsequentes, o método empregado por Maggetti na recolha da informação pode ser considerado problemático. Dada a informalidade de contactos e a perceção negativa relativamente a influências externas, as motivações dos reguladores para admitirem a captura ou a politização são diminutas. Como reconhece o próprio Maggetti, de resto, é impossível medir os processos informais de interferência

política ou empresarial, e algumas entidades são verdadeiras caixas negras. Outros autores optaram por se circunscrever a apenas alguns indicadores cuja informação fosse possível recolher de forma pública, não dependendo por isso da perceção ou disponibilidade dos envolvidos.

Indicadores de independência

Para o presente estudo, optámos por utilizar seis indicadores, divididos por duas dimensões, conforme disposto na tabela 2.2. Os indicadores «Perfil profissional dos administradores» e «Opções profissionais dos antigos administradores» oferecem dados que lhes permitem ser aplicados a ambas as dimensões da independência *de facto*.

Tabela 2.2. Indicadores de independência por dimensão

Indicadores	Dimensões	
	Independência do poder político	Independência do setor regulado
	Perfil profissional dos administradores	
	Opções profissionais dos antigos administradores	
	Recondução de administradores	Contencioso
	Número de saídas antecipadas	
	Execução orçamental e cativações	

Quatro dos mais frequentes indicadores medidos pela investigação académica estão relacionados com os membros dos conselhos de administração e o seu percurso. O perfil político e profissional dos nomeados fornece pistas importantes sobre a sua independência. No caso de Portugal, o Conselho de Ministros é o órgão responsável pela nomeação, após sugestão do ministro das Finanças e do ministro com a tutela do setor regulado. Ainda que, com a entrada em vigor da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e da sua revisão

em 2017, o Parlamento e a Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (CReSAP) tenham passado a ter uma participação no processo, a palavra final cabe sempre ao Governo. Esta é, de resto, uma das prerrogativas de que os partidos políticos não quiseram abdicar. A escolha dos membros dos conselhos de administração por concurso público nunca foi proposta nem debatida por nenhum grupo parlamentar ou Governo, e a nomeação pelo presidente da República foi rejeitada. Os governos têm, assim, a possibilidade de nomear os seus filiados, num exercício comum de patronagem política, com duas vantagens para os partidos. Por um lado, permite-lhes recompensar indivíduos com quem tenham dívidas políticas, nomeando-os para cargos onde serão inamovíveis por futuros governos e com remunerações acima da média da administração pública. Por outro lado, permite limitar as «perdas de agência», ou seja, a perda de controlo sobre a atuação da entidade reguladora decorrente do facto de esta ser independente. Embora a lei limite a interferência dos governos na atuação das entidades reguladoras, o facto de o conselho de administração ser constituído, ainda que de forma parcial, por membros próximos dos partidos pode garantir a estes últimos que a regulação é conforme aos seus interesses.

Se é expectável que os vogais com ligações político-partidárias sejam mais permeáveis aos interesses dos governos que os nomeiam, a mesma lógica pode ser aplicada aos indivíduos com ligações às empresas do setor regulado. Pode argumentar-se que as empresas não têm poder sobre as nomeações, por serem responsabilidade dos governos. Contudo, importa não esquecer que é frequente os partidos políticos manterem um relacionamento próximo com as empresas, particularmente as que foram ou são públicas. Assim, pode ocorrer a influência da indústria, filtrada por políticos amigáveis.

Quanto à experiência profissional no setor regulado, tem sido encarada de forma diferente pela literatura. Muitos consideram que pode ter mais benefícios do que desvantagens por permitir ultrapassar os já mencionados problemas de assimetria de informação. Quem vem do setor conhece o seu funcionamento por dentro e pode orientar o trabalho do regulador, em particular nas suas tarefas de supervisão. Todavia, pode também entender-se que a origem profissional do regulador pode levar à captura «cognitiva» ou cultural, provocada pela identificação de grupo e pelas redes sociais partilhadas, pelo que os riscos desta captura são maiores do que as potenciais vantagens de ter conhecimentos dentro do setor³³².

Um segundo indicador da independência das entidades reguladoras é a carreira profissional dos membros do conselho de administração após a cessação do mandato. Como vimos, o indicador sobre a origem política ou profissional parte da premissa de que a atuação do indivíduo nomeado pode ser influenciada pelos seus anteriores «patrões», partido político ou setor regulado. Já o indicador relativo às escolhas profissionais depois da saída da entidade reguladora sugere que o membro do conselho de administração pode ser influenciado com promessas de cargos profissionais ou políticos ou calculou que as teria, caso beneficiasse aqueles «patrões», numa espécie de reciprocidade de favores³³³. Este é um indicador frequentemente utilizado para medir a captura do regulador pelas empresas reguladas, mas cuja lógica pode facilmente ser aplicada na relação com os partidos políticos. Ainda que os mandatos sejam mais longos e não renováveis, os membros dos conselhos de administração podem ter tendência a favorecer os interesses dos partidos políticos que os nomearam com a expectativa de serem indicados para outros cargos públicos, assim que terminarem o mandato.

Estes dois indicadores constituem os elementos do fenómeno conhecido como portas giratórias, em que um determinado indivíduo circula entre o setor público e o privado, muitas vezes suscitando conflitos de interesse entre os cargos que ocupa dos dois lados. É o caso, por exemplo, de alguém que trabalhe numa empresa, siga para a entidade reguladora do setor em que trabalhou e, a seguir, regresse a essa empresa ou outra que opera no setor regulado. Contudo, também existem casos, embora menos estudados, de indivíduos que passam pelos três pilares: poder político, regulador e setor regulado.

Outros dois indicadores relativos aos membros do conselho de administração são a taxa de renovação de mandatos e o número de saídas antes do fim do mandato, também conhecido como uma medida da vulnerabilidade política dos administradores. Quando os vogais dos conselhos de administração não terminam o mandato, podem ter ocorrido várias situações: o indivíduo foi demitido, ou decidiu deixar o cargo voluntariamente, ou faleceu. Em muitos casos, os estatutos não permitem que os reguladores sejam demitidos por razões políticas. No entanto, como sublinhado por vários autores, é difícil distinguir demissões forçadas de voluntárias³³⁴. As saídas antecipadas logo a seguir à entrada de um novo executivo são particularmente sensíveis, porque, como explica Hanretty, «se os mandatos do conselho de administração e do executivo não coincidem, o facto de ocorrer uma demissão transmite a ideia em qualquer caso de que, na realidade, os mandatos devem coincidir. Se, por outro lado, o vogal saiu mais cedo, é porque foi forçado a renunciar ou o fez por sua própria vontade. Se foi forçado a renunciar, isso pode significar a aplicação de algum tipo de constrangimento ligado ao governo. Se o vogal abandonou o lugar

por vontade própria, isso pode refletir a crença de que o governo deve ter um novo começo para influenciar a escolha da próxima administração»³³⁵. Por isso, diversos estudos empíricos sobre a sobrevivência de entidades não maioritárias — bancos centrais, tribunais constitucionais ou entidades reguladoras — não fazem distinção entre diferentes razões apontadas e contabilizam todas as saídas antecipadas³³⁶.

A interferência na gestão financeira e orçamental das entidades reguladoras pode constituir também um canal de influência utilizado por um Governo. A independência financeira e orçamental é fundamental para a consecução dos objetivos da reguladora. A OCDE sublinhou a importância desse aspeto da independência das entidades reguladoras e chamou a atenção para o facto de que pode ser mais fácil influenciar um regulador reduzindo os recursos à sua disposição³³⁷. Se as entidades não gozarem de um controlo completo e claro sobre sua gestão, esta pode tornar-se um instrumento de pressão nas mãos dos governos³³⁸.

O indicador final refere-se à quantidade de recursos que os regulados interpõem em tribunal contra as decisões das entidades reguladoras. Mark Thatcher explica que «o número de desafios legais às decisões regulatórias sugere a existência de um conflito acentuado entre regulados e reguladores: uma ação legal representa um desafio público e hostil ao regulador e, portanto, sugere que este não foi capturado»³³⁹. Numa recolha sobre contencioso regulatório, alguns investigadores do Centro de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Universidade de Coimbra defenderam também que

os recursos das decisões regulatórias oferecem uma indicação de como os regulados se posicionam face aos poderosos reguladores.

Listados e explicados os diversos indicadores que utilizaremos para avaliar a independência *de facto* das entidades reguladoras portuguesas, passamos agora à descrição da recolha dos dados e à sua análise, indicador a indicador. Uma vez que a data de criação ou de atribuição do estatuto de independência varia, a baliza temporal dos dados recolhidos também é diferente consoante a entidade. Desta forma, no que se refere à ERSE, os dados recolhidos têm início em 1997; quanto à ANACOM, desde 1995; e relativamente à AdC, desde 2003.

2.3.2. Avaliação da independência *in action* nas entidades reguladoras selecionadas

i. Conselhos de administração: antes, durante e depois

Na medição dos indicadores relativos aos membros dos conselhos de administração, utilizamos uma base de dados pré-existente, onde se encontram codificadas informações públicas sobre as nomeações de indivíduos que ocuparam aqueles cargos. A principal fonte de informação sobre estes dados são os despachos de nomeação publicados em Diário da República, que contêm um resumo do currículo do nomeado, ou seja, os cargos profissionais e políticos anteriores. Apesar de oficial, essa fonte de informação apresenta duas deficiências: só se revela útil para traçar a trajetória profissional antes da nomeação para a entidade reguladora e não garante que o currículo descrito esteja completo. Além disso, entre os anos de 2005 a 2009, a maioria dos despachos de nomeação não incluiu o currículo

do nomeado. Por isso, a recolha de dados foi complementada com outra fonte primária de informações, a página oficial dos reguladores, que também disponibiliza o currículo dos administradores, atuais e anteriores. Para complementar ainda mais as informações sobre cargos anteriores, mas principalmente para recolher informações sobre a carreira pós-entidade reguladora, recorreremos a diferentes fontes e cruzámos informações, de modo a garantir a exatidão dos dados. Dependendo da carreira dos indivíduos, as fontes utilizadas foram, mais uma vez, o Diário da República, os meios de comunicação social *online*, as redes sociais de carácter profissional como o LinkedIn, bem como os *sites* institucionais dos atuais cargos dos antigos administradores, nomeadamente empresas, organizações internacionais, universidades ou organismos públicos. Na contabilização dos vínculos com a política e o setor regulado, codificamos a experiência profissional dos membros do conselho de administração de acordo com quatro categorias:

1. *Cargo político*: cargo no poder executivo ou legislativo (nos níveis nacional, regional ou local), no Parlamento Europeu ou nas principais estruturas dos partidos políticos. Como em Portugal a militância partidária não é um dado público, esse tipo de informação não foi considerado. Dentro dessa categoria, os dados foram refinados para incluir subcategorias de cargos políticos, ou seja, a) membros do Governo (ministros e secretários de Estado); b) adjuntos e assessores em gabinetes ministeriais; c) membros dos parlamentos nacional, regional ou europeu; d) outros, categoria na qual se incluem cargos nas estruturas partidárias ou em autarquias. Alguns nomeados ocuparam mais de um cargo político em diferentes períodos das suas vidas. Nesses casos, só se codificou a última posição antes da nomeação para a entidade reguladora.

2. *Alto cargo público*: posições de nomeação política, na administração direta e indireta, em empresas públicas ou noutros serviços com autonomia, nomeadamente noutros reguladores. A criação desta categoria prende-se com o facto de a distribuição de cargos públicos ser um elemento crucial da patronagem política, seja como instrumento de recompensa, seja para a manutenção de vínculos de lealdade com vista a ganhos políticos e eleitorais. De resto, já se referiu num estudo anterior que os dois principais partidos em Portugal possuem as chamadas «reservas de luxo», isto é, elementos com ligações partidárias fortes que são sempre nomeados pelo mesmo partido para cargos de alto escalão na administração pública³⁴⁰.

3. *Cargos em empresas do setor regulado*: no caso da Autoridade da Concorrência, dada a sua natureza transversal, foi considerado o exercício da advocacia na área da concorrência em sociedades de advogados.

4. *Sem filiação*: categoria aplicada a indivíduos que não passaram por nenhuma das experiências acima. Geralmente, os profissionais que se enquadram nessa categoria são académicos, advogados (exceto os especializados em concorrência e na respetiva agência) ou funcionários públicos não diretamente nomeados pelo Governo.

Estas categorias foram repetidas tanto para a experiência anterior à nomeação como para as opções profissionais dos membros dos conselhos de administração após o fim dos seus mandatos.

O perfil dos administradores nomeados

No que se refere aos indicadores relativos aos administradores das três entidades reguladoras em estudo, temos um total de 48

nomeações, das quais 13 se referem aos presidentes dos conselhos de administração. Como se pode ver na tabela seguinte, a ANACOM é a entidade com mais nomeações, uma vez que, para além de ter sido instituída mais cedo do que as demais, é a única que, desde 2006, tem cinco membros no conselho de administração, ao passo que a AdC e a ERSE têm apenas três.

Tabela 2.3. Distribuição do número de nomeações por entidade reguladora

	Frequência	Percentagem
AdC	11	22,9%
ANACOM	23	47,9%
ERSE	14	29,2%
TOTAL	48	100%

Na tabela 2.4. temos a distribuição da totalidade das 48 nomeações por experiência política e profissional anterior ao início de mandato na entidade reguladora. O total de frequências e percentagens não corresponde ao número exato de nomeações, ou seja, 48. A discrepância deve-se ao facto de alguns nomeados encaixarem em mais de uma das seguintes categorias dos «cargos anteriores»: cargo político, alto cargo público de nomeação política ou no setor regulado.

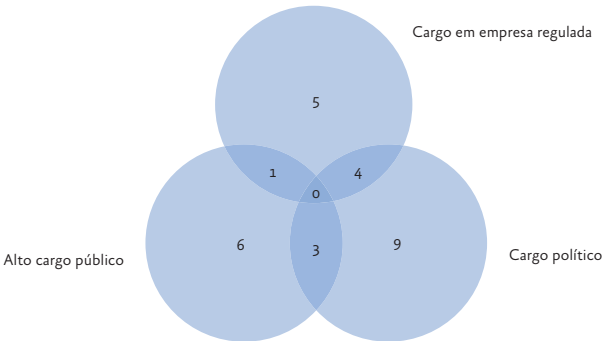
Tabela 2.4. Distribuição das nomeações para os conselhos de administração por categoria profissional

Cargos anteriores	Total dos membros do conselho de administração		Presidente do conselho de administração	
	Frequência	Percentagem	Frequência	Percentagem*
Sem filiação	18	37,5%	7	53,8%
Cargo político	18	37,5%	4	30,7%
Alto cargo público de nomeação política	10	22,9%	2	15,4%
Cargo no setor regulado	10	20,8%	2	15,4%

*As percentagens referem-se ao número de presidentes, ou seja, 13.

A figura 2.2. esclarece-nos melhor: três indivíduos têm experiência prévia numa empresa do setor regulado e num cargo político, outros três acumulam experiência anterior em cargos públicos e políticos, e uma pessoa tem currículo tanto no setor regulador como em cargos de nomeação política.

Figura 2.2. Sobreposição de experiências profissionais anteriores à nomeação



Estes números revelam um equilíbrio entre o número de nomeações de indivíduos que se poderiam classificar como independentes ou não filiados e o número de nomeações de natureza partidária. São as duas categorias com mais nomeações e ambas com o mesmo valor, 18 nomeações cada. Ao nível da presidência das entidades reguladoras, os valores alteram-se um pouco. Apesar deste equilíbrio no cômputo geral, existe uma tendência para que os presidentes das entidades reguladoras sejam independentes e não antigos políticos. Estes padrões de nomeação podem sugerir que existe uma tensão entre o desejo de controlar a entidade e a necessidade de a projetar como independente e de carácter técnico. Ao olharmos para os dados ao nível das entidades (na tabela 2.5), verificamos igualmente diferenças consideráveis entre as três.

Tabela 2.5. Distribuição das nomeações por experiência profissional anterior e entidade reguladora

	AdC		ANACOM		ERSE	
	Frequência	%	Frequência	%	Frequência	%
Cargo político	1	9%	10	43%	7	50%
Alto cargo público de nomeação política	5	45%	2	9%	3	21%
Cargo em empresa do setor regulado	3	27%	6	26%	1	7%
Restantes cargos	4	36%	8	35%	6	43%

Nota: Como anteriormente referido, o total de frequências (e percentagens) não corresponde ao número exato de nomeações (48), dado que alguns nomeados encaixam em mais de uma das categorias de «cargos anteriores».

A Autoridade da Concorrência apenas apresenta um indivíduo com experiência política, apesar de praticamente metade dos seus administradores já ter exercido cargos de nomeação política em organismos públicos. No outro extremo, metade dos membros dos conselhos de administração da ERSE têm ligações políticas, e se esta categoria for somada à relativa a «Alto cargo público de nomeação política», a ERSE é, das três entidades, a mais politizada, já que a ANACOM apresenta dez indivíduos com experiência política e dois com experiência em cargos de nomeação política, num total de 23. Ainda assim, tanto na ANACOM como na ERSE tem havido, a todo o momento, a presença de pelo menos um elemento com ligações partidárias em cada conselho de administração. Não houve um único ano, desde a criação de qualquer uma das duas entidades reguladoras, em que tal não se tivesse verificado. Outro aspeto a salientar prende-se com a cor política do Governo que assina a nomeação e a experiência política do administrador. Na sua larga maioria, os partidos tendem a nomear pessoas da sua cor política. Apenas quatro nomeações foram de indivíduos ligados a outros partidos que não o do Governo em funções.

Se as ligações entre membros dos conselhos de administração e partidos políticos são notáveis nas entidades que regulam antigos monopólios estatais, o mesmo padrão não se encontra nas relações com o setor regulado. A este nível, verificamos que os governos não têm por hábito recrutar nas empresas do setor, como resulta claro da tabela 2.5. Ainda assim, um quarto dos administradores tanto da ANACOM como da AdC teve já ligações anteriores, respetivamente, ao setor das telecomunicações e comunicações postais e da concorrência.

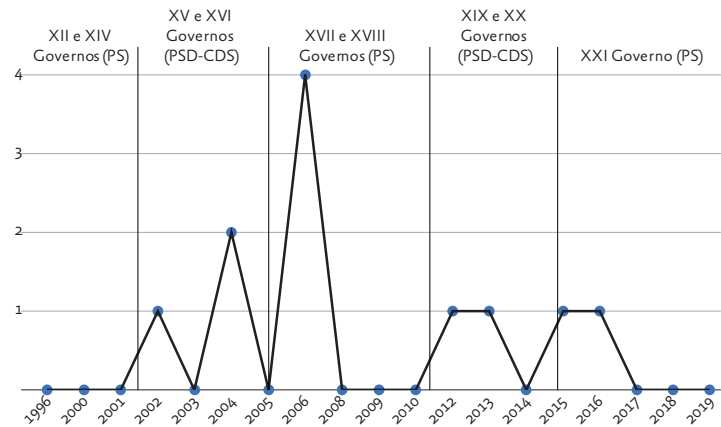
ii. Reconduções e saídas antecipadas

Nas entidades reguladoras portuguesas, nem as reconduções nem as demissões são frequentes. Quando determinados pela lei, os mandatos únicos e relativamente longos são considerados uma forma de assegurar a independência dos reguladores, uma vez que os detentores dos cargos não têm incentivos para agradar ao poder político. A não-renovação de mandatos, quando tal é legalmente possível, revela mais sobre a visão dos governos do que sobre a atuação dos reguladores. Demonstra, como sugere Hanretty³⁴¹, que os governos gostam de começar do zero e com as suas escolhas, em vez de herdarem nomeados de executivos anteriores. No contexto português, não há registo de segundos mandatos na Autoridade da Concorrência nem na ANACOM. Apenas dois indivíduos viram os seus mandatos renovados, ambos presidentes da ERSE. Contudo, as semelhanças entre os dois casos ficam por aqui. Num dos casos, trata-se de um indivíduo sem ligações partidárias, mas que foi nomeado duas vezes pelo mesmo primeiro-ministro. No segundo caso, o presidente da ERSE tinha experiência política e foi nomeado por governos de cores políticas distintas. Neste aspeto, ao impor um mandato único, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras não implicou numa alteração daquilo que vinha sendo a prática na maioria das entidades reguladoras.

Já as saídas antecipadas do cargo são mais frequentes. Dos 35 antigos membros dos conselhos de administração, 11, ou seja, quase um terço, não terminaram o mandato na data prevista. Desses 11, seis estavam nomeados para a ANACOM, três para a ERSE e dois para a AdC. Nem todas as demissões se devem a conflitos com o poder

político, a pressões ou a «motivos pessoais», como frequentemente se alega sem demais explicações. No entanto, com a exceção dos dois administradores que saíram para ocupar cargos políticos e outro que publicamente assumiu discordâncias com os colegas, todos os administradores que saíram antecipadamente fizeram-no pouco tempo depois da entrada de um novo executivo, como mostra a figura 2.3. Esta dinâmica temporal sugere que a mudança de ciclo político gera conflitos entre o novo executivo e os administradores, confirmando a proposta de Hanretty acima descrita. No entanto, ao contrário do que poderia ser expectável, não são os reguladores com ligações políticas que mais se demitem, mas sim aqueles que não apresentam qualquer filiação política ou com o setor regulado. Na verdade, dos 11 demissionários, apenas três tinham ocupado cargos políticos. As suas demissões ocorreram durante a vigência de governos de cor diferente daqueles que os tinham nomeado.

Figura 2.3. Distribuição de saídas antecipadas ao longo do tempo e por Governo



Nota. Em 2002, ano de transição entre governos, a saída antecipada deu-se já no XV Governo.
Em 2015, igualmente um ano em que estiveram no poder três executivos diferentes, a saída antecipada ocorreu já no XXI Governo, ou seja, no último executivo em funções nesse ano.

iii. A carreira pós-entidade reguladora

A monitorização da carreira dos antigos administradores após a entidade reguladora segue uma lógica semelhante da análise da sua experiência anterior, usando nomeadamente as mesmas categorias de codificação: cargo político, alto cargo público, cargo no setor regulado ou nenhuma filiação. Contudo, o número de casos em análise é mais reduzido, 35 nomeações apenas, uma vez que não são considerados os indivíduos cujo mandato na entidade reguladora se encontra em vigor (tabela 2.6). Dessas 35 nomeações, 11 correspondem a presidentes.

Tabela 2.6. Distribuição das nomeações por entidade reguladora

	Frequência	Percentagem
<i>AdC</i>	8	22,9%
<i>ANACOM</i>	16	47,9%
<i>ERSE</i>	11	29,2%
TOTAL	35	100%

A tabela 2.7. mostra a distribuição das carreiras dos administradores e dos presidentes por categoria profissional após o término do mandato (colunas da direita), comparando-as com as ocupações antes da nomeação (colunas da esquerda). Mais de metade dos administradores não segue para cargos políticos, públicos ou para o setor, embora seja possível que alguns destes se tenham aposentado ou desaparecido do radar da vida pública, não sendo assim possível seguir a sua vida profissional. Quatro dos administradores que seguiram para o setor regulado trabalhavam na ANACOM. Dos cinco que seguiram para altos cargos públicos, três foram nomeados para outras entidades reguladoras.

Tabela 2.7. Distribuição das carreiras dos administradores por categoria antes e após o mandato

Antes da entidade reguladora			Depois da entidade reguladora	
Presidente do conselho de administração	Totalidade dos membros do conselho de administração		Totalidade dos membros do conselho de administração	Presidente do conselho de administração
Frequência (percentagem)	Frequência (percentagem)	Cargos anteriores	Frequência (percentagem)	Frequência (percentagem)
7 (53,8%)	18 (37,5%)	Sem filiação	20 (57,1%)	5 (45,5%)
4 (30,7%)	18 (37,5%)	Cargo político	8 (22,9%)	1 (9,1%)
2 (15,4%)	11 (22,9%)	Alto cargo público	5 (14,3%)	3* (27,3%)
2 (15,4%)	10 (20,8%)	Cargo no setor regulado	5 (14,3%)	2 (18,2%)

* Duas das nomeações correspondem a reconduções no cargo.

A ANACOM é a entidade reguladora que apresenta mais casos de portas giratórias, tanto para as empresas reguladas quanto para a política, como se pode verificar pela tabela 2.8. Na AdC, os administradores parecem regressar às suas profissões ou padrões de carreira anteriores, uma vez que na sua maioria seguem para cargos públicos de nomeação política.

Tabela 2.8. Distribuição das carreiras dos antigos administradores, por categoria e entidade

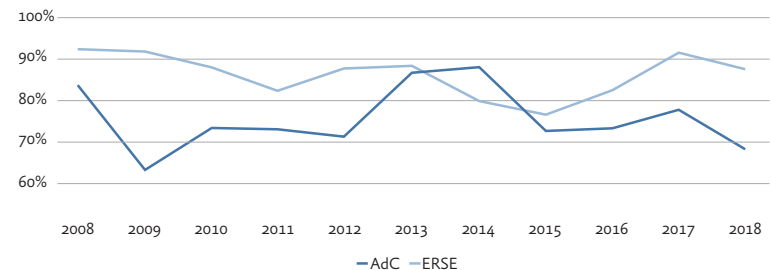
	AdC	ANACOM	ERSE
TOTAL	8	16	11
Cargo político	2	5	1
Alto cargo público de nomeação política	3	2	1
Cargo em empresa do setor regulado	0	4	1
Restantes cargos	5	7	8

iv. Execução orçamental e cativações

Os dados da execução orçamental foram recolhidos através da consulta dos relatórios e contas de 2008 a 2018 da AdC e da ERSE, sendo que os documentos equivalentes da ANACOM não contêm reportes desta natureza. As informações relativas às cativações foram extraídas da página eletrónica do Parlamento. Os dados referem-se à informação prestada pelas próprias entidades reguladoras às questões formuladas pelos grupos parlamentares do CDS e do PSD sobre as cativações impostas desde 2016³⁴².

Ao longo da última década, a execução orçamental de ambas as entidades reguladoras ficou sempre abaixo do planeado, com especial incidência no caso da AdC. O período de vigência do programa de assistência financeira, de 2011 a 2014, não parece ter tido um impacto superior ao dos restantes anos. Na realidade, os anos de 2012 e 2013, no caso da ERSE, e de 2013 e 2014, no caso da AdC, são anos de maior execução orçamental, como se pode ver na figura seguinte.

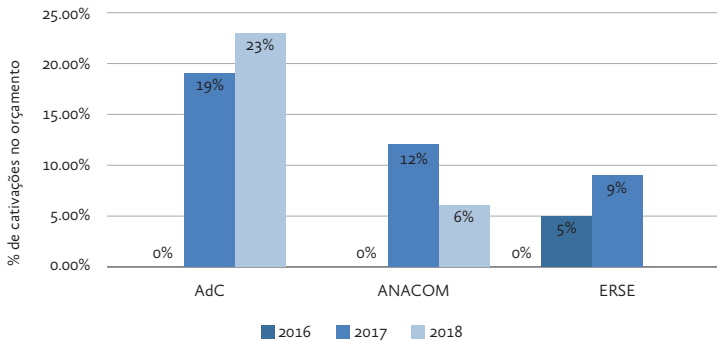
Figura 2.4. Execução orçamental 2008–2018 da AdC e da ERSE



Fonte: Relatórios e Contas da AdC e da ERSE.
Nota: Não foi possível apurar os dados da ANACOM.

Apesar de a execução orçamental ficar sempre abaixo do planeado, o tema das cativações, enquanto tal, só começou a ser referido nos relatórios e contas, e no debate público, nos últimos anos. A reação a este mecanismo contabilístico por parte de algumas entidades reguladoras portuguesas tem sido tão forte, com denúncias públicas por parte de alguns presidentes, que o tema foi objeto de atenção no Parlamento. Por exemplo, a presidente da AdC afirmou em julho de 2019, na Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas, que as cativações restringem a autonomia da entidade e vão contra a LQER; e a ANACOM, em resposta a um requerimento de deputados do CDP-PP sobre cativações nas entidades reguladoras, informou que cancelou as cativações, por entender que as mesmas são incompatíveis com o direito da União Europeia e com a garantia constitucionalmente consagrada de existência de uma regulação económica independente.

Figura 2.5. Percentagem de cativações em relação ao orçamento entre 2016 e 2018



Fonte: Parlamento.

Importa salientar nestes dados dois aspetos. Um prende-se com a disparidade das percentagens das cativações entre as três entidades que pode ver-se na figura acima. Apesar de todas terem, num ano ou noutro, sofrido congelamentos nas autorizações de despesa, o impacto no orçamento da Autoridade da Concorrência é quase o dobro do impacto na ANACOM ou na ERSE. O outro relaciona-se com os dados anteriores sobre o perfil dos administradores. A entidade que tem tido ao longo dos anos mais administradores com experiência política prévia tem sido sujeita a menos cativações. Comparando a execução orçamental da Autoridade da Concorrência e da ERSE e com a exceção do ano de 2014, a tendência mantém-se. A ERSE apresenta uma maior execução orçamental do que a AdC. Todavia, advertimos que a escassez de dados públicos quanto às cativações a que estão sujeitas as entidades reguladoras analisadas não permitem conclusões minimamente seguras quanto à relevância destas na independência *de facto*.

v. Contencioso regulatório

Tentámos coligir dados do contencioso regulatório das três entidades reguladoras. Primeiro, consultámos os relatórios anuais de cada uma, mas não foi possível extrair dados confiáveis, uniformizados e comparáveis. Cada entidade tem a sua própria estrutura e estilo de relatório, que chega até a ser alterado de um ano para o outro ou de um conselho de administração para o outro. Como alternativa, contactámos as entidades reguladoras, solicitando dados desagregados sobre recursos judiciais. Infelizmente, apenas a ERSE respondeu à nossa solicitação, o que torna impossível o esforço de comparação longitudinal e intersetorial. Recorremos a uma alternativa, usando os dados de um estudo anterior realizado pelo Centro de Investigação em Direito e Regulação (CEDIPRE) da Universidade de Coimbra. Lamentavelmente, os dados referem-se apenas até 2010. Embora não sejam a informação mais atualizada, conseguem oferecer uma visão geral do relacionamento entre reguladores e regulados.

O CEDIPRE conduziu o estudo sobre contencioso regulatório enviando um questionário às várias entidades reguladoras portuguesas³⁴³. O questionário pretendia apurar o número de processos nos quais cada entidade era parte. A natureza dos recursos varia entre quatro tipos principais: multas (que equivalem a 50% dos recursos), acesso a informações e outros procedimentos administrativos, ações administrativas especiais que contestam atos administrativos e medidas cautelares. Para o âmbito da nossa análise, interessam em especial os recursos referentes às multas impostas aos regulados pelas entidades reguladoras, pois essas são as sanções mais graves e as que têm a maior probabilidade de causar impacto

na atividade das empresas. A tabela 2.9. replica os dados sobre multas e outras sanções até 2010.

Tabela 2.9. Recursos

Entidade reguladora	Número de recursos
AdC	195
ANACOM	112
ERSE	0

Os investigadores do CEDIPRE concluíram que não existe uma correlação entre o número de regulados num determinado setor e a grandeza do contencioso, uma vez há setores com poucos regulados e um extenso contencioso, como as telecomunicações, e outros com muitos regulados e um contencioso limitado. Destaca-se ainda a substancial diferença entre a AdC e ANACOM, com um grande volume de contencioso, e a ERSE, que até 2010 não apresentava qualquer tipo de processo.

vi. Autoridade da Concorrência, ANACOM e ERSE: uma análise individual

Após uma análise geral e comparativa entre as três entidades regularas, é pertinente agora proceder a uma reflexão mais aprofundada sobre cada uma, relacionando os diferentes indicadores entre si.

Autoridade da Concorrência

Em comparação com a ANACOM ou a ERSE, a AdC é uma entidade com características particulares, uma vez que não regula um setor em particular. Pelo contrário, possui competências transversais

a todos os setores, tendo de coordenar as suas ações e poderes regulatórios com outras entidades, além de depender destas para obter grande parte das suas receitas. De acordo com os estatutos da AdC, além de taxas cobradas por alguns serviços, as suas receitas advêm de transferências financeiras das entidades reguladoras setoriais, de valor variável e que são anualmente decididas pelo ministro das Finanças e pelo outro membro do governo responsável pela área de atuação de cada entidade³⁴⁴. Esta peculiaridade torna-a um caso especial também na análise da sua independência na prática. Por um lado, não estando ligada a um setor em particular, é quase impossível a identificação de riscos de captura através das portas giratórias com as empresas reguladas. Por outro, torna-se igualmente difícil interpretar possíveis interferências políticas, por ser igualmente mais difícil identificar interesses políticos num contexto de concorrência tão dispersa e abrangente, ao contrário do que acontece em mercados onde o Estado ainda tem peso. Mesmo assim, de acordo com os nossos indicadores, a AdC surge como a reguladora que tem menos obstáculos visíveis à sua atuação. De resto, e apesar de exigir medidas de reforço da independência em todos os reguladores nacionais, no Memorando de Entendimento de 2011, a Troica não se foca particularmente na AdC, ao contrário de outras entidades reguladoras.

No que se refere à relação com o poder político, não tem existido a tentação por parte dos governos de nomear antigos governantes ou detentores de outros cargos políticos. A composição dos conselhos de administração tem, porém, revelado uma tendência interessante. Até à intervenção da Troica e a entrada em vigor da LQER, os administradores da AdC eram recrutados no topo da administração pública. Apesar de não serem, na sua maioria, antigos políticos,

ocupavam cargos de nomeação política em direções-gerais ou noutros órgãos reguladores. Após 2013, esta tendência retraiu-se e cedeu lugar a outra — a nomeação de especialistas em direito da concorrência vindos de grandes sociedades de advogados, o que pode suscitar alguns conflitos de interesse pontuais na gestão das atividades da reguladora.

Apesar de não ser notória a politização da AdC através das nomeações para o seu conselho de administração, esta pode ter vindo a ocorrer através da gestão orçamental. A figura 2.4 mostra como é notória a diferença na execução orçamental dos últimos dez anos entre a ERSE e a AdC. As razões podem ser de natureza variada, mas as comparações com as recentes cativações confirmam esta disparidade. De facto, as cativações sobre a AdC tiveram efeito na capacidade de atuação da entidade. Saliente-se, por exemplo, que a AdC informou o Parlamento do impacto que as cativações de 2018 tiveram na sua atividade regulatória, nomeadamente na impossibilidade de realizar diligências de busca e apreensão perante suspeitas de conluio em procedimentos de contratação pública³⁴⁵.

Autoridade Nacional das Comunicações

Conforme já referimos anteriormente, 44% dos membros do conselho de administração da ANACOM possuem experiência política anterior. Na realidade, existe em permanência no conselho de administração pelo menos um membro com experiência política anterior. Entre 1996 e 2002, todos os administradores, e entre 2009 e 2012, três dos cinco administradores, estavam de alguma forma ligados ao partido que os nomeou e que se encontrava no Governo. Além disso, um terço

dos antigos administradores acabou por mais tarde ocupar cargos políticos.

Estes dados parecem evidenciar uma tentativa de politização da entidade independente por parte dos partidos políticos, que, conjugada com outros estudos, fica mais clara. Num estudo publicado em 2014, estudaram-se as ligações entre a política e os negócios³⁴⁶. A base de dados dos governantes construída no âmbito do estudo inclui todos os membros dos Governos constitucionais até ao final de 2013, identifica as suas carreiras e regista as suas principais ligações empresariais diretas. Deste acervo, é possível identificar 23 ex-governantes que, desde 1995, ocuparam cargos nos órgãos sociais da empresa incumbente nas telecomunicações, a antiga PT, hoje Altice. Outros quatro antigos membros do Governo mantiveram ligações aos CTT, empresa igualmente sob a supervisão da ANACOM, e um ocupou um cargo noutra empresa de telecomunicações, a Vodafone. De resto, uma investigação anterior sobre a implementação da Televisão Digital Terrestre em Portugal identificou já estas ligações triangulares entre poder político, empresa incumbente e regulador. Sérgio Denicoli dos Santos, autor do estudo, sugeriu que teria havido captura da entidade reguladora por parte da PT naquele processo em particular³⁴⁷.

O contencioso regulatório, no entanto, revela um certo nível de conflitualidade entre o regulador e as entidades reguladas, possivelmente reflexo do facto de o mercado, apesar de restrito, ter mais empresas do que, por exemplo, o setor energético³⁴⁸.

Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

Apesar da existência do Instituto das Comunicações de Portugal desde o final dos anos 80, a ERSE pode ser considerada a primeira entidade reguladora com algum nível de independência do poder político e que antecipava já o início da privatização dos monopólios estatais do setor em Portugal. Ainda hoje, em termos estatutários, a ERSE é a entidade mais independente, servindo de referência às demais entidades reguladoras setoriais. De resto, foi a única entidade que não viu os seus estatutos serem revistos depois da entrada em vigor da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, uma vez que as revisões de 2012 e 2013 incorporaram as normas mais tarde estabelecidas por aquela lei.

À primeira vista, na relação com o setor da energia, a ERSE parece até ser mais independente na prática do que os seus estatutos sempre impuseram. Por exemplo, não tem existido ao longo da vida da ERSE a tradição de recrutar administradores às empresas reguladas. Seria até expectável que tal pudesse ter ocorrido nos primeiros anos de funcionamento, quando a instituição não possuía ainda saber-fazer próprio. Não se tendo verificado tal recrutamento, confirma-se que a prática antecedeu a lei que, só mais tarde, introduziu instrumentos de quarentena *ex ante* e *ex post* relativamente a cargos nas empresas reguladas.

A mesma independência já não se verifica na relação com o poder político, uma vez que 50% das nomeações para o conselho de administração corresponde a indivíduos com experiência política, na sua larga maioria em cargos no Governo, seja como secretários de Estado, seja como funcionários em gabinetes governativos. O peso das nomeações partidárias tem variado ao longo destes

mais de 20 anos de vida da ERSE. No entanto, a presença de pelo menos um vogal com ligações políticas tem sido constante em todos os conselhos. Entre 2007 e 2013, as nomeações políticas atingiram um pico, quando a totalidade dos administradores já tinha ocupado cargos políticos. Durante parte desse período, os três lugares do conselho de administração foram ocupados por elementos com ligações ao mesmo partido. Este padrão de nomeações, que reflete a determinação dos governos em garantirem a presença de indivíduos que lhes sejam leais na direção da ERSE, é reforçado pela tentativa, ainda que gorada, de nomear um deputado em 2018. Foi a intervenção política do Parlamento, com uma posição reforçada após a revisão da LQER e num contexto de governo de minoria, que impediu que passassem a coexistir dois vogais com ligações políticas no mesmo conselho de administração.

A relação tão próxima com os partidos políticos e a ERSE coloca em causa ou, pelo menos, diminui o valor da nossa conclusão inicial sobre a independência da entidade reguladora face aos regulados. Isto devido à proximidade entre o poder político e as empresas dos serviços energéticos, em particular as que são antigos monopólios estatais. De acordo com os dados do estudo *Política e Negócios*, 39 antigos governantes ocupam ou já ocuparam cargos nos órgãos sociais de grandes empresas do setor³⁴⁹. Desses, 18 foram recrutados pela EDP, a gigante do setor, e 16 pela Galp. Ou seja, a influência dos regulados pode não se fazer sentir de forma direta sobre o conselho de administração da ERSE, mas é concebível que seja concretizada de forma indireta, através do poder político, num processo triangular.

2.3.3. Síntese

Apesar de formalmente independentes, as entidades reguladoras em Portugal ainda são encaradas como uma extensão da administração pública sob tutela governamental. Isto é particularmente verdade para monopólios antigos ou atuais. Mesmo que algumas entidades reguladoras sejam formalmente as mais independentes, o motivo está no facto de estarem mais expostas à regulamentação da UE e operarem em setores que foram totalmente privatizados (ou seja, reguladores de eletricidade e telecomunicações). Na realidade, a proliferação de entidades independentes pode até significar mais benefícios a serem distribuídos entre pessoas próximas dos membros dos partidos políticos, com a vantagem acrescida através de cargos mais altos disponíveis e com salários mais altos do que a administração pública regular³⁵⁰.

A potencial influência da indústria nas entidades reguladoras portuguesas é menos visível do que a política. Na maioria das entidades, não é identificável uma forte tendência para nomear indivíduos com ligações profissionais ao setor regulado, nem os antigos reguladores tendem a ingressar nas empresas reguladas depois de deixar o cargo. Isso não significa que a influência não possa ocorrer, mas apenas que, a acontecer, não será tão direta. Por outras palavras, os reguladores não são um alvo preferido de influência de interesses económicos. Isso pode dever-se ao facto de desde cedo terem sido introduzidas barreiras legais nos estatutos, desde sua fundação, para limitar a influência do setor (ou seja, períodos de quarentena *ex ante* e *ex post* sobre cargos no setor ou proibição de interesses financeiros na empresa regulada). No entanto, como descobriram outros estudos

sobre o caso português, permanecem fortes vínculos entre os antigos monopólios estatais e os partidos políticos, nomeadamente através de intensas portas giratórias³⁵¹. Portanto, a influência pode ser exercida indiretamente, ou seja, a indústria pode alcançar os resultados regulatórios que ela visa controlando o Governo, que, por sua vez, pode politizar as agências.

2.4. Conclusão

Este capítulo centra-se na avaliação da independência das entidades reguladoras *in books* e *in action*, partindo do conjunto de indicadores propostos nos trabalhos de Gilardi e Maggetti, e tomando como casos ilustrativos a AdC, a ERSE e a ANACOM.

Relativamente à independência *in books*, tivemos em consideração o enquadramento normativo das entidades reguladoras anterior a 2013 e o enquadramento posterior à publicação da LQER.

A análise do enquadramento normativo anterior a 2013 leva-nos a concluir, em termos gerais, pela existência de diversas restrições à independência, com peso diferente consoante a entidade reguladora:

- Na ERSE, no período 1997–2012, a independência *in books* era relativamente fraca, embora existissem esforços no sentido de densificar as incompatibilidades e os impedimentos dos membros do conselho de administração e de fortalecer a respetiva inamovibilidade, bem como de concretizar as competências regulatórias da entidade; realce-se que se mantinha, neste período, a sujeição dos atos da entidade

reguladora à tutela do ministro da Economia, por determinação expressa da lei.

- Na AdC, dada a sujeição ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, existia a possibilidade de condicionamento das despesas através de cativações, o que constituía uma restrição muito significativa da independência; acresce que era possível ao ministro da Economia reverter uma decisão intrinsecamente regulatória que tivesse sido tomada pela entidade, o que é tido no modelo de Gilardi e Maggetti como uma norma desfavorável à independência do regulador.
- Na ANACOM, muito embora a independência fosse formalmente proclamada, era limitada quer pela sujeição à supervisão financeira e patrimonial do Governo, quer pela possibilidade de dissolução do conselho de administração mediante resolução do Conselho de Ministros, cuja fundamentação admitia uma significativa margem de ambiguidade.
- Quanto à mudança introduzida pela LQER, tomando por referência os indicadores analisados, assinalamos quer aspetos favoráveis à independência das entidades reguladoras, quer aspetos desfavoráveis:
- No que diz respeito ao estatuto dos membros do conselho de administração, a exigência de uma composição ímpar de membros, os mandatos longos, os critérios de seleção dos membros assentes nas competências técnicas, a concretização dos modos de cessação dos mandatos, a exigência de exclusividade e o regime detalhado de incompatibilidades e impedimentos constituem aspetos favoráveis à independência;

já a possibilidade de recondução decorridos seis anos após a cessação do mandato anterior, o facto de a designação competir ao Conselho de Ministros, a latitude das causas justificativas da dissolução do conselho de administração e da destituição dos membros pelo Conselho de Ministros, a possibilidade de veto do presidente do conselho de administração — que subverte o papel da colegialidade — e o facto de o estatuto remuneratório competir a uma comissão cuja maioria dos membros é indicada pelo Governo (ainda que desde 2017 tenha passado a existir um teto remuneratório e uma obrigação de justificação do estatuto remuneratório fixado) constituem aspetos que restringem a independência das entidades.

- Quanto à relação com o poder político, a rejeição formal de supervisão pelo Governo, a proibição legal de os membros do Governo emitirem recomendações ou instruções quanto às atividades regulatórias dos membros da administração das entidades e a existência de regras relativas a diversos aspetos relevantes (à transparência e prestação de informação — incluindo ao Governo e à Assembleia da República — à composição do conselho de administração, aos planos de atividades, contas, orçamentos e planos de pessoal e ao estatuto remuneratório) vão num sentido favorável à independência; todavia, a existência de uma obrigação formal de informação ao Governo e a necessidade de aprovação prévia do ministro das Finanças e do da tutela quanto a uma diversidade de planos (incluindo orçamentos) e atos, podendo essa aprovação ser recusada em determinadas situações, constituem aspetos que limitam a independência das entidades.

- No que concerne aos aspetos financeiros e organizacionais, a LQER estabelece diversas regras favoráveis à independência, tais como as que dizem respeito às receitas próprias das entidades (em que só supletivamente existem dotações do Orçamento do Estado), à autonomia ao nível do regime orçamental e financeiro, à aplicação do regime do contrato individual de trabalho ao pessoal das entidades reguladoras e à previsão de um período de dois anos após a cessação de funções durante o qual os titulares de cargos de direção e equiparados não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas reguladas; contudo, no que se refere a verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado, é possível a aplicação de cativações, o que é uma forte restrição à independência.

- Relativamente às competências regulatórias e sancionatórias, ainda que a LQER as tenha clarificado, continuam a ser limitadas quanto à realização de inspeções e auditorias que deveriam fazer parte de procedimentos normais de supervisão.

Em suma, ainda que a LQER de 2013 evidencie alguns aspetos positivos, sobretudo ligados à clarificação de regras sobre o regime dos membros da administração das entidades e sobre a *accountability* das entidades reguladoras, parece-nos que não salvaguarda a independência *in books* das entidades reguladoras. O legislador procurou acautelar mais a independência das entidades reguladoras face às empresas reguladas do que face ao poder político, na medida em que permanece a influência do Governo na designação

dos membros da administração dos reguladores, na decisão quanto ao respetivo estatuto remuneratório, na aprovação prévia de planos, orçamentos e atos da entidade reguladora, e na sujeição a cativações.

Quanto à independência *in action*, ressalta mais o potencial de perturbação da independência face ao poder político do que face ao setor regulado. No que diz respeito ao perfil dos nomeados, denota-se um equilíbrio entre o número de nomeações de indivíduos independentes, ou seja, sem ligações político-partidárias, e o número de nomeações de natureza partidária, destacando-se aqui a ERSE como a entidade em que a politização do perfil é mais notória. No plano das reconduções e saídas antecipadas, as segundas são mais frequentes do que as primeiras, e a sua dinâmica ao longo do tempo sugere que a mudança de ciclo político gera conflitos entre o novo executivo e os administradores. Finalmente, quanto às «portas giratórias», trata-se de um fenómeno que não surge como notório, pois mais de metade dos administradores não segue para cargos políticos, públicos ou em empresas do setor regulado, uma vez cessado o seu vínculo com a administração da entidade reguladora. Todavia, esta conclusão deve ser observada com moderação, uma vez que a análise feita tem limitações associadas à dificuldade de aferir trajetos profissionais após a experiência de administração de uma entidade reguladora. Por último, é de realçar que a escassez de dados públicos quer quanto às cativações a que estão sujeitas as entidades reguladoras analisadas, quer quanto ao contencioso regulatório que as envolve, não nos permite tirar conclusões minimamente seguras quanto ao relevo destes elementos na independência *de facto*.

Capítulo 3

Análise do processo de avaliação do desempenho das entidades reguladoras

Este capítulo incide sobre a atividade das entidades reguladoras selecionadas e sobre o modo de a medir. Após uma contextualização do processo de avaliação do desempenho das entidades reguladoras, analisamos o sistema de indicadores estabelecido por cada entidade reguladora escolhida.

3.1. Introdução

A OCDE, designadamente a sua área de *Regulatory Policy*, defende que a qualidade da regulação pode e deve ser avaliada. A regulação é entendida não como a atividade das agências ou entidades reguladoras, mas, de um modo mais amplo, como o processo e o resultado do estabelecimento das «regras do jogo» através das quais os governos promovem o funcionamento regular dos mercados, protegem os direitos e a segurança dos cidadãos, e asseguram a provisão de bens e serviços públicos essenciais³⁵². Neste entendimento amplo de regulação, a OCDE propõe uma abordagem com base em três princípios: (i) envolvimento dos *stakeholders*; (ii) avaliação de impacto legislativo; e (iii) avaliação *ex post* e simplificação administrativa. Esta abordagem assenta em indicadores compósitos para cada um destes princípios, sendo que cada indicador compreende quatro categorias com um idêntico peso: adoção sistemática

(requisitos formais e frequência da sua adoção prática); metodologia (que métodos de avaliação são usados, *e.g.* tipos de impacto medidos e frequência do uso de cada forma de consulta); verificação e controlo de qualidade (papel dos organismos de verificação e avaliações públicas disponíveis); transparência (adesão aos princípios de *open government*). A abordagem proposta pela OCDE baseia-se num questionário, para efeitos de comparabilidade entre países, e é uma abordagem que incide sobretudo sobre o processo regulatório.

Brown et al., integrados numa equipa do Banco Mundial, focam-se na avaliação de iniciativas de regulação de infraestruturas, propondo um modelo de avaliação do desempenho que leva em conta aspetos específicos do sistema de regulação relacionados com o governo da regulação e com a substância da regulação, de modo a perceber se apoiam ou dificultam o desempenho do setor em análise³⁵³. O método assenta numa análise de estudos de caso ao nível de cada país, supondo a recolha de dados estatísticos, dados de questionário e, no caso de análises mais profundas, de dados obtidos através da realização de entrevistas. O método implica a utilização de um *benchmark* — a regulação por entidades reguladoras independentes — justificado pelo número de países integrados nos estudos do Banco Mundial, pelo seu diferente grau de desenvolvimento e pelas virtudes apontadas a este modelo de regulação.

Segundo estes autores, a característica central das entidades reguladoras independentes é a independência organizacional, financeira e de gestão na tomada de decisão, sendo que a regulação deve estar ordenada a três metaprincípios: credibilidade, legitimidade e transparência. Estes metaprincípios compreendem, por sua vez, dez princípios centrais do governo de uma entidade reguladora independente: independência; *accountability*; transparência e participação pública; previsibilidade; clareza de competências; completude e clareza nas regras; proporcionalidade; atribuição de poderes necessários; características institucionais apropriadas; e integridade. Cada um destes dez princípios é detalhado em aspetos suscetíveis de verificação, designados *critical standards*, que são os seguintes: enquadramento legal; poderes e competências legais; direitos de propriedade e contratuais; clareza de competências de regulação e monitorização; clareza e amplitude das decisões de regulação; previsibilidade e flexibilidade; proteção dos direitos dos consumidores; proporcionalidade na atuação e decisão; independência regulatória; financiamento adequado; *accountability* regulatória; estabelecimento de processos de regulação e transparência; participação pública; possibilidade de recurso das decisões; e cumprimento de um código ético.

O trabalho destes autores parece estar centrado, não tanto numa avaliação do impacto da regulação por entidades reguladoras, mas sobretudo no desempenho das mesmas à luz dos princípios transversais acima mencionados. Todavia, os autores indicam também diversos exemplos de má regulação, dos quais partem para a indicação de medidas centradas nos resultados da atividade das entidades reguladoras, e já não no governo das mesmas. Para tal definem-se

os seguintes indicadores, talhados para a regulação de infraestruturas, cada um com as suas formas de medida: indicadores de *output* e consumo; indicadores de eficiência; indicadores da qualidade do fornecimento; indicadores de desempenho financeiro; indicadores de capacidade, investimento e manutenção; indicadores de preços; indicadores de concorrência; indicadores sociais.

Em Portugal, a LQER estabelece que as entidades reguladoras devem utilizar um sistema coerente de indicadores de desempenho que reflita o conjunto das atividades prosseguidas e dos resultados obtidos (artigo 39.º, n.º 1), e que tal sistema deve englobar indicadores de eficiência, eficácia e qualidade (artigo 39.º, n.º 2). Estabelece ainda que «compete à comissão de fiscalização ou ao fiscal único aferir a qualidade dos sistemas de indicadores de desempenho, bem como avaliar, anualmente, os resultados obtidos pela entidade reguladora em função dos meios disponíveis» (artigo 39.º, n.º 3).

Neste contexto, propomo-nos analisar o sistema de indicadores de desempenho estabelecido por cada entidade reguladora em análise, bem como identificar a existência e natureza dos indicadores internamente desenvolvidos para avaliar o cumprimento dos princípios acima mencionados.

Tal como referimos acima, a tipologia sugerida por Brown et al. refere-se a indicadores de *final outcomes*, ou seja, indicadores de desempenho relativamente à intervenção do regulador no mercado. A abordagem que seguimos é mais ampla e não se centra apenas em *final outcomes*. O objetivo é identificar indicadores que capturem outras dimensões da atuação das entidades reguladoras, que naturalmente não incluem apenas intervenções com impacto em *final outcomes*. Propomos, pois,

seguir (de forma adaptada) Radaelli e Fristch, que identificam cinco tipos de indicadores: indicadores de *input*, de processo, de *output*, de resultados intermédios e de resultados finais³⁵⁴:

- *Input* — these are design activities, such as adopting consultation, the standard cost model for the reduction of administrative burdens, and impact assessment, or establishing a regulatory oversight body.
- The *process* of connecting the inputs and producing results. Typically, processes define the scope and extent of tools like impact assessment, how the standard cost model is going to be used in practice, and the standards for consultation and other regulatory activities.
- The *output* refers to the activities carried out in a given period, such as how many consultations or impact assessment took place in a year, whether individual consultations match the quality standards set in the system, and so on;
- *Intermediary outcomes* cover behavioural and cognitive change, considering how regulators and inspectors perceive regulation, and how citizens and the business community rate the regulatory efforts of the government. Data on inspections and enforcements also belong to this category.
- Finally, the causal chain should also show the effects of regulatory reform on *final outcomes*, such as number of new firms created and other classic economic indicators that are causally linked to regulatory activity.

O National Audit Office (NAO) (2016) reduz os tipos de indicadores a apenas três: *input* (que incluem as primeiras duas categorias de Radaelli e Fristch — *input* e *process*), *output* (que corresponde à terceira categoria acima enunciada) e *outcomes* (que incluem as duas últimas categorias de Radaelli e Fristch — *intermediary outcomes* e *final outcomes*). É esta a abordagem que adotamos na nossa análise.

Com base nestas três categorias de indicadores, propomo-nos fazer uma análise retrospectiva da sua utilização pelas entidades reguladoras selecionadas. Sustentando-nos única e exclusivamente na documentação que as entidades reguladoras tornaram pública até 2017³⁵⁵, pretendemos dar resposta às seguintes questões:

- Em que tipo de documentação surgem indicadores de desempenho das autoridades reguladoras? É visível alguma alteração nesse padrão ao longo do tempo?
- Que indicadores de desempenho são utilizados por cada autoridade reguladora em cada tipo de documento?
- Como podem ser agrupados os indicadores de desempenho utilizados por cada autoridade reguladora, nas categorias *input*, *output* e *final outcomes*?
- Em cada ano, que importância é dada por cada autoridade reguladora a cada uma destas categorias de indicadores? É visível alguma alteração nesse padrão ao longo do tempo?

Este capítulo está estruturado da seguinte forma: na próxima secção descrevemos sumariamente a metodologia utilizada; nas três secções seguintes apresentamos os resultados obtidos para as três entidades reguladoras selecionadas — ANACOM, ERSE e AdC; finalmente, a última secção apresenta uma discussão dos resultados.

3.2. Metodologia

A metodologia seguida foi idêntica para as três entidades reguladoras selecionadas e consistiu em:

- 1) identificação e recolha de documentação publicamente disponível;
- 2) análise dos estatutos da entidade reguladora e identificação de documentação prevista estatutariamente, mas não disponível publicamente;
- 3) análise e identificação da documentação que contém indicadores de desempenho da entidade reguladora;
- 4) análise e identificação dos indicadores de desempenho utilizados pela entidade reguladora em cada documento;
- 5) categorização dos indicadores de desempenho utilizados em cada documento nas três categorias: *input*, *output* e *final outcomes*;
- 6) para cada ano, análise da distribuição das categorias de indicadores utilizados.

Tendo em conta o volume de documentação a analisar, esta metodologia foi implementada por uma equipa de três investigadoras. Cada investigadora dedicou-se primariamente a uma única entidade reguladora, mas reuniões regulares permitiram que a metodologia fosse seguida de forma consistente entre entidades.

Assim, é particularmente importante compreender que esta forma de organizar o trabalho garante a *consistência da análise de uma entidade reguladora ao longo do tempo*. No entanto, as especificidades de cada

entidade reguladora, bem como o facto de estas terem sido analisadas por uma investigadora diferente, levam a que se deva ter alguma *cautela ao fazer comparações entre entidades reguladoras*.

O método de investigação mobilizado para este trabalho foi a análise documental, um método qualitativo. A tarefa de analisar os indicadores de desempenho de três entidades reguladoras — ANACOM, ERSE e AdC — envolveu a leitura e o levantamento de informação de uma panóplia de documentos previamente recolhidos. Analisou-se o conteúdo dos seguintes documentos, em cada uma das entidades em estudo:

- a) planos de atividades plurianuais;
- b) planos de atividades anuais e orçamento;
- c) relatórios de atividades (de regulação e supervisão);
- d) pareceres da comissão de fiscalização/fiscal único e do conselho consultivo (quando existisse) sobre os documentos mencionados em a, b e c.

Os planos plurianuais e anuais de atividades, de investimento e financeiros, orçamentos, relatórios de atividades e pareceres são instrumentos de gestão financeira e patrimonial. Alguns destes instrumentos estão definidos nos estatutos com carácter obrigatório, a ser publicados pelas entidades.

O relatório de gestão é um documento onde se apresenta a atividade e o desempenho da entidade, bem como o contexto em que essa atividade foi desenvolvida. O objetivo principal do relatório de gestão é disponibilizar toda a informação que permita uma correta avaliação da entidade, através de indicadores financeiros, não financeiros e de desempenho. Este documento relata igualmente as perspetivas futuras.

É, por isso, um instrumento muito útil para utilizadores quer internos à organização, quer externos.

As várias entidades apresentam diferenças ao nível da documentação disponível, como é possível aferir na tabela seguinte:

Tabela 3.1. Documentos disponíveis por entidade reguladora

	Planos plurianuais	Planos anuais	Relatórios de atividade/ regulação	Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos
AdC	Desde 2006	Desde 2009	Desde 2003	2016 e 2017
ANACOM	Desde 2001	Não existem	Desde 2003	Desde 2008
ERSE	Desde 2002	Desde 1997	Desde 1997	Desde 1997

Os documentos foram analisados de forma a verificar se existiam ou não indicadores de desempenho, quais os indicadores que cada entidade utiliza, como se classificam esses indicadores de desempenho, assim como quais as categorias de indicadores de desempenho que cada entidade privilegia. Depois de recolhidos os quatro tipos de documentos em que baseámos a nossa análise, sistematizámos a informação recolhida numa sucessão de quadros criados em Excel. Em cada quadro constava a seguinte informação:

Quadro 1: reconhecimento da existência dos documentos (planos de atividades plurianuais, planos de atividades anuais e orçamento, relatórios de atividades — de regulação e supervisão —, pareceres da comissão de fiscalização/fiscal único e do conselho consultivo) e uma breve explicação do seu conteúdo.

Quadro 2: criou-se, para cada entidade, uma cronologia, de modo a identificar a existência de cada um destes documentos, por ano e por

entidade, nos estatutos de cada entidade. Todos os documentos foram analisados de forma a verificar:

- a) se existiam ou não indicadores de desempenho;
- b) quais os indicadores de desempenho que cada entidade utiliza;
- c) como se classificam esses indicadores de desempenho;
- d) quais as categorias de indicadores de desempenho que a entidade privilegia (ponderando o peso de cada categoria).

Seguidamente, em cada documento, identificaram-se indicadores de desempenho relativamente à intervenção de cada entidade reguladora. Categorizar estes indicadores foi uma parte muito importante do trabalho.

Quadro 3: neste quadro registou-se se, em cada documento, existiam ou não indicadores de desempenho. A existência destes indicadores foi sinalizada com a cor amarela e a ausência com o vermelho.

Quadro 4: neste quadro identificaram-se os indicadores contidos em cada documento. Em cada célula de determinado documento para um ano específico definiu-se uma lista dos indicadores utilizados, identificando a página do documento em que se encontrou a respetiva informação. O objetivo foi o de verificar, horizontalmente, se existia uma consistência de indicadores ao longo do ano ou, verticalmente, se existia uma consistência de indicadores entre diferentes documentos. Este foi um exercício extremamente moroso, pois obrigou à leitura atenta e exaustiva da totalidade dos documentos existentes, sendo que, para algumas das entidades, havia mais de cem documentos e vários deles compostos por mais de 200 páginas.

Quadro 5: depois de se identificarem os indicadores, foi necessário categorizá-los. Separámos os indicadores em três categorias: *inputs*, *outputs* e *outcomes*, inspirando-nos nas tipologias usadas pelo NAO, por Brown et al. E por Radaelli e Fristch³⁵⁶. Com base nos indicadores identificados no quadro 4, classificámos, num novo quadro, esses indicadores de acordo com as categorias que definimos. Deste modo, o quadro 5 é uma espécie de quadro de conversão, em que, tendo identificado a panóplia de indicadores usados por cada autoridade ao longo do tempo, estabelecemos a categoria a que cada um pertence.

Quadro 6: neste quadro, bastante semelhante ao quadro 4, em vez de incluirmos, para o documento X no ano Y, os indicadores efetivamente utilizados, reportámos, ao invés, as categorias definidas e o número de indicadores em cada categoria. Assim, foi possível verificar se existiu ou não determinada tendência de cada conselho de administração de cada uma das entidades em estudo para privilegiar uma determinada vertente de avaliação de desempenho (por exemplo, indicadores de *input*) por oposição a outras (como indicadores de *final outcomes*). Por fim, este quadro revelou também que as diferentes entidades poderão recorrer a diferentes tipos de indicadores, dado que as entidades analisadas atuam em setores diferentes, o que faz com que a medição de *outcomes* possa eventualmente ser específica a cada setor (o que justifica diferenças entre entidades).

Para definir os indicadores e as categorias, recorremos ao contributo de Brown et al., que identificam indicadores de desempenho que se centram nos resultados da atividade das entidades reguladoras, tais como indicadores de *output* e de consumo, indicadores de eficiência, indicadores da qualidade do fornecimento, indicadores de desempenho financeiro, indicadores de capacidade, investimento e manutenção,

indicadores de preços, indicadores de concorrência e indicadores sociais³⁵⁷. Todos estes são indicadores de *final outcomes*.

Por seu turno, Radaelli e Fristch identificam cinco tipos de indicadores: *input* (*budget*, *staff*, etc.), *process* (como se produz a regulação, mudanças nos processos burocráticos, planos para reduzir a *red tape*³⁵⁸, etc.), *output indicators* (atividades levadas a cabo em determinado período, como publicações, número de decisões, etc.), *intermediary outcomes* (como a regulação é percebida) e *final outcomes* (exatamente os mesmos que Brown et al. identificam e que foram acima enunciados). Por fim, recorremos igualmente ao contributo do NAO, que identifica apenas três tipos de indicadores: *input* (inclui *input* e *process*), *outputs* e *outcomes* (inclui *intermediary* e *final outcomes*)³⁵⁹.

De modo a sistematizar a informação e a garantir que as três investigadoras seguissem os mesmos critérios, criou-se uma tabela com os principais indicadores. Todas as investigadoras seguiram os critérios definidos na tabela 3.2. Quando surgiram dúvidas sobre a classificação de determinado indicador, as investigadoras trocaram impressões entre si, a fim de esclarecer as dúvidas e garantir que todas seguissem os mesmos critérios e procedimentos. Assim, as três investigadoras mantiveram-se constantemente em contacto e trabalharam sempre em equipa, ainda que a cada uma coubesse a análise de uma entidade específica. Esse contacto permanente e o espírito de entreajuda foram determinantes para o processo de investigação, dado que não foram raros os casos em que surgiram dúvidas relativamente a se um determinado indicador poderia, por exemplo, ser categorizado como *output* ou como *outcome*. As investigadoras orientaram-se sempre pelos critérios definidos pelos diferentes autores estudados e supramencionados, de maneira a eliminar

a subjetividade no tratamento da informação, chegando à seguinte tabela de indicadores:

Tabela 3.2. Categorias de indicadores

Indicadores	Tipos de indicadores
Indicadores de <i>input</i> : indicadores de <i>input</i> ou de processo	Orçamento: orçamento para política regulatória e supervisão na entidade reguladora; valor do orçamento, resultado líquido, investimento em equipamento, viaturas.
	Funcionários: número de funcionários utilizados na supervisão da política regulatória na entidade reguladora; número de novos trabalhadores.
	Formação: número de funcionários da entidade reguladora que participam em formação em política regulatória e de supervisão, número de horas de formação.
	Alterações nos processos burocráticos; planos para reduzir a <i>red tape</i> ; criação de novos regulamentos e revisão de regulamentos existentes.
Indicadores de <i>output</i> : atividades levadas a cabo em determinado período e de que forma a regulação é percebida	N.º de licenças/registos/autorizações atribuídas
	N.º de consultas públicas
	N.º de inspeções
	N.º de processos judiciais e de execução fiscal
	N.º de presenças em congressos, reuniões e seminários; conferências (presenças e organização)
	N.º de atos normativos, leis/regulamentos/decretos/diretivas publicadas
	N.º de pareceres emitidos
	N.º de processos concluídos
	N.º de auditorias realizadas
	N.º de ações de fiscalização
	N.º de campanhas informativas e de brochuras informativas
	N.º de novos processos judiciais
	N.º de decisões judiciais
	N.º de leis/decretos/diretivas publicadas
	Planos futuros
	Avaliação de impacto regulatório (RIA): âmbito, alcance, qualidade, perceção
	N.º de estudos realizados internamente e realizados por consultores externos

Indicadores (continuação)	Tipos de indicadores
Indicadores de <i>final outcomes</i>	N.º de solicitações
	N.º de reclamações
	N.º de denúncias processadas
	N.º de pedidos de informação
	N.º de recursos contenciosos tratados
	N.º de objetos expedidos
	N.º de novos assinantes
	Realização orçamental
	Impactos no serviço (quantidade e qualidade)
	N.º de coimas aplicadas
	Montante total das coimas aplicadas
	Investimento
	Produtividade
	Custos
	Preços
	Bem-estar
	Indicadores de output e consumo
	Indicadores de eficiência
	Indicadores da qualidade do fornecimento
	Indicadores de desempenho financeiro
	Indicadores de capacidade, investimento e manutenção
	Indicadores de preços
	Indicadores de concorrência
	Indicadores sociais

A investigação científica é, por natureza, imperfeita, obrigando os investigadores a reconhecerem as limitações da sua pesquisa. No quadro deste estudo, a pesquisa revelou-se morosa, dada a grande quantidade de documentos recolhidos e a sua ampla dimensão. Dedicou-se um elevado número de horas à leitura exaustiva

e minuciosa de cada documento, de modo que não escapasse nenhum detalhe. Além de existirem diversos documentos compostos por centenas de páginas, em muitos deles descobriram-se *links* para novos documentos que também teriam de ser lidos e analisados. Por outro lado, a equipa necessitava de quantificar a informação e o conteúdo

dos documentos, muitas vezes excessivamente descritivo e com uma linguagem vaga e pouco concisa, que nem sempre aludia a números, o que tornou necessário fazer inúmeras contagens, a fim de alcançar um número que traduzisse determinado indicador.

3.3. Análise dos sistemas de indicadores por entidade reguladora selecionada

3.3.1. A Autoridade Nacional de Comunicações

A recolha de documentação da ANACOM foi efetuada para o horizonte temporal 1997–2017. Em 2001, o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), a primeira entidade reguladora do setor das telecomunicações e criada em 1981, transformou-se na ANACOM, deixando de ser um instituto público³⁶⁰ e passando a ser uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira, património próprio e independência no exercício das suas funções.

Relativamente à informação publicamente disponibilizada por esta entidade, só existem documentos publicados a partir do ano de 1997, sendo que, de 1997 a 2001, estes documentos se referem ao ICP.

Recolheram-se os seguintes tipos de documentos publicamente disponíveis:

Tabela 3.3. Tipo de documentação recolhida e analisada

Tipo de documento	Foram estes documentos identificados para esta entidade?	Em que consistem estes documentos?
Planos plurianuais	✓	Planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas + planos estratégicos plurianuais + planos de atividades plurianuais
Planos anuais de atividades e orçamento	✗	✗
Relatórios de atividade / regulação	✓	Os relatórios de atividade visam responder ao estabelecido nos estatutos da ANACOM. No relatório de atividades procede-se à descrição das atividades da ANACOM. A estrutura dos relatórios segue uma síntese das atividades de regulação e supervisão desenvolvidas em detalhe no Relatório de Regulação. Os relatórios englobam, igualmente, atividades de fiscalização e contencioso associadas à área de regulação e enquadradas pela função de sancionamento. São também descritas nestes documentos as atividades de representação em que a ANACOM atua como representante do sector das comunicações e do Estado português. São abordadas as ações em matéria de normalização, para além de um conjunto de outras atividades em áreas relevantes como é o caso da cooperação internacional, das comunicações de emergência, do comércio eletrónico, da assessoria ao governo e da articulação com outros órgãos institucionais.
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	✓	Existem pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal sobre os Relatórios e Contas e apenas um parecer relativo ao Plano Estratégico de 2013-2015.

Nota: ✗ significa que este tipo de documento não foi identificado/recolhido para esta entidade.

Da análise dos estatutos, foi possível identificar os documentos que estatutariamente a autoridade reguladora deveria produzir. No entanto, essa informação não tem necessariamente de estar no domínio público. Assim, recolheram-se 118 documentos com a seguinte distribuição ao longo do tempo:

Tabela 3.4. Distribuição temporal da documentação recolhida e analisada

Documento		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais	Planos de atividades	x	x	x	x	x		✓														
									✓													
										✓												
											✓											
												✓										
	Planos estratégicos												✓									
														✓								
															✓							
																✓						
																	✓					
Planos anuais	Planos de atividades e orçamento																	✓				
																			✓			
																				✓		
																					✓	
																						✓
Planos anuais	Relatórios de atividade											✓	✓	✓						x	x	x
	Relatórios de regulação						✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓								
	Relatórios de regulação, supervisão e outras atividades														✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas													✓		✓			✓			
	Relatório e contas	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Balanço social	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓							✓	✓	✓

Notas: ✓ se existe; x se não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis.

	Documento (continuação)	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de atividades	x	x	x	x	x	x	x	✓				✓	✓		x	x	x	x			
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de regulação									✓	✓	✓	✓	✓	✓							
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de regulação, supervisão e outras atividades															✓	✓	✓				
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório e contas	✓	✓	✓	✓																	
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano plurianual estratégico															✓					✓	
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano plurianual de atividades e orçamento																		✓			
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Relatório e contas	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Plano plurianual de atividades e orçamento																		✓			
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - orçamento	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	incluído no plano plurianual	x	x	x	x
Número total de documentos analisados		2	4	4	4	3	5	6	7	7	9	8	8	8	8	8	8	8	10	11	9	7

Notas: ✓ se existe; x se não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis.

Quando existem, os planos plurianuais dizem respeito a mais de um ano. Assim, a tabela identifica o horizonte temporal previsto no plano plurianual. Por vezes, o mesmo ano pode ser coberto por mais de um plano plurianual: por exemplo, os planos plurianuais 2002–2004 e 2003–2005 incluem o ano de 2003.

Naturalmente, nem todos os documentos contêm indicadores de desempenho da ANACOM. Assim, efetuou-se uma análise exaustiva e pormenorizada de cada um dos documentos, por forma a identificar

aqueles em que existe pelo menos um indicador de desempenho. Os tipos de documento em que mais frequentemente se incluem indicadores de desempenho são os planos plurianuais, os planos anuais e os pareceres do Fiscal Único ao relatório e contas. São estes os tipos de documento que, segundo os estatutos, a autoridade reguladora deve produzir, sendo, por isso, mais provável encontrar nestes documentos referências a indicadores de desempenho.

Tabela 3.5. Identificação de documentos que contêm indicadores de desempenho

Documento		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais	Planos de atividades	x	x	x	x	x		✓														
									✓													
										✓												
											✓											
												✓										
	Planos estratégicos												✓									
														✓								
															✓							
																✓						
																	✓					
Planos anuais	Planos de atividades e orçamento																		✓			
																				✓		
																					✓	
																						✓
	Relatórios de atividade										✓	✓	✓	✓						x	x	x
							✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓								
															✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas													✓		✓			✓			
Planos anuais	Relatório e contas	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Balanco social	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓							✓	✓	✓

Notas:  se tem indicadores;  se não tem indicadores;  se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis.

Documento (continuação)		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de atividades	x	x	x	x	x	x	x	✓				✓	✓		x	x	x	x			
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de regulação									✓		✓		✓								
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de regulação, supervisão e outras atividades															✓	✓	✓				
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório e contas	✓	✓	✓	✓																	
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano plurianual estratégico															✓						
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano plurianual de atividades e orçamento																	✓				
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Relatório e contas	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Plano plurianual de atividades e orçamento																	✓				
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - orçamento	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x		x	x	x	x
																		incluído no plano plurianual				
Número total de documentos com indicadores		2	4	4	4	3	5	6	7	7	9	8	8	8	8	8	8	8	10	11	9	7

Notas:  se tem indicadores;  se não tem indicadores; sem preenchimento se documentos indisponíveis;
 se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos.

Os indicadores de desempenho identificados em cada documento foram sistematizados numa tabela demasiado grande para constar deste relatório.

Posteriormente, procedemos abaixo à categorização desses indicadores em uma de três categorias: *input*, *output* e *final outcomes*. Note-se que esta categorização não é exaustiva, ou seja, não inclui todos os indicadores que a ANACOM reportou na sua documentação. O propósito é apenas demonstrar (i) que indicadores são tipicamente reportados pela ANACOM e (ii) a qual das três categorias pertencem.

Tabela 3.6. Categorização de indicadores utilizados

Categoria de indicador	Indicadores reportados	Categoria de indicador	Indicadores reportados
Inputs	Alterações do quadro de pessoal	Outputs	Publicação de guias
	Aquisição/renovação de equipamentos		Sessões de esclarecimento
	Aquisição de serviços		Colaborações com entidades
	Aquisição de <i>hardware</i> e <i>software</i>		Peritagens
	Aquisição de consumíveis		Atos normativos
	Reorganização interna		<i>Newsletters</i>
	Formação do quadro de pessoal		Apoio e/ou organização de eventos e seminários
	Orçamento		Consultas públicas
	Resultado líquido do exercício	Final outcomes	Desvio orçamental
	Elaboração/aprovação de regulamentos		Tempos médios/máximos de resposta
	Implementação de sistemas de informação		Ações de promoção de mercados abertos e concorrenciais
Outputs	Estudos para atividades gerais e específicas (realizados internamente ou contratados a terceiros)		Ações de proteção de direitos dos utilizadores
	Elaboração de folhetos informativos		Iniciativas de melhorias de eficiência e capacidade de atuação do regulador
	Promoção e apoio à realização de estudos por terceiros		Ações de promoção de cooperação institucional e técnica
	Ações de fiscalização		Percentagem de cumprimento de prazos legalmente ou internamente definidos
	Ações estratégicas		Número de visitantes/subscritores de meios da ANACOM (<i>site</i> , boletins, redes sociais)
	Campanhas de informação		Resposta a solicitações e pedidos de informação
	Realização de inquéritos		Execuções fiscais
	Auditorias		Coimas aplicadas e montantes envolvidos
	Processos de contraordenação		Tratamento de reclamações
	Publicações institucionais		Publicação de regulamentos
	Reuniões com <i>stakeholders</i> e Governo		Indicadores de preços
	Elaboração de recomendações e pareceres		Taxa de concretização de ações estratégicas
	Emissão de licenças		Lançamento de serviços de alerta
	Emissão de autorizações		Realização orçamental (receitas e despesas)
	Processos de execução fiscal		Indicadores de mercado
	Intervenções no terreno		
	Patrocínios		

Com base nesta categorização, conseguimos perceber as categorias de indicador que mais frequentemente são utilizadas em cada tipo de documento. De igual modo, é possível compreender a evolução ao longo do tempo, para cada tipo de documento, das categorias de indicador mais utilizadas. Veja-se, por exemplo, o caso dos planos plurianuais: entre 2002 e 2004 incluíam apenas indicadores de *inputs*; entre 2005 e 2006 passaram a incluir indicadores de *outcomes*; e a partir de 2007 (com exceção dos últimos anos) passaram a incluir também indicadores de *final outcomes*.

Tabela 3.7. Distribuição das categorias de indicador por tipo de documento

	Documento	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017														
Planos plurianuais	Planos de atividades	x	x	x	x	x	l: 6																													
								l:5																												
											l: 6																									
												l: 10 O:4																								
													l: 5 O:4																							
														l: 3 O:5 FO: 4																						
	Planos estratégicos												l: 2 O: 12 FO: 5																							
															l: 2 O: 11 FO: 6																					
																l: 2 O: 4 FO: 5																				
																	l: 6 O: 4																			
	Planos de atividades e orçamento																	l: 1 O: 1 FO: 6																		
																			l: 5 O: 5 FO: 7																	
																				l: 19 O: 5 FO: 5																
																					l: 7 O: 3															
Planos anuais	Relatórios de atividade											l: 5 O: 6 FO: 6		l: 5 O: 5 FO: 7		l: 5 O: 10 FO: 16		l: 4 O: 21 FO: 14																		
	Relatórios de regulação							l:3 O:7 FO:6		l:1 O:14 FO:14		l:5 O:6 FO:17		l:2 O:10 FO:17		l:3 O:7 FO:9		l:2 O:4 FO:6		l:2 O:9 FO:9																
	Relatórios de regulação, supervisão e outras atividades															l:2 O:18 FO:9		l:1 O:17 FO:17		l:1 O:10 FO:13		l:4 O:9 FO:13		l:1 O:22 FO:6		l:1 O:11 FO:18		l:1 O:7 FO:15		l:1 O:3 FO:21						
	Planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas														✓				✓				✓													
	Relatório e contas	l: 10 O: 17 FO:3		l: 6 O:12 FO:5		l:2 O:8 FO: 7		l:7 O:9 FO:4		l:7 O:6 FO:7		l:5 FO:2		l:5 FO:2		l:5		l:9		l:10 O:1 FO:1		l:7		l: 6		l: 6 O:3		l: 6 O:3		l: 8		l: 4		l: 4		l: 4
Balanco social	✓	l: 8		l: 8		l: 8		l: 8		l: 8		l: 8		l: 8														l: 10		l: 6		l: 6				

	Documento (continuação)	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017		
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de atividades	x	x	x	x	x	x	x	✓				✓	✓		x	x	x	x					
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de regulação										FO: 1	✓	✓	✓	FO: 1									
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de regulação, supervisão e outras atividades															✓	FO: 1	✓						
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório e contas	✓	I: 4	I: 6 O: 1	I: 4 O: 3																			
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano plurianual estratégico															I: 2								
																		✓				✓		
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano plurianual de atividades e orçamento																		I: 1					
																				I: 2				
																					I: 1			
	Pareceres do Fiscal Único/ Conselho Fiscal - Relatório e contas	I: 2	I: 2 FO: 1	I: 1 FO: 1	I: 1 FO: 1	I: 2 FO: 1	I: 3 O: 1 FO: 1	I: 3 FO: 1	I: 3	I: 7	I: 5 FO: 1	I: 5 FO: 1	I: 3 FO: 1	I: 3 FO: 1	I: 2 FO: 1	I: 1	I: 1	I: 1	I: 1	I: 1	I: 1	I: 1	I: 1	
Pareceres do Fiscal Único/ Conselho Fiscal - Plano plurianual de atividades e orçamento																		I: 3						
Pareceres do Fiscal Único/ Conselho Fiscal - Orçamento	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	incluído no plano plurianual	x	x	x	x		

I — inputs; O — outputs; FO — final outcomes.

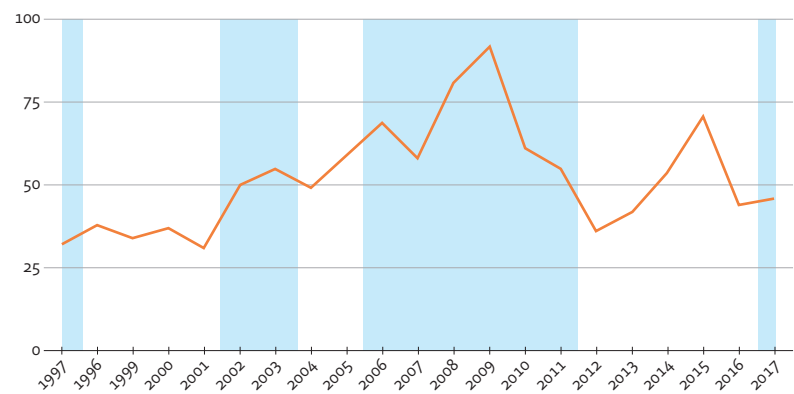
Notas:  se tem indicadores;  se não tem indicadores;  se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis

Fazendo agora uma análise global em cada ano, é possível identificar o número de indicadores únicos em todos os documentos, ou seja, cada indicador é contabilizado uma única vez mesmo que apareça em mais de um documento em cada ano. Este tipo de análise permite

compreender a evolução temporal da diversidade de indicadores utilizados pela ANACOM. Como mostra a figura 3.1, ao longo do tempo a ANACOM exibe uma tendência crescente no número de indicadores que reporta nos vários documentos produzidos todos os anos, sendo particularmente relevante o aumento registado entre 2001–2009 e depois entre 2013–2015.

Na figura 3.1. colocámos a sombreado os mandatos dos sete presidentes da ANACOM no período em análise. Veja-se que a evolução temporal dos indicadores reportados exibe uma larga coincidência com os respetivos mandatos (possivelmente com exceção do mandato 2006–2012, que apresenta tendências claramente distintas na primeira e na segunda metades).

Figura 3.1. Evolução temporal do número de indicadores únicos



Utilizando a categorização desses indicadores únicos ao longo do tempo (*inputs*, *outputs* ou *final outcomes*), é possível ver na figura 3.2. que diferentes categorias de indicador registam evoluções diferentes. Globalmente, os indicadores de *output* e *final outcomes* registam uma tendência de crescimento, particularmente acentuada entre 2007–2009 e 2014–2015. Já os indicadores de *input* registam um crescimento gradual até 2006, altura em que se inicia um período de decréscimo até 2014. Entre 2014–2015, regista-se, à semelhança de *outputs* e *final*

outcomes, um crescimento acentuado. Até 2007, a categoria com o maior número de indicadores únicos é a de *inputs*; já entre 2008–2012, essa categoria apresenta o menor número de indicadores únicos. A partir de 2012, o peso de *inputs* e de *final outcomes* aumenta, ao passo que o de *outputs* diminui (com exceção de 2014).

Figura 3.2. Evolução temporal do número de indicadores únicos por categoria



3.3.2. A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

A recolha de documentação da ERSE foi efetuada para o horizonte temporal 1997–2017. A ERSE foi criada em 1995, mas apenas em 1997 se aprovaram os seus estatutos. No *site* oficial da ERSE, os documentos utilizados como instrumentos de gestão só estão disponíveis a partir de 1997. Recolheram-se os seguintes tipos de documentos publicamente disponíveis:

Tabela 3.8. Tipo de documentação recolhida e analisada

Tipo de documento	Foram estes documentos identificados para esta entidade?	Em que consistem estes documentos?
Planos plurianuais	✓	Planos estratégicos plurianuais que descrevem e justificam conjuntamente ações a realizar durante vários anos, utilizando de base os respetivos orçamentos. Com estes documentos, a ERSE pretende tornar pública e completamente transparente a futura atuação nos setores que o Estado sujeitou à sua regulação, facilitando a compreensão e a avaliação dessa mesma atuação por consumidores, empresas, órgãos de soberania, instituições e pela sociedade em geral. As atividades a desenvolver são classificadas da seguinte forma: • Atividades relativas aos objetivos estratégicos anteriormente referidos – consideradas indispensáveis para os atingir. No final do período, algumas destas atividades adquirem um caráter permanente, nomeadamente as que respeitam ao setor do gás natural. Estas atividades encontram-se descritas no presente capítulo. • Atividades correntes – de caráter regular anual ou plurianual, previstas nos estatutos da ERSE, na legislação e nos regulamentos.
Planos anuais de atividades e orçamento	✓	Planos anuais de atividades que descrevem atividades a desenvolver no ano, sendo estas divididas em: • Atividades gerais - são atividades que podem ser consideradas «transversais» à estrutura organizativa da ERSE, i.e., atividades de responsabilidade repartida, ou que apesar de serem da responsabilidade de uma direção ou de um departamento, serão repartidas por um número alargado de quadros técnicos ou envolver mais de uma direção na sua execução; • Atividades específicas - são atividades cuja responsabilidade e elaboração podem ser atribuídas a uma direção ou a um departamento; • Proposta de orçamento.
Relatórios de atividade	✓	Relatórios de atividades sobre o que foi concretizado do plano anual.
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	✓	Pareceres e relatórios emitidos pelo Conselho Fiscal, pelo Conselho Consultivo e pelo Fiscal Único relativos aos planos de atividades, relatórios de atividades, relatórios e contas e orçamentos.

Foram recolhidos 135 documentos que estatutariamente esta autoridade reguladora deveria produzir, com a seguinte distribuição ao longo do tempo:

Tabela 3.9. Distribuição temporal da documentação recolhida e analisada

Tipo de documento		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais								✓			✓				✓			✗		✓		
Planos anuais	Plano de atividades		✓		✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Orçamento	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓
Relatórios de atividade / regulação	Relatório de atividades	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✗	✗		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Relatório e contas	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Balancos sociais							✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✗	✗	✗	✗	✗
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano de atividades						✗	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Pareceres do Conselho Consultivo - Orçamento	✗	✗	✗	✗	✗	✓				✗	✗	✗	✗								
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de atividades		✓			✓	✗		✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório e contas	✗	✗	✗	✗	✗	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓								
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Orçamento	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓												
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Plano Atividades e Orçamento										✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Relatório de Atividades e Contas														✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Relatório e Contas	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✓								
Número total de documentos analisados		3	5	5	5	6	8	9	10	8	8	8	7	8	9	8	7	6	7	6	7	7

Notas: ✓ se existe; ✗ se não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis
Quando existem, os planos plurianuais dizem respeito a mais de um ano. Assim, a tabela identifica o horizonte temporal previsto no plano plurianual.

À semelhança do que foi feito para a ANACOM, efetuou-se uma análise exaustiva e pormenorizada de cada um dos documentos, por forma a identificar todos aqueles em que existe pelo menos um indicador de desempenho.

Tabela 3.10. Identificação de documentos que contêm indicadores de desempenho

Documento		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais																						
Planos anuais	Plano de atividades																					
	Orçamento																					
Relatórios de atividade / regulação	Relatório de atividades																					
	Relatório e contas																					
	Balancos sociais																					
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano de atividades																					
	Pareceres do Conselho Consultivo - Orçamento																					
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de atividades																					
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório e contas																					
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Orçamento																					
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Plano atividades e orçamento																					
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Relatório de atividades e contas																					
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Relatório e contas																					
Número total de documentos com indicadores																						

Notas: se tem indicadores; se não tem indicadores; sem preenchimento se documentos indisponíveis;

se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos.

Os indicadores de desempenho identificados em cada documento foram sistematizados numa tabela que omitimos neste relatório.

À semelhança do que efetuámos para a ANACOM, procedemos abaixo à categorização desses indicadores, numa de três categorias: *input*, *output* e *final outcomes*. Esta categorização não é exaustiva, ou seja, não inclui todos os indicadores que a ERSE reportou na sua documentação.

Tabela 3.11. Categorização de indicadores utilizados

Categoria de indicador	Indicadores reportados
Inputs	Elaboração de regulamentos técnicos
	Revisão de regulamentos existentes
	Aquisição de hardware e software
	Aquisição/renovação de equipamentos
	Aquisição de consumíveis
	Aquisição de serviços
	Implementação de sistemas de informação
	Formação do quadro de pessoal
	Alterações do quadro de pessoal
	Orçamento
Outputs	Resultado líquido do exercício
	Estudos para atividades gerais e específicas (realizados internamente ou contratados a terceiros)
	Constituição de um Núcleo de Apoio ao Consumidor de Energia (NACE)
	Realização de inquéritos
	Elaboração de folhetos informativos
	Elaboração de recomendações e pareceres
	Artigos da autoria de membros da ERSE
	Ações de formação
	Seminários
	Publicação de documentos técnicos

Categoria de indicador	Indicadores reportados
Outputs	Divulgação de preços de referência e disponibilização de simuladores aos consumidores
	Inspecções aos registos de queixas e reclamações dos consumidores
	Aprovação de códigos de rede europeus
	Deliberações
	Atos normativos
	Boletim ERSE
	Newsletters
	Auditorias
	Ações de fiscalização
	Notas de ilicitude
Final outcomes	Processos de contraordenação
	Denúncias recebidas
	Decisões de condenação
	Arquivamentos
	Tratamento de reclamações
	Resposta a pedidos de informação
	Publicação de regulamentos
	Extinção de tarifas reguladas a clientes finais
	Pedidos de passagem a estatuto de cliente não vinculado
	Realização orçamental (receitas e despesas)

Com base nesta categorização, conseguimos perceber as categorias de indicador mais frequentemente utilizadas em cada tipo de documento:

Tabela 3.12. Distribuição das categorias de indicador por tipo de documento

Documento		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017																			
Planos plurianuais							l: 4 O: 2			l: 5 O: 2				l: 2 O: 1 FO: 2					l: 2 O: 1																						
Planos anuais	Plano de atividades	O: 1		l: 1 O: 2 FO: 2		l: 4 O: 1		l: 1 O: 2		l: 5 O: 1		x		l:6 O: 4		x		l: 3 O: 2		l: 2 O: 5 FO: 2		l: 3 O: 4 FO: 2		l: 2 O: 4		l: 2 O: 5		l: 3 O: 2		l: 4 O: 3		l: 4 O: 2 FO: 1		l: 4 O: 3		l: 4 O: 2		l: 5 O: 2		l: 5 O: 3	
	Orçamento	x	x	x	x	x	x	l: 1		l: 1		l: 1		l: 1		l: 1		l: 1		l: 1																					
Relatórios de atividade / regulação	Relatório de atividades	x	O: 4 FO: 2		l: 1 O: 8 FO: 3		l: 1 O: 7 FO: 1		l: 1 O: 7 FO: 1		l: 1 O: 9 FO: 2		l: 2 O: 8 FO: 2		l: 2 O: 12 FO: 3		x		x		x		x		x																
	Relatório e contas	l: 3 O: 4 FO: 1		l: 5 O: 5 FO: 1		l: 4 O: 6 FO: 1		l: 4 O: 7 FO: 1		l: 4 O: 7 FO: 1		l: 4 O: 9 FO: 2		l: 4 O: 8 FO: 2		l: 4 O: 12 FO: 3		l: 5 O: 4 FO: 4		l: 3 O: 4 FO: 5		l: 4 O: 6 FO: 5		l: 3 O: 6 FO: 6		l: 4 O: 8 FO: 3															
	Balancos sociais								l: 2		l: 2		l: 2		l: 2		l: 2		l: 2		l: 2		l: 2		l: 2		x		x		x		x		x						
	Pareceres do Conselho Consultivo - Plano de atividades								x		l: 1		l: 3		l: 2		x				x		x		x																
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Conselho Consultivo - Orçamento	x	x	x	x	x	l:1						x		x		x		x																						
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório de atividades			x				x		x		l: 1		x		x		x		x		x		x																	
	Pareceres do Conselho Consultivo - Relatório e contas	x	x	x	x	x	O: 2 FO: 3		FO: 2		l: 1 FO: 1		l: 1 FO: 1		l: 1 FO: 3		l: 1 FO: 1		l: 1 FO: 1		l: 2 FO: 1																				
	Pareceres do Fiscal Único/Conselho Fiscal - Orçamento	x	x								l: 2		l:1																												

Legenda: l — inputs. O — outputs; FO — final outcomes

Notas:  se tem indicadores;  se não tem indicadores;  se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis

Documento	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos	Pareceres do Fiscal Único/ Conselho Fiscal - Plano atividades e orçamento									I:1	I:1	I:2	I:1	I:1	I:1	I:1	I:1	I:1	x	I:1	I:1
	Pareceres do Fiscal Único/ Conselho Fiscal - Relatório de atividades e contas																				
	Pareceres do Fiscal Único/ Conselho Fiscal - Relatório e contas																				

Legenda: I — inputs. O — outputs; FO — final outcomes

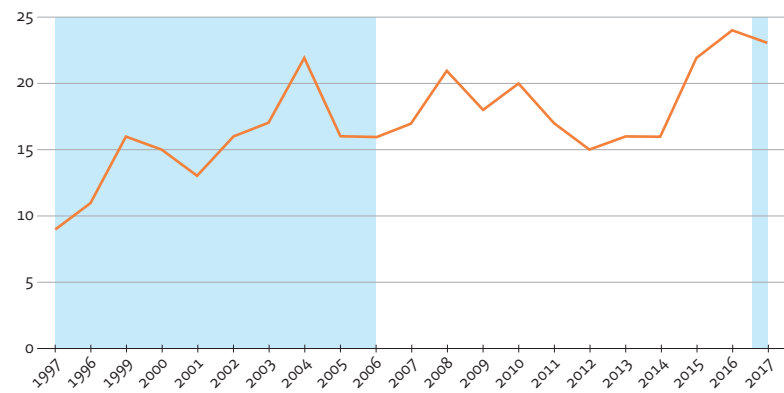
Notas:  se tem indicadores;  se não tem indicadores;  se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis

Fazendo agora uma análise global em cada ano, é possível identificar o número de indicadores únicos em todos os documentos, ou seja, cada indicador é contabilizado uma única vez mesmo que apareça em mais de um documento em cada ano. Este tipo de análise permite compreender a evolução temporal da diversidade de indicadores utilizados pela ERSE. Como mostra a figura 3.3, ao longo do tempo a ERSE tem aumentado o número de indicadores que reporta nos vários documentos produzidos anualmente, sendo particularmente relevante o aumento registado entre 2014 e 2015.

Na figura 3.3. colocamos a sombreado os mandatos dos três presidentes da ERSE no período em análise. Veja-se que a evolução temporal dos indicadores reportados exhibe uma larga coincidência com os respetivos mandatos — com exceção do período imediatamente posterior à aprovação da LQER, que ocorreu durante um dos mandatos. Assim, entre 1997 e 2005, a tendência global é de

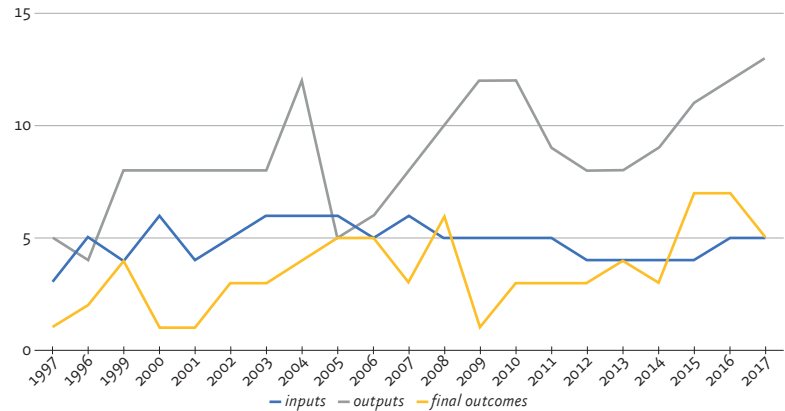
aumento no número de indicadores reportados. Entre 2006 e 2014, regista-se alguma oscilação, mas com uma tendência ligeiramente decrescente do número de indicadores mencionados. No entanto, entre 2014 e 2015, registou-se um aumento claro do número de indicadores de desempenho produzidos e reportados.

Figura 3.3. Evolução temporal do número de indicadores únicos



Utilizando a categorização desses indicadores únicos ao longo do tempo (*inputs*, *outputs* ou *final outcomes*), é possível ver na figura 3.4. alguma estabilidade no número de indicadores únicos de *inputs* utilizados em cada ano. Em contrapartida, é visível uma tendência de crescimento do número de indicadores únicos de *final outcomes* e, sobretudo, de *outputs*. Em particular, ambos registam um aumento significativo entre 2014 e 2015. Globalmente, em cada ano, a categoria com o maior número de indicadores únicos é a de *outputs*, seguida da de *inputs* e de *final outcomes*.

Figura 3.4. Evolução temporal do número de indicadores únicos por categoria



3.3.3. A Autoridade da Concorrência

A recolha de documentação da Autoridade da Concorrência foi efetuada para o horizonte temporal 2003–2017. A AdC é uma

entidade administrativa independente, criada em 2003, com poderes transversais sobre a economia portuguesa para a aplicação das regras de concorrência, em coordenação com as entidades reguladoras setoriais. No *site* oficial da AdC, os documentos estão disponíveis a partir de 2003. Foram recolhidos os seguintes tipos de documentos publicamente disponíveis:

Tabela 3.13. Tipo de documentação recolhida e analisada

Tipo de documento	Foram estes documentos identificados para esta entidade?	Em que consistem estes documentos?
Planos plurianuais	✓	O plano estratégico (plurianual), que se segue ao plano de lançamento, integra as grandes linhas de orientação que vão presidir à política a prosseguir pela AdC no período correspondente à sua consolidação interna e externa. Trata - se, pois, de um documento orientador, sujeito a uma reavaliação periódica, que será concretizado nos planos anuais de atividades. <i>Nota: nada é dito acerca deste tipo de documentos no decreto-lei n.º 10/2003, apenas no decreto-lei n.º 125/2014.</i>
Planos anuais	✓	O plano anual de atividades consitui um documento de gestão previsional a refletir os objetivos, atividades e projetos da organização, inspirando-se no plano estratégico plurianual do período que integra. <i>Nota: tipo de documento já previsto no decreto-lei n.º 10/2003, revogado pelo atual decreo-lei em vigor (decreto-lei n.º 125/2014).</i>
Relatórios de atividade / regulação	✓	Cabe ao conselho de administração, de acordo com a alínea h) do n.º2 do artigo 19.º do decreto-lei n.º 125/2014, a elaboração do plano de atividades e a programação do seu desenvolvimento e relatórios, designadamente o relatório de atividades, a submeter anualmente à Assembleia da República e ao Governo. <i>Nota: tipo de documento já previsto no decreto-lei n.º 10/2003, revogado pelo atual decreto-lei em vigor (decreto-lei n.º 125/2014).</i>
Relatório e parecer do fiscal único	✓	O orçamento e o plano de atividades da AdC são submetidos a parecer do fiscal único (artigo 37º do decreto-lei n.º 125/2014). Compete ao fiscal único dar parecer sobre plano de atividades e orçamento em cumprimento do disposto na alinea b) do n.º 1 do artigo 28.º do decreto-lei n.º 125/2014. <i>Nota: Este papel estava já previsto no decreto-lei n.º 10/2003, revogado pelo atual decreto-lei em vigor (decreto-lei n.º 125/2014).</i>
Prioridades da política de concorrência	✓	Este documento anual tem por objetivo enunciar as prioridades da política de concorrência da AdC para o ano seguinte, no cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 7.º da lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo o qual, «[d]urante o último trimestre de cada ano, a Autoridade da Concorrência publicita na sua página eletrónica as prioridades da política de concorrência para o ano seguinte, sem qualquer referência setorial no que se refere ao exercício dos seus poderes sancionatórios». As leis revogadas pela presente lei não previam este documento.
Balanços sociais	✓	A elaboração do balanço social obedece ao previsto na alínea f) do n.º1 do artigo 21.º da lei-quadro das entidades reguladoras aprovada pela lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e ao que se encontra regulamentado pelo decreto-lei n.º 190/96, de 9 de outubro («O balanço social é, nas empresas privadas, simultaneamente um meio de informação, um utensílio de negociação ou de concertação e um instrumento de planeamento e gestão nas áreas sociais e de recursos humanos. Nesse sentido, foi a sua elaboração tornada obrigatória em todas as empresas com, pelo menos, 100 trabalhadores (...)).»).

Foram recolhidos os seguintes documentos com a respetiva distribuição ao longo do tempo:

Tabela 3.14. Distribuição temporal da documentação recolhida e analisada

Documento	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais		✓*			✓				✓			✗	✗	✗	✗
Planos anuais	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Relatórios de atividade/regulação	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Relatório e parecer do fiscal único	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓
Prioridades da política de concorrência											✓	✓	✓	✓	✓
Balanços sociais											✓	✓	✓	✓	✓
Número total de documentos analisados	2	2	2	2	2	2	3	3	3	3	5	4	4	5	5

Notas: ✓ se existe; ✗ se não existe mas deveria existir segundo os estatutos; ✓* segundo o plano estratégico 2006–2008, existiu um plano estratégico 2003–2005, mas este não consta dos documentos nem do site da AdC; sem preenchimento se documentos indisponíveis documentos indisponíveis.

Quando existem, os planos plurianuais dizem respeito a mais de um ano. Assim, a tabela identifica o horizonte temporal previsto no plano plurianual.

De forma análoga ao que foi feito para a ANACOM e a ERSE, efetuámos uma análise exaustiva e pormenorizada de cada um dos documentos, por forma a identificar todos aqueles em que existe pelo menos um indicador de desempenho.

Tabela 3.15. Identificação de documentos que contêm indicadores de desempenho

Documento	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais		✓			✓				✓			✗	✗	✗	✗
Planos anuais	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Relatórios de atividade/regulação	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Relatório e parecer do fiscal único	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓
Prioridades da política de concorrência											✓	✓	✓	✓	✓
Balanços sociais											✓	✓	✓	✓	✓
Número total de documentos analisados	2	2	2	2	2	2	3	3	3	3	4	3	3	4	4

Notas: ✓ se tem indicadores; ✗ se não tem indicadores; ✗ se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis documentos indisponíveis.

Os indicadores de desempenho identificados em cada documento foram sistematizados numa tabela que não apresentamos neste relatório.

Procedemos à sua categorização em uma de três categorias: *input*, *output* e *final outcomes*.

Tabela 3.16. Categorização de indicadores utilizados

Categoria de indicador	Indicadores reportados
Inputs	Alterações do quadro de pessoal
	Formação do quadro de pessoal
	Orçamento
	Reorganização interna
	Implementação de sistemas de informação
	Elaboração de manuais de uniformização de procedimentos
	Ferramentas de produtividade e de partilha de informação
	Aquisição/renovação de equipamentos
Outputs	Aquisição de <i>hardware</i> e <i>software</i>
	Operações analisadas/aprovadas
	Estudos (realizados internamente ou contratados a terceiros)
	Recomendações ao Governo
	Processos concluídos
	Análises de mercado
	Parcerias e protocolos
	Notícias na Internet
	Propostas de revisão legislativa
	Reuniões
	Manuais de procedimentos
	Eventos
	Ações de investigação e supervisão
	Decisões, recomendações e pareceres
	Aberturas de inquérito
	Sessões de divulgação e esclarecimento

Categoria de indicador	Indicadores reportados
Outputs	Avaliações prévias
	Publicação de guias informativos
	Desenvolvimento de funcionalidades na página da Internet
	Processos de contraordenação
	<i>Newsletters</i>
	Seminários
	Comunicados de imprensa
	Conferências de imprensa
	Participação em comités internacionais
	<i>Working papers</i>
Final outcomes	Número de notícias abonatórias
	Índice de satisfação de clientes
	Tempo médio de resposta a queixas
	Índice de confiança pública do cliente
	Número de estrelas no <i>ranking Global Competition Review</i>
	Indicadores de eficiência e eficácia (tempo médio de instrução de processos, taxa de rigor do planeamento, custo/receita por processo, receita líquida por processo e participante)
	Taxa de cumprimento de prazos de referência
	Taxa de concretização das ações estratégicas
	Desvio orçamental
	Número de casos em tribunal
	Tempos para atribuição de recursos
	Tempo médio de resposta a pedidos
	Prazos de emissão de decisões
	Prazos de decisão de arquivamento
	Prazo médio de decisão para operações notificadas
	Iniciativas de redução de custos de funcionamento
	Número de queixas
	Número de visitas ao <i>site</i>
	Taxa de cumprimento do direito de acesso à informação
	Realização orçamental (receitas e despesas)
	Desvio orçamental
	Posição no <i>ranking Global Merger Control Index</i>

Com base nesta categorização, conseguimos perceber as categorias de indicador mais frequentemente utilizadas em cada tipo de documento:

Tabela 3.17. Distribuição das categorias de indicador por tipo de documento

Documento	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Planos plurianuais	I: 3 O: 6			I: 4 O: 7 FO: 8			I: 2					x	x	x	x
Planos anuais	x	x	x	x	x	x	I: 3 O: 9 FO: 13	I: 3 O: 11 FO: 4	I: 4 O: 12 FO: 7	I: 4 O: 8 FO: 3	I: 4 O: 11 FO: 5	I: 4 O: 6 FO: 2	I: 4 O: 9 FO: 6	I: 4 O: 10 FO: 11	I: 4 O: 12 FO: 11
Relatórios de atividade/regulação	I: 1 O: 8	I: 1 O: 8 FO: 2	I: 3 O: 8 FO: 1	I: 3 O: 7 FO: 1	I: 3 O: 11 FO: 3	I: 3 O: 11	I: 5 O: 13 FO: 2	I: 4 O: 14 FO: 3	I: 3 O: 9 FO: 2	I: 3 O: 8 FO: 1	I: 4 O: 6 FO: 1	I: 3 O: 6 FO: 1	I: 4 O: 10 FO: 6	I: 3 O: 11 FO: 5	I: 4 O: 11 FO: 2
Relatórios e pareceres do fiscal único	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x		I: 1 O: 1
Prioridades da política de concorrência												✓	✓	✓	✓
Balanços sociais												I: 2	I: 2	I: 2	I: 2

Legenda: I — inputs. O — outputs; FO — final outcomes

Notas: ✓ se tem indicadores; ✗ se não tem indicadores; x se o documento não existe mas deveria existir segundo os estatutos; sem preenchimento se documentos indisponíveis

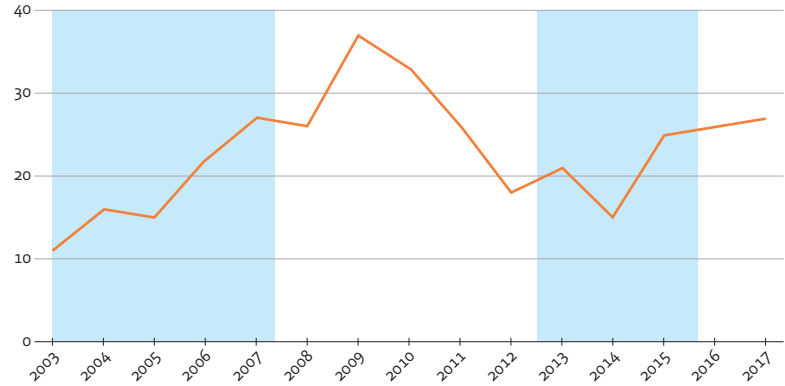
Fazendo agora uma análise global em cada ano, é possível identificar o número de indicadores únicos em todos os documentos, ou seja, cada indicador é contabilizado uma única vez mesmo que apareça em mais de um documento em cada ano. Este tipo de análise permite compreender a evolução temporal da diversidade de indicadores utilizados pela AdC. Como mostra a figura 3.5, ao longo do período analisado, a AdC regista uma tendência de aumento do número de indicadores que reporta nos vários documentos produzidos anualmente. No entanto, são claramente identificáveis três fases

distintas: uma fase inicial de aumento (2003–2009), depois uma fase de diminuição (2009–2014) e, no final do período, uma nova fase de aumento (2014–2017).

Na figura 3.5. colocamos a sombreado os mandatos dos quatro presidentes da AdC no período em análise. O primeiro mandato é caracterizado por uma clara tendência de aumento no número de indicadores reportados. O segundo mandato divide-se em duas fases: uma primeira fase até 2009, em que se observa a continuação da tendência anterior de aumento, e uma segunda fase, em que se

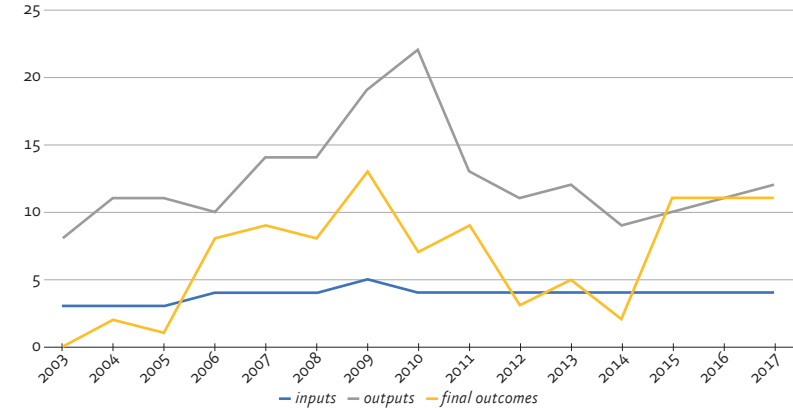
registra um claro decréscimo. O terceiro mandato apresenta também duas fases: uma primeira fase de decréscimo e uma segunda fase de aumento.

Figura 3.5. Evolução temporal do número de indicadores únicos



Utilizando a categorização desses indicadores únicos ao longo do tempo (*inputs*, *outputs* ou *final outcomes*), é possível ver na figura 3.6. que diferentes categorias de indicador registam evoluções diferentes. Globalmente, os indicadores de *output* e *final outcomes* registam uma tendência de crescimento, particularmente acentuada entre 2003–2008/2009 e 2014–2015. Já os indicadores de *input* são relativamente estáveis ao longo do tempo. A categoria de indicadores com o maior peso é a de *outputs* (com exceção de 2015).

Figura 3.6. Evolução temporal do número de indicadores únicos por categoria



3.4. Discussão e conclusão

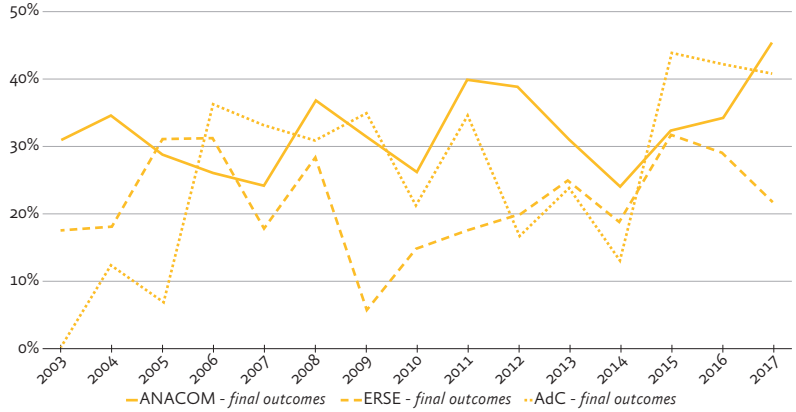
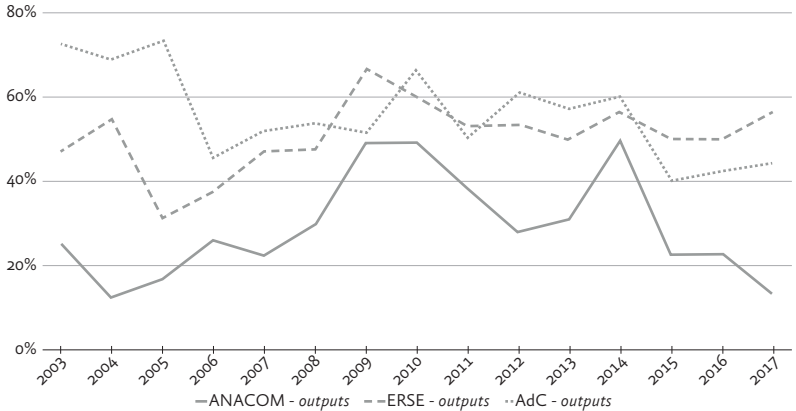
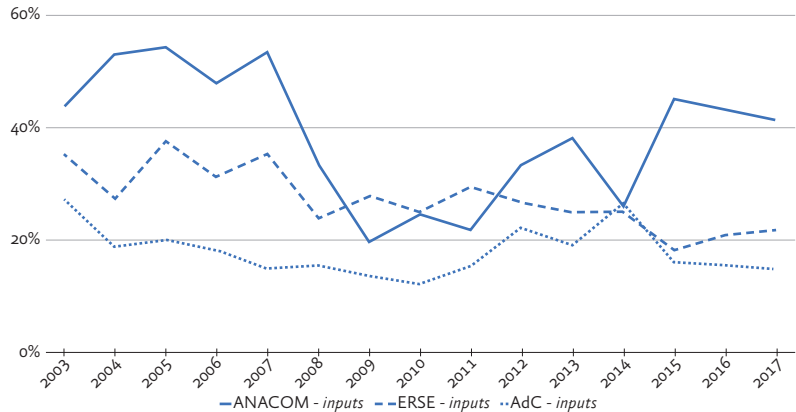
Neste capítulo, propusemo-nos analisar indicadores de atividade reportados pelas entidades reguladoras selecionadas. Após uma contextualização do processo de avaliação do desempenho das entidades reguladoras, analisámos o sistema de indicadores estabelecido por cada entidade reguladora selecionada. Foi um exercício exaustivo de análise de documentos produzidos pela ANACOM e pela ERSE no período 1997–2017 e pela AdC no período 2003–2017.

Nas três entidades reguladoras analisadas, são apresentados indicadores de desempenho em praticamente todos os tipos de documentação produzida. No entanto, é mais frequente encontrá-los nos planos plurianuais e nos planos anuais — documentos

que emanam diretamente das autoridades reguladoras e não dos seus órgãos de fiscalização ou consultivos.

Utilizando a categorização que fizemos desses indicadores únicos (*inputs*, *outputs* ou *final outcomes*), e centrando a nossa análise num período para o qual existem dados para todas as entidades reguladoras — 2003–2017 —, calculámos o peso de cada categoria de indicador no total para cada um dos anos e para cada entidade reguladora (figura 3.7).

Figura 3.7. Evolução temporal do peso de cada categoria de indicador entre entidades reguladoras



A primeira observação possível é que se observa uma tendência de redução do peso de indicadores de *input* ao longo do tempo, tendência essa que é comum às três entidades reguladoras (e mais acentuada para a ANACOM). Já no que toca a indicadores de *output*, a AdC surge em claro contraste com a ANACOM e a ERSE: ao passo que o peso dos indicadores de *output* na ANACOM e na ERSE regista uma tendência de subida ao longo do período, verifica-se o oposto no caso da AdC. Finalmente, no que toca a indicadores de *final outcomes*, o peso destes regista um aumento ao longo do tempo, mas bastante mais pronunciado para a AdC do que para a ANACOM e para a ERSE.

Centrando a nossa atenção no número total de indicadores de desempenho constantes da documentação produzida em cada ano, e relativamente à ANACOM, é visível um crescimento ao longo do tempo, sugestivo de que a entidade tem vindo a aumentar a diversidade de indicadores de desempenho que desenvolve e reporta. É muito notório um aumento desse número de indicadores entre 2001–2009 e 2013–2015. No entanto, esta evolução parece ser explicada pelos mandatos dos presidentes dos conselhos de administração. Assim, não sendo de excluir uma eventual contribuição da LQER para um aumento dos indicadores de desempenho elaborados e reportados pela ANACOM, é difícil isolar o efeito da LQER do efeito de mudança de mandato do presidente em junho de 2012.

Já no caso da ERSE, é visível um crescimento ao longo do tempo do número de indicadores de desempenho constantes da documentação produzida, sugestivo de que a ERSE tem vindo a aumentar a diversidade de indicadores de desempenho que

desenvolve e reporta. É muito notório um aumento desse número de indicadores entre 2014 e 2015, particularmente no que toca a *outputs* e *final outcomes*. Durante esse período, não se registou qualquer alteração de mandato da presidência da ERSE, pelo que é plausível que a entrada em vigor da LQER tenha levado a um claro aumento do número de indicadores de desempenho produzidos e reportados.

Para a AdC, é visível um crescimento ao longo do tempo, sugestivo de que a AdC tem vindo a aumentar a diversidade de indicadores de desempenho que desenvolve e reporta. No entanto, identificam-se facilmente três fases: uma inicial, de crescimento, seguida de uma fase de diminuição e, finalmente, uma nova fase de crescimento. Com exceção do primeiro mandato do presidente do conselho de administração, em que se regista um crescimento no número de indicadores reportados, os restantes mandatos caracterizam-se por períodos de crescimento e decréscimo. Assim, não sendo de excluir uma eventual contribuição da LQER para um aumento dos indicadores de desempenho elaborados e reportados pela AdC, é difícil isolar o efeito específico da entrada em vigor da LQER.

Capítulo 4

Análise ex post do impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

O presente capítulo visa fornecer uma avaliação de impacto retrospectiva da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS). Este tribunal foi criado na sequência do Memorando de Entendimento de 2011, e a sua criação, a par da aprovação da LQER, compôs o quadro institucional entendido como necessário ao aumento da eficiência da regulação. Tendo já passado cerca de oito anos sobre esta mudança institucional, pretende-se aferir, na medida do possível e com base em dados empíricos, o grau de sucesso na realização dos objetivos que estiveram na base da decisão da criação desta jurisdição especializada, bem como analisar potenciais oportunidades para se aprofundar o grau de realização desses objetivos no futuro. Esta análise não incluirá a ponderação dos efeitos da deslocalização do TCRS para Santarém.

4.1. Introdução

4.1.1. Objetivos da criação do TCRS

O Memorando de Entendimento de 2011, que permitiu a Portugal o acesso ao resgate financeiro pela Troica, incluiu algumas contrapartidas relativas à adoção de medidas que visavam uma maior especialização, eficiência e celeridade do sistema judicial nacional

em geral³⁶¹. Nesta ótica, o Memorando debruçou-se com uma atenção especial sobre algumas áreas do direito e tipos de litígios (*e.g.*, casos perante os tribunais fiscais³⁶², processos de insolvência nos tribunais comerciais³⁶³). Entre estas contrapartidas incluía-se a obrigação de «tornar completamente operacionais os tribunais especializados em matéria de concorrência e de direitos de propriedade intelectual».

A inclusão desta obrigação no Memorando de Entendimento realça que a decisão de criação do TCRS foi feita com um pano de fundo de preocupações do Estado (e dos seus parceiros internacionais) pela saúde da economia nacional. Dito de outro modo, este conjunto de medidas relativas à melhoria do sistema judicial foi, pelo menos em parte, visto como um meio para um fim, sendo esse fim a *promoção da sustentabilidade e crescimento da economia portuguesa* (no contexto do combate à crise financeira, ao endividamento público e ao défice das contas públicas).

Procedeu-se à criação do TCRS através da lei n.º 46/2011, de 24 de junho (criação), do decreto-lei n.º 67/2012, de 20 de março (instituição), da portaria n.º 83/2012, de 29 de março, e da portaria n.º 84/2012, de 29 de março (instalação)³⁶⁴. O TCRS foi instalado com efeitos a partir de 30 de março de 2012.

De acordo com este pacote legislativo inicial (em especial, o preâmbulo do decreto-lei n.º 67/2012), a criação do TCRS prossegue objetivos de «benefícios económicos, materiais e judiciais», a saber:

- «acima de tudo, uma jurisprudência uniforme visando acautelar as entidades reguladoras em presença»;
- «aumento da eficiência e redução dos custos e desperdícios»;
- «combater a morosidade na justiça», procurando reduzir «o número de pendências e o tempo médio de duração dos processos» e conseguindo «uma distribuição dos processos mais eficiente e que permita, no futuro, uma decisão melhor e mais célere» («obter uma melhor distribuição do volume processual que assegure uma decisão mais célere, mais justa e apropriada à matéria em causa»);
- conseguir, especificamente, uma «melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do número de pendências nos Tribunais do Comércio»;
- promover a «credibilização da justiça», atendendo às «necessidades de especialização de algumas matérias e o volume e complexidade processual que lhes são inerentes» («natureza e dimensão dos conflitos»), e «assegurar uma melhor repartição da competência material dos tribunais de acordo com a especificidade e a complexidade das questões», bem como o «impacto supranacional dos bens jurídicos em causa», «garantindo uma decisão mais célere e mais adequada para estas questões»; e
- promover a «aproximação [da justiça] aos cidadãos».

- Após a criação do TCRS, foram adotadas/revistas as seguintes normas relativas ao TCRS, com os seguintes efeitos, em síntese:

Tabela 4.1. Normas relativas ao TCRS

A partir de...	Normas	Principais alterações
agosto de 2013	artigo 83.º(3)(b) da lei n.º 62/2013, de 26 de agosto	N/A (meramente sistemático).
agosto de 2013	artigo 188.º(5) da lei n.º 62/2013, de 26 de agosto	Regra especial de competência do TRL para recursos do TCRS (derrogando regra geral territorial que daria competência ao TRE).
março de 2014	artigo 65.º(h) e Mapa IV do decreto-lei n.º 49/2014, de 27 de março, revisto pela lei n.º 19/2019, de 19 de fevereiro	TCRS passa a dispor de três juízes.
agosto de 2018	artigo 112.º da lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, revisto pela lei n.º 23/2018, de 5 de junho	Revisão da lista de autoridades sujeitas ao TCRS e eliminação da cláusula aberta de competência. Alargamento da competência a ações de private enforcement da concorrência.
agosto de 2019	artigo 67.º(3) e (5) da lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, revisto em último lugar pela lei n.º 55/2019, de 5 de agosto	Criação no TRL de secção especializada para recursos de todas as ações do TCRS e do Tribunal da Propriedade Intelectual.

N/A = não aplicável.

Nenhuma destas alterações legislativas foi acompanhada de preâmbulo ou motivação que incluísse uma justificação relativa às alterações relevantes para o TCRS e atribuível ao legislador. No entanto, a lei n.º 23/2018 resultou de um anteprojeto preparado pela Autoridade da Concorrência, cuja exposição de motivos justificou nos seguintes termos a centralização no TCRS de todas as ações de *private enforcement* da concorrência:

«As razões sobre a atribuição de competência especial a um tribunal para julgar recursos de decisões da AdC assentam essencialmente na especificidade das matérias de direito e economia da concorrência e na conveniência de que seja um tribunal especializado a lidar sempre com estes tipos de matérias, para benefício da qualidade das decisões judiciais e, em termos mais gerais, da boa administração da justiça.

A mesma ordem de razões aconselha a que também as ações de indemnização fundadas em infrações ao direito da concorrência sejam apreciadas e julgadas por um tribunal especializado em matéria de concorrência, em benefício da melhoria da cultura jurídica de concorrência em Portugal.

Para além das vantagens da especialização, já mencionadas, e de por essa via se evitar a fragmentação, pelos tribunais cíveis de todo o país, do julgamento de ações de indemnização com uma causa de pedir tão específica, acresce a ligação que, na maioria dos casos, haverá entre a ação de indemnização e o processo contraordenacional que investiga e sanciona a mesma infração ao direito da concorrência. De facto, verifica-se que a maioria das ações de indemnização por violação de normas de defesa da concorrência são ações «follow-on», isto é, são intentadas depois de uma autoridade de concorrência haver apreciado

e sancionado a infração que lhes serve de causa de pedir. Há, assim, toda a vantagem em aproveitar, quando seja o caso, o «know-how» decorrente do julgamento no qual o tribunal escrutinou a decisão da AdC que declarou a existência da infração que, depois, fundará o pedido de indemnização, à semelhança, aliás, do que pode suceder em sede penal.»³⁶⁵

À luz do que antecede, atendendo às posições públicas do legislador, podemos identificar os seguintes objetivos de criação do TCRS:

Objetivos de criação do TCRS

- A) uma justiça com menos pendências e mais célere:
 - A.1. nos Tribunais do Comércio;
 - A.2. noutros tribunais cujas competências foram transferidas para o TCRS;
 - A.3. nos recursos das decisões dos reguladores sujeitos à competência do TCRS (em especial, atendendo à dimensão e complexidade dos processos);
 - B) uma justiça mais eficiente e com menores custos;
 - C) uma justiça melhor:
 - C.1. mais especializada;
 - C.2. com melhor qualidade das decisões judiciais;
 - C.3. mais uniforme;
 - C.4. que «acautele» as entidades reguladoras;
 - D) uma justiça mais próxima dos cidadãos.
-

É à luz destes objetivos expressos que o presente estudo deve aferir o sucesso da criação do TCRS, bem como verificar se as características

específicas do regime do TCRS poderiam ser alteradas de modo a atingir em maior medida estes objetivos, ou se essas características vão para além do que é necessário para atingir aqueles objetivos. Dito isto, o presente estudo considerará também um leque mais amplo de vantagens que a doutrina³⁶⁶ tem associado à criação de tribunais especializados (ainda que nem todas estas vantagens tenham sido expressamente incluídas nos objetivos de criação do TCRS referidos nos documentos acima citados), algumas das quais já refletidas nos objetivos de criação do TCRS identificados *supra*, a saber:

- (i) especialização dos decisores ao nível do conhecimento e das competências (incluindo facilitação da formação especializada dos magistrados);
- (ii) redução do potencial para decisões judiciais erradas;
- (iii) aumento da celeridade processual;
- (iv) possibilidade de criação de procedimentos próprios específicos adaptados à área de especialização;
- (v) maior grau de uniformidade da jurisprudência;
- (vi) menor grau de inversão de decisões em instâncias superiores;
- (vii) maior eficiência na gestão dos recursos afetados aos tribunais (aumento dos *outputs* para um dado nível de *inputs*, mantendo-se o nível de qualidade); e
- (viii) maior sensibilidade à realidade regulada e maior conhecimento da vida económica e dos sujeitos de direito em questão.

4.1.2. Entidades sujeitas ao TCRS

Pelo menos na sua configuração inicial³⁶⁷, o TCRS era um tribunal especializado em decidir, não os processos em que estejam em causa certas áreas do direito, mas aqueles em que se recorre das decisões de certas entidades públicas. O âmbito de competências do TCRS era — e continua a ser — delimitado, primordialmente, através dos sujeitos de direito que são os réus das ações (legitimidade passiva).

Inicialmente, foi atribuída a competência ao TCRS para conhecer recursos em processos contraordenacionais da/o(s):

- (i) AdC;
- (ii) ANACOM;
- (iii) BP;
- (iv) CMVM;
- (v) ERC;
- (vi) ISP (hoje, ASF)³⁶⁸; e
- (vii) «das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão»³⁶⁹.

A opção pelo acréscimo desta última cláusula aberta visou dotar a lei da flexibilidade necessária para se ajustar à criação de novos reguladores independentes, sem ter de se rever constantemente esta norma. Infelizmente, deu início a controvérsias jurisprudenciais que levaram a profundas incertezas sobre o âmbito de competência do TCRS e, finalmente, obrigaram à intervenção do legislador.

Aquando da criação do TCRS, o legislador terá provavelmente pressuposto que a expressão «entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão» era suficientemente clara e precisa para se saber que se pretendiam identificar os reguladores independentes que viriam a ser elencados na LQER³⁷⁰. Além das entidades já acima referidas, a LQER inclui no elenco dos reguladores:

- (i) AMT;
- (ii) ANAC;
- (iii) ERS;
- (iv) ERSAR; e
- (v) ERSE.

Além destas entidades, o próprio TCRS entendeu que se tinham de incluir no conceito de «entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão» (adiante, EAI-FRS) o CNPD e o CNSA (entretanto extinto e sucedido pela CMVM), por partilharem as mesmas características fundamentais das outras entidades sujeitas à sua jurisdição.

Mas rapidamente surgiram dúvidas quanto à inclusão de outras entidades no âmbito das competências do TCRS, com alguns tribunais comuns (juízos de pequena instância criminal) a defenderem uma interpretação muito ampla do conceito de EAI-FRS, que resultaria em reduzir drasticamente a sua carga de trabalho. Estes casos levaram a conflitos negativos de competências, ou seja, a situações em que tanto os tribunais comuns como o TCRS afirmavam

não ter competência para decidir determinado recurso de uma contraordenação.

Nestas situações, é chamado a intervir o STJ, a quem cabe decidir qual o tribunal competente. Em particular, o STJ foi chamado a decidir conflitos negativos de competência relativos ao INFARMED, ao IMPIC, à ASAE e ao IGAMAOT³⁷¹.

Pronunciaram-se sobre estes conflitos os presidentes das 3.^a e 5.^a secções do STJ, em termos que começaram por ser diametralmente opostos. No entanto, após a mudança da presidência de uma destas secções, a posição das presidências das duas secções do STJ passou a ser harmoniosa, indo sempre (com uma exceção) no sentido de alargar as competências do TCRS e de enquadrar mais entidades no conceito de EAI-FRS. Este alargamento de competências do TCRS foi sempre feito com a concordância dos procuradores da República intervenientes e com a oposição (com uma exceção) dos particulares.

Ou seja, o alargamento de competências do TCRS por via jurisprudencial (ou seja, por imposição do STJ) estava a ser feito contra a vontade do TCRS e da esmagadora maioria dos particulares recorrentes, com o apoio dos tribunais comuns de primeira instância e da Procuradoria da República.

A controvérsia jurisprudencial começou em janeiro de 2013³⁷², iniciando-se com os casos do INFARMED. Não havia dúvidas de que o INFARMED exercia funções de regulação e supervisão. O presidente da 5.^a secção deliberou que o INFARMED não era uma EAI-FRS (e não estava sujeito à competência do TCRS), por lhe faltar a componente de «independência funcional», já que atuava «sob superintendência

e tutela do respetivo Ministro»³⁷³. Já o presidente da 3.ª secção concluiu, com uma fundamentação muito sucinta (afirmando que «o caso não carece de longas divagações»), que o INFARMED era uma EAI-FRS, por entender que a «independência» das EAI-FRS não impedia que estas estivessem sob a tutela e direção do Governo³⁷⁴. Também uma decisão do TRL entendeu que o facto de uma entidade pública estar sujeita a orientações e diretivas do Governo não significava que esta não fosse independente³⁷⁵. As decisões seguintes da 3.ª secção simplesmente remeteram para, ou reproduziram, os termos desta primeira decisão³⁷⁶. Em março de 2013, mudou a presidência da 5.ª secção e foi adotada uma primeira decisão desta secção que atribuiu a competência ao TCRS, aderindo à posição da 3.ª secção, sem fundamentação adicional³⁷⁷.

Enquanto isto sucedia, o TCRS não desistia de se declarar incompetente para decidir processos do INFARMED, por entender que este não era uma EAI-FRS. Ao fim de alguns casos, as pronúncias do STJ sobre estes conflitos negativos de competência — que quase chegaram às três dezenas — passaram a adotar um tom de agastamento. Ou seja, durante alguns anos, o TCRS esteve em guerra (não declarada) com o STJ, recusando — em nosso entender, com razão — aceitar a interpretação deste do conceito de EAI-FRS³⁷⁸.

Em 2015, o STJ aplicou a mesma lógica da sua jurisprudência para alargar as competências do TCRS ao IMPIC³⁷⁹. Novamente, nos poucos casos seguintes em que os tribunais comuns também entenderam que devia ser o TCRS a decidir recursos de contraordenações do IMPIC, o TCRS continuou a discordar do STJ e a declarar-se incompetente³⁸⁰.

O único conflito negativo de competências deste género que o STJ decidiu no sentido de não atribuir competência ao TCRS foi uma disputa relativa à competência para conhecer contraordenações impostas pelo IGAMAOT. Ainda assim, o STJ manteve-se fiel à sua posição anterior. A sua conclusão de que a competência cabia aos tribunais comuns baseou-se, não na falta de independência, mas na conclusão de que o IGAMAOT era um serviço central da administração direta do Estado que não desempenhava funções de regulação e supervisão³⁸¹. Na realidade, este caso aumentou ainda mais a insegurança jurídica, porque se passou a ter dúvidas, não apenas sobre o critério da independência, mas também sobre o que constituíam «funções de regulação e supervisão», já que os poderes de auditoria e inspeção do IGAMAOT poderiam, à partida, enquadrar-se nesse conceito.

Por fim, em fevereiro de 2017, o STJ decidiu que o TCRS também era competente para conhecer recursos de contraordenações impostas pela ASAE³⁸².

Este foi um ponto de viragem. A posição do STJ não podia continuar a ser ignorada. A implicação da surpreendente interpretação do STJ quanto ao requisito de independência no conceito de EAI-FRS significava que, cinco anos após a criação do TCRS, este estava em vias de se tornar um tribunal com competência para conhecer os recursos de processos contraordenacionais de praticamente todas as entidades administrativas da administração direta e indireta. Na prática, o STJ estava em vias de destruir — ou, pelo menos, de alterar drasticamente — a especialização do TCRS, transformando-o num tribunal de recurso contraordenacional para todas as áreas do direito,

em vez de um tribunal especializado em recursos contraordenacionais provenientes de reguladores independentes, que aplicam direito da concorrência ou direito da regulação setorial. Ou seja, o TCRS tornar-se-ia o único tribunal em todo o país com competência para julgar recursos de contraordenações impostas por todas — ou quase todas — as entidades administrativas nacionais, independentemente da área do direito em causa, da complexidade do processo, do local de residência/sede do destinatário da contraordenação, etc.

Ainda no mesmo ano, o STJ mostrou sinais de começar a reconhecer as implicações indesejáveis da sua abordagem. Em junho de 2017, chamado a dirimir outro conflito negativo de competências sobre um recurso de contraordenação adotada pela ASAE, o STJ fez o que ele próprio designou uma «autocrítica», concluindo que, afinal, as contraordenações da ASAE não estavam sujeitas à jurisdição do TCRS³⁸³. Mas foi demasiado tarde. Na realidade, este acórdão não teria resolvido o problema, por não ter voltado atrás na interpretação do conceito de independência e antes ter baseado a conclusão diversa no conceito de «funções de regulação e supervisão». Neste sentido, este último acórdão até teria agravado o problema, por perpetuar as dúvidas, iniciadas a propósito do IGAMAOT, sobre o que constituíam funções de regulação e supervisão.

O legislador aprendeu a lição. Na oportunidade seguinte, aproveitando a revisão da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ) feita por ocasião da transposição da diretiva 2014/104/UE (*private enforcement* do direito da concorrência), a norma com o elenco de reguladores sujeitos à competência do TCRS foi revista, eliminando a cláusula aberta e passando a adotar uma enumeração exaustiva.

Com efeito, o artigo 22.º da lei n.º 23/2018, de 5 de junho, alterou as alíneas do artigo 112.º(1) da LOSJ, que passaram a incluir uma enumeração de reguladores independentes sujeitos à jurisdição do TCRS (no âmbito de recursos de contraordenações) idêntica à lista que resultava anteriormente da leitura conjunta da lei de criação do TCRS e da LQER.

E assim terminou a controvérsia jurisprudencial acima descrita. Não obstante, a falta de sensibilidade do STJ à (ou o seu desacordo com a) especialidade do direito da regulação setorial deixou algumas preocupações para o futuro quanto ao papel que o STJ poderá ainda vir a desempenhar em recursos do TCRS (exceto no domínio do direito da concorrência, em que os recursos terminam no TRL).

Dito tudo isto, a verdade é que o TCRS não é um tribunal exclusivamente competente para conhecer recursos de decisões contraordenacionais de reguladores setoriais independentes. Por força de normas avulsas e excecionais, o TCRS é também competente para controlar a legalidade de decisões do ministro da Economia de veto de decisões da AdC sobre controlo de concentrações³⁸⁴, bem como para controlar decisões tomadas em processos contraordenacionais ao abrigo da lei do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo³⁸⁵, que podem ser adotadas não apenas pelos reguladores independentes referidos acima, mas também por outras entidades³⁸⁶.

Entidades públicas sujeitas à jurisdição do TCRS

A) Processos contraordenacionais

A.1. Qualquer contraordenação (ao abrigo de qualquer norma) adotada por:

AdC; AMT; ANAC; ANACOM; ASF; BP; CMVM; ERC; ERS; ERSAR; ERSE

A.2. Contraordenações ao abrigo da lei do branqueamento de capitais adotadas por:

BdP; CMVM; ASF; IGFSRIJ-TP, IGMTSSS, IMPIC e ASAE

B) Processos administrativos:

B.1. AdC: decisões adotadas ao abrigo da Lei da Concorrência;

B.2. Ministro da Economia (veto de decisões em controlo de concentrações)

Suscita-se, por vezes, a questão da conveniência de uma eventual diferenciação das empresas visadas por contraordenações em função da sua dimensão. Uma das perceções erróneas sobre o trabalho dos reguladores independentes e, consequentemente, dos recursos que chegam ao TCRS é a de que estes se debruçam quase exclusivamente sobre contraordenações praticadas por grandes empresas. Tal perceção contrasta com a realidade. Todos os reguladores adotam um número substancial de decisões endereçadas a PME, sendo estas até a regra na atividade de alguns reguladores, tais como a ERC e a ERS.

Será razoável, de facto, que uma coima aplicada a um pequeno jornal local ou a uma pequena clínica privada, normalmente por contraordenações cujos factos e direito subjacente não são especialmente complexos, sejam apreciados por um tribunal cuja criação foi determinada pelos grandes objetivos que deixámos enunciados na secção 4.1.1? Será razoável obrigar essas pequenas empresas a deslocarem-se a um tribunal que pode distar algumas centenas de quilómetros do local onde aquelas estão instaladas, com

tudo o que isso implica de acréscimo de custos, incluindo de patrocínio judiciário? Pode bem acontecer que, em alguns casos e por muito que a empresa acredite que tem a razão e a justiça do seu lado, o valor da coima não justifique economicamente, do posto de vista desta, a interposição do recurso. Não estaremos, nesses casos, perante uma denegação de justiça potencialmente violadora do artigo 20.º da CRP?

É certo que, a entender-se esta como a via certa, não será fácil determinar em concreto os limites a partir dos quais uma empresa passaria a estar sujeita à jurisdição do TCRS. Mas esse estaria longe de ser um obstáculo inultrapassável, havendo quer na ordem jurídica nacional, quer na comunitária, normas ou recomendações que estabelecem critérios para uma tal diferenciação de estatutos, e que poderiam ser aproveitadas ou adaptadas para este efeito³⁸⁷. Por outro lado, uma solução diferenciadora da jurisdição para grandes empresas e para PME teria necessariamente como limite o princípio da igualdade de tratamento. É possível que uma abordagem que procedesse a uma delimitação mais fina da jurisdição do TCRS, com base na real complexidade dos diplomas que aquele é chamado a aplicar, chegasse a um resultado similar de exclusão de um grande número de casos de PME, sem pôr em causa o princípio da igualdade de tratamento.

4.1.3. Características organizacionais do TCRS e sua evolução

O decreto-lei n.º 67/2012 criou — em teoria — o TCRS com dois juízes. No entanto, como inicialmente o TCRS iria começar apenas com novos processos³⁸⁸, o Governo entendeu que não se justificava mais de um magistrado no início de atividade. Por este motivo, a portaria n.º

84/2012 instalou o TCRS com apenas um juiz, situação que se manteve entre abril e agosto de 2012.

O Governo mudou rapidamente de ideias, passando a dotar o TCRS de magistrados judiciais adicionais, nos termos que seguem:

- (i) de abril a agosto de 2012 (cinco meses): um;
- (ii) de setembro de 2012 a janeiro de 2013 (cinco meses): dois;
- (iii) de fevereiro de 2013 até ao presente: três.

Deve ter-se em conta, porém, que ao longo deste período, por várias vezes (pelo menos cinco desde a sua criação), um dos magistrados teve de ficar em dedicação exclusiva a um único processo. Assim sucedeu, por exemplo, durante metade do ano de 2013 e durante grande parte do ano de 2017. Isto sucede quando um determinado processo se revela de tal modo complexo e exigente que não permite o acompanhamento simultâneo de outros processos. Largamente devido ao número elevado de processos complexos a correr em paralelo, o TCRS conta atualmente com o apoio ocasional de outros (pelo menos dois) magistrados da Comarca de Santarém, a quem podem ser distribuídos processos do TCRS em condições especiais.

Em março de 2014, os processos contraordenacionais dos reguladores independentes que se encontravam pendentes perante tribunais ordinários foram transferidos para o TCRS³⁸⁹. Esta medida não teve um impacto significativo no número de processos perante o TCRS, devido ao reduzido número de processos transferidos.

O quadro de magistrados do Ministério Público junto do TCRS, durante o cenário atual, foi constituído por três magistrados, mas em vários momentos um ou mais acumularam funções com processos de outros tribunais da Comarca de Santarém.

O TCRS tem contado com um quadro oficial de funcionários constituído por um escrivão de direito, cinco escrivães adjuntos e cinco escrivães auxiliares. No entanto, este quadro não tem estado, e continua a não estar, efetivamente preenchido. Em média, têm estado em funções efetivas, desde a criação do TCRS, apenas uma escrivã e quatro auxiliares. Atendendo às especiais características de muitos dos processos perante o TCRS, incluindo um número significativo de tarefas adicionais que não são normalmente necessárias na gestão dos processos, o cálculo dos recursos humanos necessários a este nível mostra-se inadequado, colocando uma carga de trabalho excessiva sobre os funcionários judiciais. A este propósito, lê-se no relatório da Comarca de Santarém: «A falta de funcionários judiciais mantém-se como o principal problema da Comarca de Santarém, constituindo uma reclamação constante dos Senhores Magistrados e responsáveis de cada uma das secções»³⁹⁰. Em termos estatísticos, esta realidade é confirmada pelo contraste entre as taxas de congestão oficiais e as taxas de congestão na Secretaria do TCRS: enquanto a taxa de congestão oficial do TCRS se fixa em cerca de metade da taxa de congestão oficial total da Comarca de Santarém, a taxa de congestão da Secretaria do TCRS é ligeiramente superior à taxa de congestão total da Secretaria da Comarca de Santarém³⁹¹.

4.1.4. Metodologia

A ponderação do grau de sucesso na realização dos objetivos que levaram à criação do TCRS pode, em certos aspetos, ser feita com base numa análise global, atendendo ao universo total das entidades reguladoras independentes.

Assim, é possível aferir o impacto da criação do TCRS no número de pendências e celeridade da justiça nos Tribunais do Comércio e noutros tribunais cujas competências foram transferidas para o TCRS, trabalhando-se apenas com base em estatísticas globais da atividade destes tribunais e do TCRS. Estas mesmas estatísticas globais bastam para identificar uma modificação do grau de eficiência da justiça. Bastam dados gerais sobre a legislação, os tribunais e os seus magistrados para discutir se esta reforma judicial levou a uma justiça mais especializada e mais próxima dos cidadãos.

Mesmo para analisar estes aspetos, é necessário definir dois períodos que sejam objeto de comparação: um «cenário de base», correspondente à situação existente antes da reforma judicial; e um «cenário atual», correspondente à situação existente após a reforma judicial. Cada um destes períodos deve ser suficientemente longo para reduzir a probabilidade de anormalidades estatísticas em qualquer ano específico, bem como para permitir conclusões quanto à vida de processos individuais. Por outro lado, a duração máxima de cada período tem como limite superior o horizonte temporal em que o TCRS está em exercício de funções.

Tendo em conta que a atividade processual do TCRS começou com números reduzidos, que foram gradualmente crescendo até atingirem

valores relativamente estáveis, e que estes valores sofreram depois um novo choque em 2019, resultante da entrada dos primeiros números significativos de processos de *private enforcement* da concorrência, concluiu-se que o período ideal do cenário atual era o período de cinco anos entre o início de 2014 e o final de 2018. Sem prejuízo de se atenderem ocasionalmente a dados relevantes mais recentes sobre a atividade do TCRS, a delimitação do período nestes termos tem a virtude adicional de excluir do período de comparação o ano de 2019, em que deu entrada um número substancial de ações de *private enforcement* da concorrência no TCRS (69 só em 2019), que distorcem, até certo ponto, as estatísticas. Em conformidade, o período do cenário de base foi definido como o período da mesma duração o mais perto possível do fim da realidade judicial que antecedeu a criação do TCRS, ou seja, o período entre o início de 2008 e o final de 2012.

Ao longo do presente estudo, portanto, as referências ao cenário de base respeitam aos anos 2008 a 2012, e as referências ao cenário atual respeitam aos anos 2014 a 2018.

Outros aspetos que se pretende analisar no presente estudo só podem ser aferidos através de uma análise concreta do impacto da criação do TCRS sobre os recursos judiciais de decisões dos reguladores independentes. Reconhecendo que seria necessário analisar os detalhes dos processos concretos que foram decididos relativamente a cada regulador, durante o cenário de base e o cenário atual, verificou-se que seria inviável proceder à consulta e análise de todos os processos de todos os reguladores. Optou-se, assim, por delimitar o universo da análise a três reguladores que se entendeu constituírem casos ilustrativos do universo de reguladores independentes sujeitos

à jurisdição do TCRS. Esta seleção teve em conta a variação da identidade e do âmbito material de atividade dos reguladores sujeitos à jurisdição do TCRS durante o cenário atual. Como referido na introdução deste estudo, as três entidades escolhidas, e a sua atividade processual, tiveram características substancialmente inalteradas durante o período de referência. Especificamente, optámos por nos focar:

- Na AdC:

Por ser um regulador com um número médio de processos perante o TCRS, que aplica uma lei especialmente complexa, e ter um estatuto *sui generis* no quadro legislativo (único regulador que tem decisões não contraordenacionais sujeitas a controlo pelo TCRS), bem como várias outras especialidades da sua atividade processual (*e.g.*, grande número de processos correspondentes a recursos de decisões intercalares).

- Na ANACOM:

Por ser um regulador com um número relativamente elevado de processos perante o TCRS, com uma significativa amplitude de graus de complexidade.

- Na ERSE:

Por ser um regulador com um número relativamente reduzido de processos perante o TCRS, com uma significativa amplitude de graus de complexidade.

Neste âmbito, o plano inicial, relativamente ambicioso, teve de ser adaptado para atender à realidade dos dados disponíveis. Inicialmente, pretendia-se reunir e tratar dados detalhados relativamente a todos os processos que envolveram a AdC, a ANACOM e a ERSE, bem como a percepções subjetivas e informações várias sobre esta atividade processual e os respetivos decisores judiciais. Infelizmente, apesar de vários esforços, não foi possível obter todos os dados de que necessitaríamos para aplicar de maneira sistemática a metodologia planeada e reforçar algumas conclusões do nosso estudo. Mas realça-se, de qualquer modo, a atitude de grande abertura e colaboração evidenciada, em especial, pela ERSE e pelo TCRS. Não foi possível obter respostas a perguntas enviadas a juízes desembargadores do TRL e do TCA e a juízes conselheiros do STJ e do STA.

Não sendo esta uma conclusão inovadora ou específica do presente estudo, a opacidade da justiça em Portugal revelou-se um obstáculo inultrapassável, impedindo a conclusão de algumas componentes de análise inicialmente planeadas. A realidade judicial portuguesa é a da indisponibilidade de bases de dados consultáveis com as sentenças dos tribunais de primeira instância, incluindo o TCRS³⁹². Esta falta de transparência é agravada no caso dos processos contraordenacionais, cuja distribuição não é pública. Os reguladores, em regra, não disponibilizam nos seus *websites* as sentenças e os acórdãos relativos aos recursos das suas decisões. A AdC é a exceção a esta regra, embora a sua base de dados pareça não estar completa e reflita apenas os casos originalmente decididos pela AdC. Em resultado desta limitação da disponibilidade de acesso a dados, não nos foi possível analisar com o rigor desejado a evolução da

duração média e das taxas de resolução e congestão relativamente aos processos contraordenacionais e administrativos junto dos reguladores, tendo a análise desses dados ficado limitada ao descrito na secção 4.2.3. O mesmo pode dizer-se da taxa média de confirmação das decisões dos reguladores por parte do TCRS, que confortaria as conclusões da secção 4.4.5.

A transparência das grandes estatísticas da justiça, ampla e prontamente disponibilizadas pelo Ministério da Justiça, contrasta com a impossibilidade prática de busca e de acesso a processos específicos, ou de acesso a estatísticas que não correspondam às categorias de informação pré-definidas pelo Ministério da Justiça (sendo que não existem categorias pré-definidas relativas aos processos contraordenacionais e aos processos de outras naturezas que envolvem os reguladores independentes).

Os dados estatísticos e quantitativos constantes do presente estudo foram compilados com base:

- (i) na consulta do Portal Estatísticas da Justiça (<https://estatisticas.justica.gov.pt>);
- (ii) na consulta dos relatórios anuais do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais;
- (iii) na consulta dos relatórios anuais do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém;
- (iv) na consulta *in loco* ou por meios eletrónicos de processos e listas de processos judiciais na AdC e na ERSE, na medida do possível;

- (v) na realização de entrevistas exploratórias presenciais e por correio eletrónico com representantes dos reguladores independentes e com magistrados judiciais.

O facto de parte do período da presente investigação ter decorrido durante a pandemia da COVID-19 constituiu um obstáculo adicional à realização da investigação inicialmente planeada, impedindo deslocações físicas para consulta de processos junto do TCRS e dos reguladores.

Os resultados limitados obtidos do acesso a dados sobre os processos concretos que correram os seus termos perante o TCRS e perante os tribunais seus antecessores impedem que o presente estudo proceda, de maneira segura, a todas as análises inicialmente pretendidas. No entanto, não afetam de forma decisiva as conclusões a que se pretendia chegar, com as devidas salvaguardas sobre o facto de algumas destas conclusões se basearem em amostras incompletas ou em aferições subjetivas.

Para servir de base a conclusões sobre a complexidade da legislação setorial no âmbito da qual os reguladores independentes podem impor contraordenações, sujeitas a controlo judicial pelo TCRS, procedemos à análise individual de todos os diplomas que podem ser aplicados pelos três reguladores acima identificados, selecionando aqueles que podem levar à aplicação de contraordenações por estes reguladores e que podem, concebivelmente, ser invocados em litígios entre privados.

Procedeu-se também à classificação do grau de complexidade de cada um destes diplomas, numa escala de 1 a 5, de acordo com os critérios indicados na respetiva secção. Esta classificação de complexidade teve por base uma abordagem abstrata, atribuindo-se a classificação

correspondente ao grau de complexidade potencial mais elevado de entre as várias normas e circunstâncias teorizáveis de aplicação do diploma. Pretendia-se aferir a potencial complexidade jurídica e a necessidade de conhecimentos técnicos especializados necessários para aplicar as normas em causa e exigíveis de um magistrado judicial. Por contraste, não foi tida em conta na classificação de complexidade a complexidade puramente técnica que não é exigível que seja dominada por um magistrado judicial, estando necessariamente dependente da consulta de peritos.

Atendendo à natureza eminentemente subjetiva da aferição de complexidade de um diploma legislativo, procurou garantir-se um maior grau de objetividade sujeitando-se uma avaliação inicial da complexidade dos diplomas a controlo externo por um representante do regulador e por um magistrado judicial. A classificação de complexidade retida foi o resultado da média das apreciações assim recolhidas.

Por fim, a metodologia seguida tem por objetivo a avaliação de impacto, não se destacando uma exata correspondência entre esta e a verificação de relações de causalidade. Sobressairá dos capítulos que se seguem que nem sempre é possível estabelecer uma relação de causalidade entre a criação do TCRS e determinada modificação observada do quadro factual e da realidade processual constatada entre o cenário de base e o cenário atual.

4.2. Uma justiça mais célere

A lentidão da justiça é uma das características mais frequentemente apontadas como um obstáculo ao bom funcionamento do estado de direito.

Esta secção não tem por objetivo analisar a justificação da opção de se prosseguir uma justiça mais célere para recursos de contraordenações aplicadas por reguladores independentes (e recursos de decisões administrativas da AdC), mas apenas procurar determinar, através de uma análise quantitativa, se este objetivo foi alcançado com a criação do TCRS.

Note-se que, de acordo com os objetivos anunciados pelo próprio legislador, se pretendia que a criação do TCRS levasse a uma maior celeridade não apenas nos processos transferidos para a jurisdição do TCRS, mas também nos demais processos que continuavam a estar sob a jurisdição dos tribunais de comércio e noutros tribunais (*maxime*, criminais e administrativos), por força do alívio da sua carga de trabalho. A ideia seria possivelmente que, ao atribuir ao TCRS casos especialmente complexos, exigentes de muita atenção e durante muito tempo por parte dos magistrados judiciais, os outros tribunais se tornariam também mais céleres. Veremos se tal sucedeu.

4.2.1. Nos Tribunais de Comércio

Como o grande impacto do TCRS, ao nível de transferência de competências, só se fez sentir ao nível do Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL), mostra-se avisado reduzir o âmbito da análise, na medida do possível, a este tribunal (TCL até agosto de 2014, Juízo de Comércio de Lisboa a partir de setembro de 2014 — motivo pelo qual quase todos os processos pendentes no TCL se mostram findos e surgem como tendo entrado no Juízo de Comércio naquela data).

O Tribunal/Juízo de Comércio de Lisboa teve a seguinte movimentação processual durante os períodos em análise:

Tabela 4.2. Movimentação processual no Tribunal/Juízo de Comércio de Lisboa

Ano	Processos entrados	Processos findos	Processos pendentes (no final do período)	Taxa de resolução*	Taxa de congestão**
2018	4 614	8 458	11 132	1,83	1,32
2017	5 207	6 812	14 975	1,31	2,20
2016	4 999	6 140	16 580	1,23	2,70
2015	5 256	5 711	17 721	1,09	3,10
Set. a dez. de 2014	19 590	1 413	18 177	N/A	N/A
Jan. a ago. de 2014	6 976	24 222	40	N/A	N/A
2012	5 491	3 906	15 523	0,71	3,97
2011	5 142	4 445	13 938	0,86	3,14
2010	5 095	4 004	13 241	0,79	3,31
2009	4 412	3 128	12 150	0,71	3,88
2008	4 092	2 831	10 866	0,69	3,84

Fonte: Ministério da Justiça.

Notas:

N/A = não aplicável.

* Número de processos findos dividido pelo número de processos entrados.

** Número de processos pendentes dividido pelo número de processos findos.

À luz destes dados, não há dúvida de que a criação do TCRS coincidiu com o início da redução dos processos pendentes, com o aumento da taxa de resolução e a diminuição da taxa de congestão. Não podemos, porém, estabelecer uma relação de causalidade entre estes factos.

Efetivamente, longe de termos um ambiente laboratorial *ceteris paribus*, o início do período do cenário atual coincidiu precisamente com outras profundas modificações da jurisdição comercial.

Com efeito, entre 2012 e 2014 ocorreram várias alterações importantes da jurisdição comercial. A área geográfica coberta pelo TCL era maior do que a área hoje coberta pelo Juízo de Comércio de Lisboa (deixando de incluir o Barreiro, Setúbal e Vila Franca de Xira), com um impacto significativo no número total de processos, como se pode verificar pela

diferença de processos pendentes que transitaram do TCL para o Juízo de Comércio de Lisboa (JCL). Em 2014, o JCL passou a ser competente também para insolvências de pessoas singulares, o que terá contribuído com um aumento significativo do número de casos. Em 2012, o TCL contava com oito juízes, enquanto o JCL conta hoje com 12. Ao mesmo tempo que se perderam as competências transferidas para o TCRS, também se perderam os casos que passaram a ser decididos pelo novo Tribunal da Propriedade Intelectual (TPI). Em termos quantitativos, o impacto desta transferência de casos associados ao TPI foi muito maior do que o do TCRS. A perceção subjetiva (recolhida em entrevista exploratória) de pelo menos uma magistrada que exerceu funções no JCL durante o período do cenário atual é a de que a transferência de casos para o TCRS não teve qualquer impacto significativo na carga de trabalho ou celeridade do JCL.

A isto acresce que os dados da duração média dos processos perante o TCL e, depois, JCL mostram uma tendência, não para um aumento, mas para uma redução da celeridade da justiça.

Tabela 4.3. Duração média dos processos perante o TCL e depois JCL

Ano	Duração média (em meses)
2018	34
2017	29
2016	26
2015	19
2014	N/A
2012	19
2011	22
2010	25
2009	18
2008	19

Fonte: Ministério da Justiça.
N/A = não aplicável.
Nota. A duração média corresponde à média da duração dos processos desde a sua entrada no tribunal até à sentença ou ao despacho que lhes põe termo.

Em suma, não sendo possível estabelecer uma relação casuística clara entre a criação do TCRS e a evolução das taxas de resolução e congestão e da duração média dos processos perante o TCL/JCL, parece seguro afirmar-se que qualquer impacto positivo que se possa eventualmente ter verificado foi, no máximo, marginal.

4.2.2. Noutros tribunais cujas competências foram transferidas para o TCRS

Porque a criação do TCRS poderia ter, acima de tudo, um impacto na redução do número de processos contraordenacionais decididos pela justiça penal, é especialmente importante olhar para as estatísticas globais deste tipo de casos.

Tabela 4.4. Processos contraordenacionais: justiça penal

Justiça penal — contraordenações/transgressões						
Ano	Processos entrados	Processos findos	Processos pendentes (no final do período)	Taxa de resolução*	Taxa de congestão**	Duração média dos processos (meses)
2018	5 827	5 915	1 382	1,02	0,23	4
2017	6 890	8 326	1 470	1,21	0,18	4
2016	8 087	8 190	2 906	1,01	0,35	5
2015	7 375	8 070	3 009	1,09	0,37	6
2014	9 045	8 722	3 704	0,96	0,42	10
2012	6 192	8 877	4 324	1,43	0,49	20
2011	10 357	11 453	7 009	1,11	0,61	14
2010	6 958	8 065	8 105	1,16	1,00	18
2009	6 984	9 155	9 212	1,31	1,01	22
2008	26 532	78 928	11 383	2,97	0,14	16

Fonte: Portal Estatísticas da Justiça (<https://estatisticas.justica.gov.pt>).

Notas:

* Número de processos findos dividido pelo número de processos entrados.

** Número de processos pendentes dividido pelo número de processos findos.

Da tabela que antecede não se retira que se tenha verificado, globalmente, um aumento da taxa de resolução nestes tribunais, mas

constata-se uma acentuada redução da taxa de congestão e uma ainda mais acentuada redução da duração média dos processos.

No entanto, é impossível estabelecer uma relação de causalidade entre esta evolução dos indicadores e a criação do TCRS.

Por um lado, o número de casos contraordenacionais decididos pelo TCRS é tão pequeno, em comparação com o número total de processos contraordenacionais decididos cada ano em Portugal, que é extremamente improvável que se consiga observar um impacto estatístico da criação do TCRS nos números globais da justiça penal. A isto acresce que apenas uma minoria dos casos decididos pelo TCRS foi tão relevante e complexa que poderia, eventualmente, levar ao argumento de que teria exigido a dedicação exclusiva (ou demorada) de um magistrado judicial das jurisdições penais, pelo que nem essa seria tal que se refletisse na realidade estatística global.

Por outro lado, aquela tendência global da justiça portuguesa nos processos contraordenacionais não é inteiramente diversa da tendência global da justiça portuguesa nos processos cíveis durante o mesmo período, podendo estes ser utilizados como um grupo de controlo, já que não foram minimamente afetados pela criação do TCRS.

Tabela 4.5. Ações declarativas: justiça cível

Ano	Processos entrados	Processos findos	Processos pendentes (no final do período)	Taxa de resolução*	Taxa de congestão**	Duração média dos processos (meses)
2018	55 155	55 925	47 712	1,01	0,85	13
2017	51 964	58 111	48 482	1,12	0,83	15
2016	54 285	66 194	54 629	1,22	0,83	17
2015	61 328	81 967	66 538	1,34	0,81	17
2014	149 519	150 820	87 177	1,01	0,58	20
2012	89 746	97 129	104 624	1,08	1,08	20
2011	84 278	95 965	112 007	1,14	1,17	19
2010	84 595	98 655	123 694	1,17	1,25	19
2009	116 896	125 790	137 754	1,08	1,10	19
2008	102 547	110 540	146 648	1,08	1,33	25

Fonte: Portal Estatísticas da Justiça.

Notas:

* Número de processos findos dividido pelo número de processos entrados.

** Número de processos pendentes dividido pelo número de processos findos.

A conclusão desta secção é similar à da secção relativa ao impacto na jurisdição comercial. Não há qualquer evidência de que a criação do TCRS tenha contribuído para uma justiça mais célere nos tribunais que viram algumas das suas competências transferidas para o TCRS. Antes pelo contrário, os números analisados sugerem que não seria possível a criação do TCRS ter um impacto estatístico mensurável na celeridade da justiça dos outros tribunais.

4.2.3. Nos recursos para os quais é competente o TCRS

Para saber se a transferência de processos dos reguladores independentes para o TCRS levou a uma justiça mais célere no âmbito desses processos,

é necessário reduzir o universo de comparação aos processos de recursos de contraordenações impostas pelos reguladores independentes e aos recursos de decisões administrativas da AdC que aplicam a LdC.

Infelizmente, e pelas razões expostas *supra*, não nos foi possível obter dados quantitativos completos relativos ao número de processos entrados, pendentes e findos provenientes dos três reguladores, pelo menos num volume suficiente que nos permitisse fazer uma análise detalhada deste indicador.

No entanto, os dados que conseguimos obter apontam para uma menor duração média dos processos desde a criação do TCRS, conclusão que resulta particularmente clara se fizermos uma análise por amostragem de processos especialmente complexos³⁹³.

É especialmente interessante constatar a grande diferença entre a duração de processos administrativos (da AdC) que correm os seus termos junto do TCRS e processos administrativos da AdC, da ANACOM e da ERSE que correm os seus termos ainda hoje perante os tribunais administrativos. De facto, e ainda que não tenhamos conseguido calcular a média de duração dos processos administrativos no TCRS no final do cenário atual, ela é seguramente inferior à média total de duração dos processos nos tribunais administrativos, que se cifra em 25 meses. A diferença de duração dos processos especialmente complexos é particularmente acentuada. Não é invulgar, por exemplo, que os processos administrativos mais complexos da ERSE durem dez anos ou mais na primeira instância.

O conhecimento de alguns recursos de decisões da ERSE ainda pendentes perante tribunais administrativos confirmou a percepção subjetiva de uma acentuada lentidão da justiça, estando os processos parados durante longos períodos por falta de impulso judicial. Esta realidade poderá eventualmente ser explicada pela hesitação dos magistrados judiciais destes tribunais administrativos em fazerem progredir estes casos especialmente complexos que frequentemente exigem um estudo aprofundado e a dedicação de muito tempo, frequentemente não compatível com a sua restante carga de trabalho.

Uma das preocupações que estava por trás das críticas à lentidão da justiça nos recursos de decisões de reguladores era a de que esta lentidão podia levar à prescrição de processos contraordenacionais.

Esta realidade verificou-se especialmente no caso da AdC. Embora, também aqui, não tenhamos dados completos, ficou claro que, desde a criação do TCRS, o fenómeno da prescrição de contraordenações

durante a fase do recurso judicial, frequente no período base, se tornou extremamente raro. De facto, por exemplo, relativamente ao ano de 2019, o Relatório da Comarca de Santarém indica terem prescrito apenas dois processos. A maior celeridade dos processos junto do TCRS foi seguramente um fator contributivo decisivo para este resultado. Mas não se pode deixar de considerar que contribuiu igualmente para esta diferença entre os dois períodos o facto de a legislação de concorrência ter sido alterada, eliminando a possibilidade de um recurso para o STJ e assim encurtando a duração total dos recursos judiciais. Esta alteração teve como objetivo declarado a redução do número de vezes em que se verificava a prescrição das contraordenações. Não obstante, por si só, esta alteração legislativa não teria bastado para combater o elevado número de prescrições que se verificam no período-base e que repetidamente ocorriam antes de os processos chegarem ao STJ.

Esta diminuição do número de prescrições contrasta, para mais, com o claro aumento (sobretudo nos últimos anos) do número de recursos interlocutórios interpostos em cada processo. A título de exemplo, no processo conhecido como Cartel da Banca (que tinha 12 empresas visadas) apresentaram-se entre setembro de 2015 e julho de 2019 pelo menos 26 recursos interlocutórios durante o processo que correu junto da AdC, sendo tramitados perante o TCRS, o TRL, o TIC de Lisboa e o Tribunal Constitucional³⁹⁴.

O que se disse pode ser de alguma forma comprovado pela análise da evolução das taxas de congestão, resolução e recuperação no TCRS entre 2015 e 2019³⁹⁵.

Tabela 4.6. TCRS: evolução da taxa de congestão

TCRS: evolução da taxa de congestão						
Período	Proc. pendentes — oficial (início do período)	Proc. findos — oficial (termo do período)	Taxa de congestão oficial	Proc. pendentes — secretaria (início do período)	Proc. findos — secretaria (termo do período)	Taxa de congestão — secretaria *
01/09/2014 a 31/08/2015	123	274	44,90%	277	277	100%
01/09/2015 a 31/08/2016	115	266	43,23%	277	254	109,5%
01/01/2017 a 31/12/2017	122	316	38,61%	319	312	102,24%
01/01/2018 a 31/12/2018	92	270	34,07%	297	289	102,28%
01/01/2019 a 31/01/2019	70	195	35,90%	279	180	155%

* Enquanto as taxas (de congestão, de resolução e de recuperação) oficiais têm em conta apenas o momento da decisão proferida pelo tribunal (um despacho, uma sentença ou um acórdão), as taxas de secretaria têm em conta o momento em que o processo é arquivado após as tramitações que se seguem àquela decisão (tratamento estatístico, liquidação da conta, etc.). Consoante a maior eficiência dos serviços de secretaria judicial, tanto menor será, portanto, o tempo que medeia entre o termo oficial e o termo de secretaria de um mesmo processo.

Como se constata, a taxa de congestão oficial era já comparativamente muito baixa em 2015, cifrando-se em menos de 25% do número verificado nos tribunais de primeira instância. Ainda assim, desceu quase 11 pontos percentuais entre 2015 e 2018, tendo apenas registado uma subida de 1,83% em 2019. Só futuramente se poderá perceber se os dados de 2019 refletem uma inflexão geral da tendência anterior ou se este ano é um *outlier*.

Tabela 4.7. TCRS: comparação da taxa de congestão oficial com a de outros tribunais

Comparação das taxas de congestão oficial do TCRS e outros tribunais *						
Ano	TCRS**	Tribunais Judiciais (média)	Tribunais da Relação (média)	STJ	STA	Tribunal de Contas
2015	44,90%	187,2%	23,6%	15,1%	68,9%	12,6%
2016	43,23%	170,6%	27,7%	14,5%	84,5%	13,3%
2017	38,61%	157,8%	29,7%	14,9%	78,8%	11,9%
2018	34,07%	147,8%	32,0%	12,3%	99,5%	13,1%
2019	35,90%	108,7%	31,6%	13,8%	104,2%	15,6%

Notas:

* Cf. [https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+congest%C3%A3o+nos+tribunais+\(percentagem\)-631](https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+congest%C3%A3o+nos+tribunais+(percentagem)-631), para os dados relativos aos outros tribunais.

** Relativamente aos dados de 2015 e 2016, e pelas razões que ficaram explicadas numa nota anterior, o período de referência é o do ano judiciário e não o do ano civil.

Tabela 4.8. TCRS: evolução da taxa de resolução

Período	Proc. entrados	Proc. findos — oficial	Proc. findos — secretaria	Taxa de resolução oficial	Taxa de resolução secretaria
01/09/2014 a 31/08/2015	292	274	277	93,84%	94,86%
01/09/2015 a 31/08/2016	256	266	254	103,91%	99,21%
01/01/2017 a 31/12/2017	281	316	312	112,46%	111,03%
01/01/2018 a 31/12/2018	248	270	289	108,87%	116,53%.
01/01/2019 a 31/01/2019	260	195	180	75,00%	69,23%

Tabela 4.9. Comparação da taxa de resolução oficial do TCRS e outros tribunais

Comparação da taxa de resolução oficial do TCRS e outros tribunais *						
Ano	TCRS	Tribunais Judiciais (média)	Tribunais da Relação (média)	STJ	STA	Tribunal de Contas
2015	93,84%	121,7%	94,9%	100,5%	88,5%	98,2%
2016	103,91%	130,7%	97,4%	99,1%	96,4%	97,5%
2017	112,46%	127,7%	98,5%	102,8%	104,5%	100,0%
2018	108,87%	123,8%	101,4%	98,2%	99,8%	95,7%
2019	75%	114,3%	101,4%	96,0%	87,7%	97,1%

Notas:

* [https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+resolu%C3%A7%C3%A3o+nos+tribunais+\(percentagem\)-921](https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+resolu%C3%A7%C3%A3o+nos+tribunais+(percentagem)-921), para os dados relativos aos outros tribunais.

** Relativamente aos dados de 2015 e 2016, e pelas razões que ficaram explicadas numa nota anterior, o período de referência é o do ano judiciário e não o do ano civil.

Tabela 4.10. TCRS: evolução da taxa de recuperação

TCRS: evolução da taxa de recuperação *							
Período	Proc. Entrados	Proc. findos — oficial	Proc. findos — secretaria	Proc. pendentes — oficial (termo do período)	Proc. pendentes — secretaria (termo do período)	Taxa de recuperação oficial	Taxa de recuperação secretaria
01/09/2014 a 31/08/2015	292	274	277	115	277	67,32%	48,68%
01/09/2015 a 31/08/2016	256	266	254	104	289	73,88%	46,60%
01/01/2017 a 31/12/2017	281	316	312	122	319	78,41%	52,00%
01/01/2018 a 31/12/2018	248	270	289	70	279	84,90%	51,23%
01/01/2019 a 31/01/2019	261	195	180	140	383	59,09%	37,98%

Notas: * Número de processos findos divididos pela soma dos processos entrados com os pendentes.

Tabela 4.11. Comparação das taxas de recuperação oficial do TCRS e outros tribunais

Comparação das taxas de recuperação oficial do TCRS e outros tribunais *						
Ano	TCRS **	Tribunais Judiciais (média)	Tribunais da Relação (média)	STJ	STA	Tribunal de Contas
2015	67,32%	37,1%	77,6%	87,2%	55,0%	87,4%
2016	73,88%	40,5%	76,7%	86,7%	53,1%	86,3%
2017	78,41%	42,4%	76,2%	89,1%	57,3%	89,4%
2018	84,90%	43,7%	76,5%	87,6%	50,1%	85,1%
2019	59,09%	51,0%	76,8%	84,8%	45,8%	84,3%

Notas:

* Cf. [https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+efic%c3%a1cia+nos+tribunais+\(percentagem\)-918](https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+efic%c3%a1cia+nos+tribunais+(percentagem)-918), para os dados relativos aos outros tribunais.

** Relativamente aos dados de 2015 e 2016, e pelas razões que ficaram explicadas numa nota anterior, o período de referência é o do ano judiciário e não o do ano civil.

4.2.4. Nos recursos das decisões dos reguladores noutros tribunais

Na medida em que a reforma legislativa que levou à criação do TCRS tinha por objetivo alcançar uma justiça mais célere no que respeita ao funcionamento dos reguladores independentes, não pode deixar de se sublinhar que a criação do TCRS não teve qualquer impacto ao nível da celeridade da justiça em todos os processos que não caem no âmbito da jurisdição do TCRS.

Como se se verá abaixo, são ainda muito significativas as áreas do direito e as ações judiciais que ficaram fora do âmbito da jurisdição do TCRS.

4.3. Uma justiça mais eficiente

Há muito que a doutrina realça a falta de comprovação empírica de que os tribunais especializados são mais eficientes do que os não especializados³⁹⁶.

A eficiência é especialmente difícil de aferir nestes casos porque os grandes números das estatísticas não revelam necessariamente as diferenças de graus de eficiência na gestão de processos especialmente complexos³⁹⁷. Não obstante, há motivos para crer que um tribunal não especializado, confrontado com um grande número de processos, entre os quais um ou uns poucos que envolvem reguladores independentes e um grau de complexidade elevado, não terá alternativa senão a de lidar com este desafio dedicando a esses processos recursos mais limitados do que seria desejável, com o resultado de que as consequências se farão sentir mais ao nível da

qualidade do que da eficiência. De facto, em teoria, esta abordagem poderia até levar a um maior grau de «eficiência» dos tribunais generalistas, em comparação com os tribunais especializados, sem que tal seja, numa perspetiva global, um fator positivo.

A ausência de acesso a dados detalhados para ambos os períodos não permitiu o cálculo das taxas de eficácia (número de processos findos dividido pela soma do número de processos entrados e do número de processos pendentes) e da sua evolução ao longo do tempo. Em todo o caso, o estabelecimento de comparações entre os dois períodos seria sempre pouco esclarecedor e passível de múltiplas interpretações, devido à grande diferença do número de processos distribuídos nos tribunais competentes durante os dois períodos.

Para podermos aferir a eficiência dos recursos humanos colocados ao dispor dos tribunais, calculámos a taxa média de conclusão de processos por magistrado judicial e por funcionário judicial nos juízos de comércio de Lisboa, nos tribunais cíveis, nos tribunais administrativos e no TCRS, por referência ao ano de 2018.

Tabela 4.12. Taxa média de conclusão de processos

Tribunal	N.º processos findos	N.º magistrados judiciais		N.º funcionários judiciais	
		2018		2018	
	2018	N.º	Efic.	N.º	Efic.
Juízo de Comércio de Lisboa	8 458	12	705	58	146
Tribunais cíveis	1 351 256	452	2 990	1 386	975
Tribunais administrativos e fiscais	27 005	181	149	303	89
TCRS	289	3	96	5	57,8

Fonte: Ministério da Justiça, Relatório do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém — 2018.
Nota: «Efic.» significa «Eficiência», que representa aqui o número de processos concluídos por magistrado ou por funcionário em cada espécie de tribunal.

Como pode verificar-se, e sem prejuízo das outras conclusões entretanto retiradas, o número de processos concluídos por magistrado e por funcionário do TCRS é, a uma grande distância, a mais baixa deste quadro. A comparação com os tribunais cíveis é especialmente impressionante: a taxa de conclusão dos magistrados é, nesses tribunais, 31 vezes superior; a dos funcionários, 17 vezes.

Como começou por dizer-se, são números que têm de ser lidos com bastantes reservas, uma vez que escondem um grau de complexidade extremamente elevado de alguns processos decididos pelo TCRS, e que muito raramente se encontram em tribunais cíveis. Demonstram, todavia, que não existe uma correlação pelo menos imediata entre

o grau de especialização dos tribunais e o grau de eficiência dos seus magistrados e funcionários.

4.4. Uma justiça melhor

4.4.1. Tribunais mais especializados

Por trás da defesa da criação de tribunais especializados está, nomeadamente, a ideia de que a concentração de competências para decidir certo tipo de processos e matérias num mesmo tribunal leva à melhoria da qualidade e celeridade da justiça. Esta secção tem por propósito esclarecer em que grau a criação do TCRS levou efetivamente a que as disputas envolvendo os reguladores independentes passassem a ser decididas por tribunais mais especializados.

O efeito de especialização proporcionado pela criação do TCRS é frequentemente sobrestimado. Os reguladores independentes estão e podem estar envolvidos em processos judiciais de muitos tipos. E a criação do TCRS mexeu apenas numa pequena parte desses tipos de processos.

Numa visão de conjunto dos potenciais tipos de litígios que podem envolver os reguladores independentes, chegamos ao seguinte quadro (não exaustivo):

Tabela 4.13. Potenciais tipos de litígios envolvendo reguladores independentes

Tipo de contencioso	Tribunal competente (primeira instância)	
	Cenário de base	Cenário atual
Penal	Trib. generalista ou penal da comarca do réu Inalterado	
Processos contra o regulador e seus administradores		
Contraordenacional		
Recursos contra decisões do regulador	Trib. generalista ou penal da comarca; exceto AdC: TCL	TCRS
Recursos relativos a buscas e apreensões de documentos em processos contraordenacionais de um regulador	Trib. generalista ou penal da comarca	Inalterado
Contraordenações aplicadas ao regulador	Trib. penal da comarca	Inalterado
Administrativo		
Processos contra os reguladores (exceto contra AdC, ao abrigo da Lei da Concorrência)	Trib. administrativo da comarca	Inalterado
Processos contra a AdC, ao abrigo da Lei da Concorrência	TCL	TCRS
Cível		
Processos cíveis em que regulador independente é A. ou R.	Trib. cível da comarca	Inalterado
Laboral		
Contencioso laboral envolvendo trabalhadores de reguladores independentes (e.g., despedimentos e infrações disciplinares)	Trib. do trabalho da comarca	Inalterado
Tributário		

Tipo de contencioso	Tribunal competente (primeira instância)	
	Cenário de base	Cenário atual
Contencioso tributário envolvendo reguladores independentes (e.g., impugnação de taxas)	Trib. administrativo e fiscal da comarca	Inalterado
Financeiro		
Fiscalização dos reguladores independentes pelo Tribunal de Contas	Tribunal de Contas	Inalterado
Constitucional		
Recursos para o Tribunal Constitucional de processos envolvendo reguladores independentes	Tribunal Constitucional	Inalterado

Trib.=Tribunal.

Os dados obtidos permitem-nos concluir que, ao utilizar por referência processos contenciosos envolvendo a AdC, a ANACOM e a ERSE durante os períodos-base e atual, a percentagem do número total de casos afetado pela criação do TCRS foi bastante diminuta.

Para além disso, e ao contrário do que se tende a pensar, a criação do TCRS não levou à criação de uma jurisdição especializada para decidir os casos em que se suscitam questões de direito da concorrência ou de direito da regulação. Apenas levou à criação de uma jurisdição especializada para decidir casos em que aquelas áreas são aplicadas no quadro de processos contraordenacionais.

A necessidade de especialização dos tribunais deve ser aferida em função das normas de direito e do contexto factual em que estas são aplicadas. Embora possa haver alguma especialidade no contexto

factual em que se aplicam normas do direito, sejam elas quais forem, quando estão em causa reguladores independentes, todos concordam — cremos — que as questões de direito constitucional que envolvem os reguladores independentes devem estar (em última linha) sob a jurisdição do Tribunal Constitucional, que as questões de direito financeiro devem estar sob a jurisdição do Tribunal de Contas, ou que as questões laborais devem estar sob a jurisdição de tribunais do trabalho.

No entanto, a decisão dos outros tipos de processos referidos na tabela acima, cuja competência não foi transferida para o TCRS, também exige frequentemente a aplicação do direito da concorrência e da regulação.

A título de exemplo, veja-se que, no quadro legislativo atualmente vigente, se a ANACOM ou a ERSE aplicarem uma contraordenação por violação das normas do respetivo direito regulatório setorial, há recurso dessa decisão para o TCRS, mas se as pessoas destinatárias dessa decisão entenderem que a atuação do regulador e seus administradores nesse mesmo processo é geradora de responsabilidade extracontratual e/ou de responsabilidade penal, terá de litigar essas questões, respetivamente, perante os tribunais administrativos e penais, apesar de terem subjacente, em parte, a discussão das mesmas normas de direito da regulação.

Por outro lado, se a ANACOM ou a ERSE impuserem uma contraordenação por violação de uma obrigação do direito da regulação setorial, é competente o TCRS. Mas se entenderem que essa mesma obrigação está a ser violada e apenas adotarem uma decisão que obrigue o regulado em causa a restabelecer a legalidade,

apesar de estar em causa a discussão do mesmo quadro legal, poderá entender-se que esse recurso será da competência de um tribunal administrativo. O mesmo se aplica a uma decisão que, por exemplo, imponha obrigações de serviço universal, que podem ser bastante mais complexas e penosas para um regulado do que a aplicação de uma contraordenação.

Se a AdC proibir uma operação de concentração, o TCRS é competente para controlar a legalidade dessa decisão. Mas não é competente para atribuir uma indemnização à empresa. Para esse efeito, esta tem de se virar para um tribunal administrativo, que não está vinculado pela decisão do TCRS quanto à legalidade da proibição da concentração e pode chegar a uma conclusão diversa.

Num último exemplo, todos os passos dos processos contraordenacionais da AdC estão sujeitos ao controlo do TCRS, exceto a emissão de mandados de busca e o controlo do respeito pelos seus termos (*e.g.*, na realização de *dawn raids*). Escusado será dizer que o sucesso do processo contraordenacional pode ficar condicionado pela interpretação dos poderes da AdC feita pelo tribunal não especializado nesta fase inicial.

Quanto à segunda e à terceira instâncias (ver mais detalhes na próxima secção), a criação do TCRS não levou a qualquer alteração da especialização dos tribunais, com a ressalva da concentração dos recursos da segunda instância no TRL, concentração no TRL que já se verificava na prática, na grande maioria dos casos, devido às regras gerais de competência territorial. A criação da secção do TRL especializada em concorrência, regulação e propriedade intelectual foi posterior ao período objeto da presente análise, mas não deixa de ser

um importante facto a ter em conta na compreensão da evolução da especialização judicial neste domínio.

A criação do TCRS não levou, de modo algum, à criação de uma jurisdição especializada para decidir os casos em que é necessário aplicar certas áreas do direito que se consideraram ser especialmente complexas e requerer especialização.

No domínio do direito da concorrência:

(a) O TCRS é competente para julgar processos:

- (i) em que se recorre de decisões contraordenacionais da AdC;
- (ii) em que se discutem questões acessórias em processos contraordenacionais da AdC;
- (iii) em que se recorre de decisões administrativas da AdC que aplicam a LdC;
- (iv) de *private enforcement* em que se invoca exclusivamente a violação da LdC e/ou os artigos 101.º e 102.º do TFUE (incluindo ações para acesso a meios de prova).

(b) Os tribunais administrativos são competentes para julgar processos em que se discute:

- (i) a responsabilidade extracontratual da AdC;
- (ii) pedidos de acesso a documentos (exceto pelas entidades visadas pelos processos contraordenacionais ou ações civis para acesso a meios de prova); etc.

(c) Os tribunais penais são competentes para julgar processos em que se discute:

- (i) a responsabilidade penal da AdC ou dos seus administradores no exercício das suas funções;
- (ii) a autorização de buscas e apreensão de documentos e o respetivo controlo judicial; etc.

(d) Os tribunais cíveis são competentes para julgar processos:

- (i) de *private enforcement* em que se invoca a violação da LdC e/ou os artigos 101.º e 102.º do TFUE, a par da violação de qualquer outra norma (fora do âmbito do direito da concorrência);
- (ii) de *private enforcement* das normas de controlo de concentrações ou de auxílios do Estado.

No domínio do direito da regulação setorial:

(a) O TCRS é competente para julgar processos:

- (i) em que se recorre de decisões contraordenacionais dos reguladores;
- (ii) em que se discutem questões acessórias em processos contraordenacionais dos reguladores.

(b) Os tribunais administrativos são competentes para julgar processos em que se discute:

- (i) a responsabilidade extracontratual dos reguladores;
- (ii) a recusa/atribuição de licenças/autorizações por reguladores;
- (iii) a fixação de obrigações de serviço universal e respetivas compensações, incluindo controlo da contabilidade das empresas;
- (iv) a imposição de outras obrigações previstas no direito regulatório (identificação de poder de mercado significativo, obrigações de acesso...); etc.

(c) Os tribunais penais são competentes para julgar processos em que se discute a responsabilidade dos reguladores ou dos seus administradores no exercício das suas funções.

(d) Os tribunais cíveis são competentes para julgar ações de indemnização, injunções ou medidas provisórias com base na violação do direito da regulação setorial.

Não se conhece qualquer justificação para o tratamento preferencial da AdC relativamente aos outros reguladores: que motivo pode justificar que os processos administrativos em que se aplique a LdC estejam (com a exceção acima indicada) sujeitos à jurisdição do TCRS, mas que os processos administrativos em que se aplica o direito da regulação setorial continuem a ser decididos pelos tribunais administrativos? Como se pode justificar que seja o TCRS a controlar a atuação de um regulador quanto à legalidade de uma contraordenação, mas que seja um tribunal administrativo a decidir se essa mesma atuação é geradora de responsabilidade extracontratual (podendo ter de voltar a reapreciar a mesma questão de legalidade)? Como se pode justificar que as empresas tenham acesso ao TCRS para conflitos privados exclusivamente relativos ao direito da concorrência, mas que tenham de recorrer a tribunais generalistas para conflitos privados exclusivamente relativos ao direito da regulação setorial?

No que respeita aos conflitos entre privados, a análise da legislação aplicada pela AdC, pela ANACOM e pela ERSE levou-nos à conclusão de que a grande maioria desta legislação (100% para a AdC; entre 60% e 70% para a ANACOM e a ERSE) é aplicável também em litígios entre privados. Estes litígios entre privados são decididos por tribunais generalistas, exceto no caso de litígios em que o autor invoque, exclusivamente, a violação do direito da concorrência.

Escusado será dizer que o grau de complexidade factual e jurídica dos litígios entre privados que implicam a interpretação do direito da

concorrência e do direito da regulação é tão grande ou maior do que o grau de complexidade dos litígios envolvendo os reguladores. Assim, por exemplo, o *private enforcement* da concorrência é frequentemente mais exigente do que o *public enforcement*, por implicar a aferição das mesmas questões de legalidade, a que acrescem questões adicionais de determinação concreta de efeitos das práticas (supérfluas no controlo da grande maioria das decisões da AdC) e de quantificação de danos.

Temos, em suma, um quadro muito incompleto e incoerente de especialização dos tribunais de primeira instância nas matérias do direito da concorrência e do direito da regulação setorial.

Não se pode concluir a análise da opção por tribunais mais especializados sem se discutir a premissa que está na origem da decisão de ter tribunais especializados. A ideia de base é a de que se justifica ter um tribunal especializado porque este é chamado a aplicar direito complexo, cuja compreensão e correta aplicação exige certo grau de especialização, não estando ao alcance dos decisores generalistas, atenta a carga de trabalho e as exigências quotidianas que sobre estes recaem.

Ora, se procurarmos medir o objetivo do legislador de criar um tribunal especializado em função do grau de complexidade das normas que foram sujeitas à jurisdição do TCRS, é forçoso concluir que estes objetivos só em pequena parte foram alcançados, porque:

- (a) como visto acima, as mesmas normas consideradas complexas continuam a ser aplicadas, nalguns casos, pelo TCRS e, noutros casos, por tribunais generalistas; e

(b) nos termos mais bem descritos nas tabelas *infra*, classificando o grau de complexidade potencial da legislação ao abrigo da qual a AdC, a ANACOM e a ERSE podem ser chamadas a impor contraordenações, numa escala de 1 (muito simples) a 5 (extremamente complexos)³⁹⁸:

- (i) a legislação de concorrência tem uma complexidade de nível 5;

- (ii) a legislação aplicada pelo regulador setorial da energia tem uma complexidade média de nível 2, sendo que apenas quatro em 32 diplomas têm um grau de complexidade 4 (e nenhum de grau 5);

- (iii) a legislação aplicada pelo regulador setorial das telecomunicações tem uma complexidade média de nível 2,25, sendo que apenas dois em 25 diplomas têm um grau de complexidade 4 (e nenhum de grau 5).

Tabela 4.14. Leis que podem ser aplicadas pelos reguladores em processos contraordenacionais (análise no cenário atual)

AdC	Grau de complexidade
Lei da Concorrência (L 19/2012) e artigos 101.º e 102.º do TFUE	5
ANACOM	Grau de complexidade
Lei das comunicações eletrónicas (L 5/2004, rev. DL 92/2017)	4
Lei dos Serviços Postais (L 17/2012, rev. L 16/2014)	4
Regime do comércio eletrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais (DL 7/2004, rev. L 46/2012)	3
Lei que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações (L 91/97, rev. DL 35/2004)	3
Regime de livre circulação, colocação no mercado e colocação em serviço no território nacional dos equipamentos de rádio e equipamentos terminais de telecomunicações e da respetiva avaliação de conformidade e marcação (DL 192/2000)	3
Regulação da autorização municipal inerente à instalação das infraestruturas de suporte das estações de radiocomunicações e respetivos acessórios definidos no decreto-lei n.º 151-A/2000, e adota mecanismos para fixação dos níveis de referência relativos à exposição da população a campos eletromagnéticos (0 Hz — 300 GHz) (DL 11/2003)	3
Regime da construção, do acesso e da instalação de redes e infraestruturas de comunicações eletrónicas (DL 123/2009, rev. DL 92/2017)	3
Lei de criação do fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas (L 35/2012, rev. 149/2015)	3
Lei da proteção de dados pessoais e privacidade nas telecomunicações (L 41/2004, rev. L 46/2012)	3
Regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores (DL 57/2008, rev. DL 205/2015)	2
Lei que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (L 14/2008)	2
Regulamento do serviço público de correios (DL 176/88)	2
Regime de utilização do espectro radioelétrico pelas estações de radiocomunicações afetas aos serviços móvel marítimo e móvel marítimo por satélite (DL 179/97)	2
Regime de instalação e operação do sistema de transmissão de dados em radiodifusão (DL 272/98, rev. DL 248/2015)	2
Regime de acesso e de exercício da atividade de prestador de serviços de audiotexto (DL 177/99)	2

ANACOM	Grau de complexidade
Regime aplicável ao licenciamento de redes e estações de radiocomunicações e à fiscalização da instalação das referidas estações e da utilização do espectro radioelétrico, bem como a definição dos princípios aplicáveis às taxas radioelétricas, à proteção da exposição a radiações eletromagnéticas e à partilha de infraestruturas de radiocomunicações (DL 151-A/2000)	2
Regime do licenciamento de estações de radiodifusão (DL 126/2002)	2
Regime dos serviços de radiocomunicações de amador e de amador por satélite (DL 53/2009)	2
Regime da proteção contra a exposição aos campos elétricos e magnéticos derivados de linhas, de instalações e de equipamentos elétricos (L 30/2010, rev. L 20/2018)	2
Regime que estabelece as restrições básicas ou níveis de referência referentes à exposição humana a campos eletromagnéticos derivados de linhas, instalações e demais equipamentos de alta e muito alta tensão, regulamentando a lei n.º 30/2010, de 2 de setembro (DL 11/2018)	2
Regime do livro de reclamações (DL 156/2005, rev. DL 371/2007, DL 118/2009, DL 317/2009, DL 242/2012 e DL 74/2017)	1
Lei da prioridade no atendimento dos serviços públicos e privados (DL 58/2016)	1
Regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (DL 195/99, rev. DL 100/2007 e DL 2/2015)	1
Regime quadro das contraordenações do setor das comunicações (L. 99/2009, rev. L 46/2011)	1
Regulamento do serviço de recetáculos postais (Dec-Reg 8/90)	1
ERSE	Grau de complexidade
Bases gerais da organização e funcionamento do setor elétrico (decreto-lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, rev. DL 104/2010, DL 78/2011, DL 75/2012, DL 112/2012, DL 215-A/2012, DL 178/2015, L 42/2016)	4
Bases gerais da organização e funcionamento do setor do gás natural (DL 30/2006, rev. DL 66/2010, DL 77/2011, DL 74/2012, DL 112/2012, DL 230/2012 e L 42/2016)	4
Regime que desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema elétrico nacional (SEN), aprovados pelo decreto-lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade (DL 172/2006, rev. DL 237-B/2006, DL 199/2007, DL 264/2007, DL 23/2009, DL 104/2010, DL 215-B/2012, L 7-A/2016, DL 38/2017, DL 152-B/2017, L 114/2017 e DL 76/2019)	4
Regime que desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural (DL 140/2006, rev. DL 65/2008, DL 66/2010, DL 231/2012, DL 38/2017)	4

ERSE	Grau de complexidade
Regime de extinção das tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais com consumos em baixa tensão normal (BTN) e adota mecanismos de salvaguarda dos clientes finais economicamente vulneráveis, nomeadamente no que respeita ao relacionamento comercial e às tarifas e preços (DL 75/2012, rev. L 105/2017)	3
CrITÉrios de sustentabilidade para a produção e utilização de biocombustíveis e biolíquidos e define os limites de incorporação obrigatória de biocombustíveis para os anos 2011 a 2020 (DL 117/2010, rev. DL 152-C/2017)	3
Regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores (DL 57/2008, rev. DL 205/2015)	2
Lei que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (L 14/2008)	2
Regime das instalações elétricas particulares (DL 96/2017, rev. L 61/2018)	2
Regime da receção, devolução e troca de garrafas utilizadas de GPL (DL 5/2018)	2
Regime que cria o apoio social extraordinário ao consumidor de energia (ASECE) (DL 102/2011, rev. DL 172/2014)	2
Regime que cria a tarifa social de fornecimento de gás natural a aplicar a clientes finais economicamente vulneráveis (DL 101/2011)	2
Regime de extinção das tarifas reguladas de venda de gás natural a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m3 e adota mecanismos de salvaguarda dos clientes finais economicamente vulneráveis, nomeadamente no que respeita ao relacionamento comercial e às tarifas e preços (DL 74/2012, rev. DL 15/2015)	2
Regime jurídico da mobilidade elétrica, aplicável à organização, acesso e exercício das atividades relativas à mobilidade elétrica (DL 39/2010, rev. L 64-B/2011, DL 170/2012 e DL 90/2014)	2
Regime que estabelece disposições tendentes a assegurar condições de estabilidade tarifária no período inicial de implementação das medidas necessárias a garantir a sustentabilidade do Sistema Elétrico Nacional e permitir a operacionalização, no sistema tarifário, da dedução nos montantes de determinados sobrecustos do SEN de receitas legalmente afetas à sua compensação (DL 256/2012)	2
Regime sancionatório do setor energético (L 9/2013)	2
Regime que define as condições da cessação dos contratos de aquisição de energia (CAE) e à criação de medidas compensatórias relativamente à posição de cada naqueles contratos (DL 240/2004, rev. DL 199/2007, DL 264/2007 e DL 32/2013)	2
Regime da atividade de produção de energia elétrica por pessoas singulares ou por pessoas coletivas de direito público ou privado, incluindo regime remuneratório aplicável aos centros eletroprodutores (DL 189/88, rev. DL 313/95, DL 56/97, DL 168/99, DL 312/2001, DL 339-C/2001, DL 33-A/2005, DL 225/2007 e DL 35/2013)	2

ERSE	Grau de complexidade
Regime jurídico aplicável à produção de eletricidade, destinada ao autoconsumo na instalação de utilização (UPAC) e o regime jurídico aplicável à produção de eletricidade, vendida na sua totalidade à rede elétrica de serviço público (RESP), por intermédio de instalações de pequena potência, a partir de recursos renováveis, adiante designadas por «Unidades de Pequena Produção» (UPP) (DL 153/2014)	2
Regime que cria a contribuição extraordinária sobre o setor energético (L 83-C/2013, artigo 228.º, rev. L 33/2015)	2
Regime jurídico aplicável à atividade de operador logístico de mudança de comercializador de eletricidade e gás (DL 38/2017)	2
Regime das instalações de gases combustíveis em edifícios (DL 97/2017, rev. L 59/2018)	2
Regime do projeto, construção, exploração e manutenção do sistema de abastecimento dos gases combustíveis canalizados referidos no artigo 1.º do decreto-lei n.º 374/89 (DL 232/90)	2
Regime aplicável à comunicação de preços e condições de venda, sistema de preços e estrutura dos consumos pelas empresas fornecedoras de gás canalizado e de energia elétrica aos consumidores finais da indústria (DL 104/92)	2
Regime das associações inspetoras de instalações elétricas (DL 272/92, rev. DL 101/2007)	2
Regime do livro de reclamações (DL 156/2005, rev. DL 371/2007, DL 118/2009, DL 317/2009, DL 242/2012 e DL 74/2017)	1
Lei da prioridade no atendimento dos serviços públicos e privados (DL 58/2016)	1
Regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (DL 195/99, rev. DL 100/2007 e DL 2/2015)	1
Regime de cumprimento do dever de informação do comercializador de energia ao consumidor (L 5/2019)	1
Estabelece o procedimento aplicável à extinção das tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais com consumos em muita alta tensão (MAT), alta tensão (AT), média tensão (MT) e baixa tensão especial (BTE) (DL 104/1010, rev. DL 13/2014)	1
Regime aplicável ao reconhecimento e transmissão dos ajustamentos tarifários regulares devidos às entidades reguladas do setor do gás natural (DL 87/2011)	1
Regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (DL 195/99, rev. DL 100/2007 e DL 2/2015)	1

Ou seja, se parece manifestamente justificada a necessidade de especialização judicial em função do elevado grau de complexidade do direito da concorrência, já não se chega à mesma conclusão no que

respeita à grande maioria dos diplomas do direito da regulação setorial (pelo menos com base na análise do setor das telecomunicações e da energia). Alguns diplomas de regulação setorial são efetivamente complexos. Mas esses são a exceção.

Em nosso entender, portanto, a jurisdição especializada do TCRS não vai suficientemente longe, por deixar de fora a decisão de casos em que se exige a aplicação das mesmas normas altamente complexas que se colocam sob a jurisdição do TCRS noutros casos.

Ao mesmo tempo, a jurisdição especializada do TCRS vai longe demais, por se incluir nela a decisão de casos em que é necessário aplicar diplomas que não apresentam qualquer grau de complexidade.

A opção de se definir a jurisdição do tribunal por referência a todas as contraordenações aplicadas por um regulador independente tem por consequência, nomeadamente, que o TCRS seja a jurisdição competente para julgar casos de aplicação de regimes que não são manifestamente complexos, e que são julgados pelos tribunais comuns quando esses mesmos regimes são aplicados por outras entidades. Um exemplo óbvio desta consequência é a aplicação do regime do livro de reclamações³⁹⁹. Desde a criação do TCRS que as entidades reguladas por reguladores independentes têm de recorrer para o TCRS caso queiram contestar uma contraordenação por violação das regras do livro de reclamações. Uma clínica privada de saúde de Figueira de Castelo Rodrigo, por exemplo, que antes teria podido recorrer da contraordenação da ERS por violação destas regras para o tribunal da sua respetiva comarca, passou a ser obrigada a recorrer para o TCRS em Santarém. Já uma pastelaria na loja ao lado, fiscalizada pela ASAE, continua a recorrer da contraordenação imposta pela violação dessa mesma norma para o tribunal da sua comarca.

4.4.2. Magistrados mais especializados

De pouco serve ter-se um tribunal especializado se os magistrados que decidem os casos não forem, eles próprios, especializados

nas áreas do direito em causa. Para aferir a variação da especialização dos magistrados que decidem os processos sujeitos à jurisdição do TCRS, há que analisar, primeiro, a variação do número de magistrados chamados a decidir esses processos e, segundo, a variação do grau de especialização desses magistrados em concreto.

Não é possível quantificar com precisão o número de magistrados que poderiam ter sido chamados a decidir processos das entidades reguladoras no período de base (anterior à criação do TCRS), que passaram a ser da competência do TCRS, até porque este número se alterava com o passar dos anos, com a reforma de magistrados, com a admissão à carreira de novos magistrados e com os movimentos judiciais.

A análise que se segue respeita única e exclusivamente aos recursos em processos contraordenacionais decididos por reguladores independentes. Todos os outros tipos de processos que envolvem reguladores independentes não foram afetados pela criação do TCRS, não se verificando a esse nível qualquer alteração do grau de especialização dos magistrados judiciais que são chamados a aplicar as normas em causa.

É possível chegar-se a um número aproximado somando o número total de magistrados judiciais de tribunais (juízos), em todo o país, com competência para decidir recursos de contraordenações adotadas pelos reguladores independentes, em primeira instância, e recursos nestes mesmos processos, em segunda instância (secções criminais dos vários Tribunais da Relação) e em terceira instância (secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça). Quanto aos processos administrativos da AdC ao abrigo da Lei da Concorrência, estes estavam concentrados nos juízos de comércio, com recurso para os mesmos tribunais

superiores. O número total aproximado resume-se nos seguintes termos⁴⁰⁰:

- STJ: 21;
- Tribunais da Relação: 160;
- Juízos de comércio: 8;
- Juízos genéricos e criminais: > 250 (estimativa).

Por contraste, após a criação do TCRS, os novos recursos de decisões de reguladores independentes que impõem contraordenações, durante o período de 2014 a 2018, passaram a poder ser decididos, em primeira instância, apenas pelo TCRS (sendo que os magistrados colocados no TCRS variaram desde a sua criação). No entanto, tal não levou a uma redução tão grande do número de magistrados chamados a decidir quanto seria eventualmente expectável. Com efeito, como veremos abaixo, os quadros da magistratura judicial do TCRS não se mostraram particularmente estáveis. Na terceira instância, a criação do TCRS não teve qualquer impacto. Na segunda instância, o impacto da criação do TCRS verificou-se indiretamente, por via da posterior concentração das competências para conhecer dos recursos no TRL. Em consequência, o número total aproximado de magistrados com competências para decidirem os processos em causa, de 2014 a 2018, resumiu-se nos seguintes termos:

- STJ: 21;
- Tribunais da Relação: 57;
- TCRS: 8.

Resulta do que antecede que, após a criação do TCRS, o número de juízes que podem ser chamados a decidir processos contraordenacionais dos reguladores independentes, na primeira instância, representa apenas 3% do número de juízes que poderiam ser chamados ao abrigo das regras anteriores; e, na segunda instância, representam apenas 36% do número anterior. Não se verificou qualquer alteração deste valor na terceira instância.

Considerando apenas estes dados, havia então, no total, durante o período 2014–2018, cerca de menos 350 juízes que podiam ser chamados a decidir este tipo de processos contraordenacionais do que no período 2008–2012.

Poderá, portanto, concluir-se que a criação do TCRS gerou condições relativamente favoráveis para uma maior especialização dos juízes que decidem recursos de contraordenações impostas por reguladores independentes, ao nível da primeira e da segunda instância. Já ao nível do Supremo Tribunal, esta reforma judicial não teve qualquer impacto.

Para se poder analisar em maior detalhe em que medida foi atingido o objetivo de se conseguir que os processos contraordenacionais dos reguladores independentes fossem decididos por magistrados mais especializados, ainda com base apenas nesta primeira abordagem quantitativa, temos de dividir a análise consoante as várias instâncias.

(i) Primeira instância

A drástica redução do número de magistrados que podem ser chamados a decidir recursos contraordenacionais dos reguladores independentes não foi acompanhada pelo grau de aumento da especialização destes magistrados que se poderia esperar.

Só há duas maneiras de se terem decisores especializados:

1. Recrutamento de recursos humanos já especializados

A legislação nacional vigente torna muito difícil, na prática, recrutar decisores já especializados. Embora o nosso ordenamento conheça exceções de tribunais especializados cujos magistrados não são — ou não são todos — magistrados de carreira (caso do tribunal marítimo), quando se criou o TCRS não se tomou esta opção, sendo este composto exclusivamente por magistrados de carreira.

A isto acresce que, por mais contraintuitivo que tal possa ser, ter-se formação, experiência ou conhecimentos prévios nas áreas do direito da concorrência e da regulação não é um requisito ou sequer um fator de preferência nos concursos para colocação de magistrados no TCRS. Nos termos da lei⁴⁰¹, os únicos requisitos obrigatórios para magistrados do TCRS são:

- (i) ter mais de dez anos de serviço;
- (ii) ter uma classificação não inferior a «Bom com distinção».

E os únicos critérios de diferenciação dos candidatos, para a sua classificação nos movimentos judiciais, são:

- (i) a classificação de serviço;
- (ii) a antiguidade.

Isto significa, na prática, que um magistrado sem qualquer conhecimento em direito da concorrência ou direito da regulação passa à frente de um

magistrado que tenha feito um doutoramento numa destas áreas, se tiver a mesma classificação e uma maior antiguidade.

Além disso, a limitação dos magistrados do TCRS aos que tenham mais de dez anos de carreira revelou-se contraproducente. De acordo com informação divulgada em conferência, as únicas magistradas nacionais que tinham experiência judicial de decisão deste tipo de casos não se mostraram interessadas em transitar para este tribunal, por ele ter sido colocado em Santarém. Isto significou que, pelo menos nos primeiros anos, a criação do TCRS levou a um decréscimo do grau de especialização dos magistrados que decidiram recursos de processos da AdC, devido à perda da experiência e do conhecimento acumulados pelas magistradas do TCL (uma das quais é hoje juíza do Tribunal Geral da União Europeia).

Tornava-se tanto menos provável encontrar magistrados judiciais com formação específica em direito da concorrência e direito da regulação quanto maior fosse a sua antiguidade na carreira, atenta a relativa novidade (e ainda raridade) das cadeiras e dos cursos especializados nestas matérias nas faculdades de direito portuguesas.

Tanto quanto foi possível determinar, nenhum dos 11 magistrados judiciais que já exerceram funções no TCRS desde a sua criação tinha, antes do início das suas funções neste tribunal, qualquer formação específica significativa em direito da concorrência ou em direito da regulação setorial.

2. Recrutamento de recursos humanos não especializados, que recebem *on the job training*

Como nenhum dos 11 juízes que exerceram funções no TCRS desde a sua criação tinha formação específica nas áreas do direito sujeitas à jurisdição deste tribunal, a única esperança de estes magistrados serem mais especializados do que os dos tribunais ordinários era a de estes obterem *on the job training*.

Mas a opção pela formação dos magistrados quando estes já estão em exercício de funções implica que estes passem por um período inicial em que decidem casos sem terem ainda conhecimentos especializados nas áreas em causa. Esta curva de aprendizagem é relativamente longa no caso do direito da concorrência e da regulação. A Dra. Maria José Costeira e a Dra. Fátima Reis, magistradas do TCL quando este ouvia os recursos da AdC, realçaram frequentemente, nas suas intervenções públicas, que a adaptação a esta área do direito e a este tipo de processos exigia um período de cerca de dois ou três anos.

A estabilidade do quadro de magistrados de um tribunal especializado tem sido identificada em estudos internacionais como um dos principais fatores contributivos para o sucesso da sua efetiva especialização⁴⁰². Com efeito, atendendo à dificuldade e ao grande investimento necessário na formação dos magistrados em direito da concorrência e em direito da regulação, é manifestamente contraproducente e destrutivo da real especialização do tribunal mudar-se frequentemente de juízes, tendo de se recomeçar de novo o investimento em especialização.

Um estudo europeu apresentou a Alemanha como um exemplo positivo de país onde, «uma vez designados para a divisão especializada em concorrência do Tribunal Federal de Justiça, estes juízes podem permanecer nessa divisão até ao resto das suas carreiras», contrastando

esta situação com a portuguesa: «Em Portugal, o tribunal especializado não tem sede em Lisboa, mas na cidade provincial de Santarém, sem incentivos de carreira para os magistrados aí se estabelecerem, originando problemas de recrutamento e instabilidade. Estabelecer tribunais especializados não é suficiente, em si, para alcançar os benefícios da especialização na gestão das necessidades de formação, essa decisão tem de ser acompanhada de perspetivas estáveis e de longo-prazo para os juízes designados para esses tribunais»⁴⁰³.

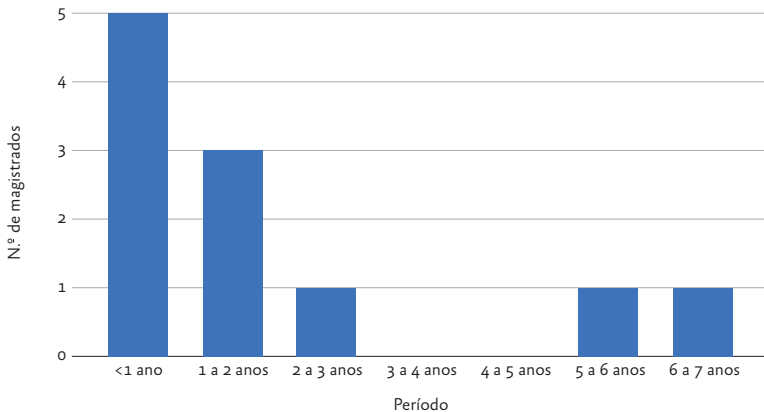
Ora, o quadro de magistrados judiciais (efetivamente em exercício de funções) do TCRS tem-se revelado muito pouco estável:

- (i) abr. 2012/set. 2012: Diana Raposo;
- (ii) set. 2012/jan. 2013: Cláudia Campos Roque; Helena Nogueira;
- (iii) fev. 2013/ago. 2013: Cláudia Campos Roque; Helena Nogueira; João Manuel Teixeira;
- (iv) set. 2013/ago. 2014: Cláudia Campos Roque; Marta Borges Campos; João Manuel Teixeira;
- (v) set. 2014/ago. 2015: Marta Borges Campos; José Miguel Pereira da Rosa; Sérgio Paiva de Sousa;
- (vi) set. 2015/ago. 2016: Marta Borges Campos; Sérgio Paiva de Sousa; Alexandre Leite Baptista;
- (vii) set. 2016/ago. 2017: Anabela Morão de Campos; Marta Borges Campos; Alexandre Leite Baptista;
- (viii) set. 2017/ago. 2019: Marta Borges Campos; Sérgio Paiva de Sousa; Alexandre Leite Baptista;

- (ix) set. 2019/fev. 2020: Marta Borges Campos; Sérgio Paiva de Sousa; Vanda Borga Miguel;
- (x) fev. 2020/presente: Marta Borges Campos; Vanda Borga Miguel; Mariana Machado.

Por outras palavras, desde a sua criação, e à data em que escrevemos, o TCRS teve magistrados colocados durante o seguinte período total (nem sempre contínuo):

Figura 4.1. Número de magistrados por período de exercício de funções



Os dados acima indicados não levam em consideração o facto de o TCRS ter contado ocasionalmente com o apoio de um ou dois outros magistrados colocados noutros tribunais.

Até hoje, portanto, apenas três magistrados permaneceram no TCRS durante o período estimado necessário para completar a curva

de aprendizagem, e um destes foi substituído assim que chegou ao fim deste período. Acresce que, nos nove anos em análise, apenas dois dos 11 juizes que já passaram pelo TCRS se mantiveram ali por mais de metade desse período.

Esta realidade explica-se fundamentalmente pelas regras de colocação de magistrados acima referidas. Para ela contribuiu especialmente: a exigência de dez anos de experiência dos juizes, a desconsideração da experiência ou formação específica na área de especialização do tribunal e a ausência de exigência de exercício efetivo de funções pelos magistrados colocados no TCRS.

Com efeito, verifica-se frequentemente que um ou mais magistrados colocados no TCRS não chegam a exercer funções neste tribunal, sendo destacados para outros postos (*e.g.*, como assessores em tribunais superiores). Nestes casos, os juizes com colocação efetiva não exercem funções no TCRS e são substituídos por juizes que ainda não têm os dez anos de carreira exigidos. Dois dos magistrados do TCRS que alcançaram pelo menos três anos de experiência fizeram-no nestes termos, não sabendo de ano para ano se continuariam no TCRS e tendo finalmente saído do TCRS devido às regras que dão preferência a magistrados com mais antiguidade.

Em suma, o quadro jurídico não é propício à estabilidade do quadro da magistratura judicial do TCRS nem ao investimento em *on the job training*.

A isto acresce que a aposta em *on the job training* está largamente dependente da vontade e da iniciativa dos próprios juizes. Até ao presente, dos 11 magistrados que exerceram funções no TCRS, só nos foi possível identificar investimentos em formação nesta área

pelos três magistrados que permaneceram um mínimo de três anos. A participação destes três magistrados em programas académicos e de formação contínua dedicados à temática, bem como o seu elevado grau de interação com a comunidade científica e profissional destas áreas, publicando artigos e participando em conferências, mostram que a estratégia de *on the job training* pode funcionar. Mas também contrasta com as opções pessoais diferentes da maioria dos magistrados colocados no TCRS (por períodos de tempo menores).

(ii) Segunda instância

Ao nível da segunda instância, até recentemente verificou-se a completa ausência de especialização dos magistrados judiciais. É verdade que a criação do TCRS foi acompanhada pela concentração das competências de segunda instância no TRL. Mas, ainda assim, isso significava que do TCRS se recorria para um tribunal generalista, em que os processos podiam ser decididos por mais de 50 juízes.

Tínhamos, assim, uma inusitada pirâmide invertida. Era como se, depois do diagnóstico de um médico especialista, se pedisse uma segunda opinião a um médico generalista com mais anos de carreira.

Verdade seja dita, a legislação já permitia ao TRL criar uma secção especializada caso o entendesse adequado. Novamente, porém (tal como no caso da interpretação do STJ sobre as entidades sujeitas à jurisdição do TCRS), o legislador teve de intervir para garantir que se respeitava o espírito da especialização judicial consagrada na reforma de 2012.

Foi assim que, em agosto de 2019, o legislador optou por criar no TRL, por força de lei, uma secção em matéria de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão⁴⁰⁴. Esta secção foi inicialmente composta por três e atualmente por cinco juízes desembargadores. Note-se que se exige destes magistrados que dominem duas áreas de conhecimento de dois tribunais especializados diferentes. Ou seja, mesmo com esta reforma, o grau de especialização na segunda instância continua a ser inferior ao grau de especialização na primeira instância.

Até agosto de 2019, não se pode falar em qualquer grau significativo de especialização prévia em direito da concorrência ou em direito da regulação dos decisores de segunda instância. A partir de agosto de 2019, pelo menos um dos três juízes desembargadores colocados na secção especializada já participou em várias ações de formação nesta área, identificando-se a participação de outros em formações pós-graduadas nestes domínios, e todos têm experiência prévia de decisão de alguns (poucos) processos nesta área. Mesmo que nenhum destes magistrados fosse necessariamente conhecido como especialista em direito da concorrência ou em direito da regulação antes de iniciar o exercício de funções nesta secção especializada, a reforma judicial permitirá uma aposta na vertente de *on the job training* e um aumento do grau de especialização efetiva dos juízes, desde que se verifique a estabilidade temporal dos quadros desta secção, por vários anos.

(iii) Terceira instância

Do Tribunal da Relação de Lisboa recorre-se para outro tribunal generalista, o STJ, em que os processos podiam ser decididos por mais

de 20 juízes. Só assim não sucede com os recursos das decisões da AdC, que terminam na segunda instância.

Atualmente, depois da criação da nova secção especializada do TRL, temos uma pirâmide invertida em que os processos contraordenacionais dos reguladores independentes (exceto da AdC) são decididos por um de três a cinco juízes especializados, na primeira e na segunda instâncias, podendo ser depois recorridos para um de 20 juízes não especializados na terceira instância (em bom rigor, na segunda e na terceira instâncias os recursos são para um coletivo de juízes).

Não se conhecem quaisquer regras, formais ou informais, de distribuição de processos/matérias dentro do STJ que permitam a certos juízes conselheiros especializarem-se nos processos em que se suscite direito da concorrência ou direito da regulação, mas não se pode excluir a adoção de tais procedimentos.

Tanto quanto é sabido, nenhum dos juízes do STJ que pode ser chamado a decidir estes casos tem formação significativa específica em direito da concorrência (para além de casos excecionais de breves cursos de formação contínua) ou em direito da regulação. Um estudo realizado no âmbito da jurisdição cível identificou vários casos em que o STJ respondeu à invocação do direito da concorrência através da aplicação de normas de direito civil, não se tendo identificado qualquer bom exemplo de aplicação das normas de concorrência⁴⁰⁵.

Esta realidade é especialmente preocupante. Certamente, é normal que o tribunal supremo de uma ordem jurídica não seja um tribunal especializado. A ideia é justamente que este tribunal tenha uma visão conjunta do ordenamento e dos seus grandes princípios. No entanto,

esse modelo funciona melhor quando os juízes do tribunal supremo são em número reduzido e podem contar com o apoio de um grande número de assessores judiciais fixos ou *ad hoc*, os quais tendem a ser jovens juristas que, esses sim, podem ser especializados nas várias áreas do direito. Não é isso que sucede no STJ português. Há um número relativamente grande de juízes que têm um número reduzido de assessores, escolhidos entre jovens magistrados, nos quais não é fácil identificar especialistas nestas áreas do direito⁴⁰⁶. O sistema exige dos juízes conselheiros mais do que é razoável exigir, atentas as limitações de recursos humanos ao seu dispor.

Ao ponderar-se o grau de especialização dos magistrados judiciais, deve ainda ter-se em conta que é, em nosso entender, uma ilusão pensar-se que é possível a um magistrado judicial ser especialista no direito da concorrência e em todas as áreas do direito da regulação setorial. Nenhum advogado se apresentaria como especialista, ou sequer tentaria trabalhar simultaneamente, em direito da concorrência, direito da energia, direito dos valores mobiliários, direito bancário, direito dos seguros, direito da saúde, direito dos transportes, direito da aviação, direito dos resíduos, etc. Exigir-se que um magistrado judicial domine todas estas áreas do direito é impor-lhe um ónus impossível. É certo que pode haver certas características e princípios em comum, partilhados entre estas áreas do direito, que tornem mais fácil a alguém familiarizado com uma delas transitar rapidamente para outra. Mas tal só acontecerá casuisticamente e nunca afastará o desafio de entrar, pela primeira vez, num novo diploma e em novas questões jurídicas complexas (a existirem) em cada novo caso concreto.

Apesar de as considerações que antecedem e os dados em que as mesmas se baseiam terem sobretudo como ponto de referência a magistratura judicial, são aplicáveis *mutatis mutandis* aos magistrados do Ministério Público que representam o Estado junto do TCRS e dos tribunais superiores.

De facto, se entendemos ser indispensável uma verdadeira especialização dos tribunais, a formação especializada dos juízes e a estabilidade do seu vínculo aos tribunais (ou secções) em que são decididas estas matérias dotadas de uma elevada especificidade e cuja correta compreensão do domínio exigem vários anos de prática, mal se compreenderia que não aplicássemos o mesmo raciocínio aos procuradores do Ministério Público junto do TCRS, do TRL e do STJ.

4.4.3. Melhor qualidade das decisões judiciais

A análise do cumprimento do objetivo de melhorar a qualidade das decisões judiciais é especialmente desafiante. De modo geral, é da própria natureza do direito, sobretudo nos ordenamentos continentais europeus, que não seja possível chegar a conclusões inquestionáveis sobre se determinada interpretação jurídica é ou não correta.

Como questão eminentemente subjetiva, a única maneira de abordar seria reunir opiniões dos sujeitos e atores do direito. Sucede que, forçosamente, estas opiniões subjetivas forneceriam apenas um retrato da perceção dominante sobre a qualidade das decisões judiciais, sem qualquer garantia de que este retrato correspondesse fidedignamente à realidade.

Desde logo, tirando os próprios magistrados, que não podem ser juízes em causa própria, nenhuma pessoa — nem os advogados,

nem os representantes de empresas reguladas, nem os representantes dos reguladores — têm uma visão de conjunto da atividade do TCRS. A isto acresce que, salvo raras exceções, só quem interveio diretamente num caso conhece em suficiente detalhe os seus pormenores para se poder pronunciar de modo completo sobre a qualidade das decisões judiciais nesse caso, e estas pessoas não podem, por definição, ter uma visão imparcial do caso.

Dito isto, as entrevistas realizadas com representantes de reguladores e advogados mandatários de regulados perante o TCRS sugeriram uma dualidade de apreciações. Em termos gerais e abstratos, parece haver uma perceção generalizada de que o TCRS levou a uma melhoria da qualidade da prática decisória judicial nestas áreas do direito. Ao mesmo tempo, porém, todos os entrevistados identificaram pelo menos um caso de uma interpretação jurídica pelo TCRS que entenderam ser exemplo de uma interpretação incorreta. Tanto do lado dos regulados como dos reguladores, ouvem-se queixas sobre interpretações adotadas — em questões diferentes, claro — pelo TCRS. Se tal não permite extrair conclusões sobre a qualidade das decisões judiciais, possibilita pelo menos confirmar que não se verifica uma tendência do TCRS de decidir predominantemente em favor dos reguladores ou dos regulados.

À luz do que antecede, concluímos não ser possível extrair conclusões objetivas, cientificamente sólidas, a propósito do cumprimento deste objetivo.

4.4.4. Mais uniforme

Comece-se esta secção por realçar que há uma notável divergência de opiniões na nossa sociedade sobre a desejabilidade de uniformidade na jurisprudência. De modo geral, a uniformidade da jurisprudência tende a ser vista como um requisito da segurança jurídica. Se cada juiz puder decidir de modo diferente, não é possível aos sujeitos do direito adaptarem os seus comportamentos às suas obrigações e direitos legais, por não terem a certeza de quais são. Contudo, os magistrados judiciais, em especial, tendem a opor-se acerrimamente a opções que levem à uniformização de jurisprudência. A principal preocupação expressa a este respeito é a de que estas abordagens tanto consolidam boas como más soluções jurisprudenciais. Um contra-argumento é que, desde que haja transparência e certeza sobre a solução uniformizada nos tribunais, é possível, e há um maior incentivo para o legislador intervir para alterar as normas em causa e levar a uma solução diversa se a sociedade entender democraticamente que deve ser outra a solução.

Por força da lei, a criação do TCRS não leva necessariamente a uma jurisprudência uniforme. A independência de cada juiz e o facto de cada processo ser decidido, em primeira instância, por um tribunal singular significam que, a qualquer momento concreto, continua a verificar-se a possibilidade de três (ou mais) interpretações diversas das mesmas normas. A isto acresce a instabilidade, acima referida, do quadro de magistrados judiciais do TCRS, que faz com que os decisores individuais variem de ano para ano.

E, claro, o grau de uniformidade de interpretação do direito regulatório não foi minimamente afetado pela reforma judicial ora em análise, sempre que estão em causa processos que não tenham uma natureza

contraordenacional, o que significa que uma grande percentagem dos processos judiciais dos reguladores independentes não foi afetada ao nível da uniformidade jurisprudencial.

Não obstante, é incontornável a conclusão de que a drástica redução do número de magistrados judiciais que podem ser chamados a decidir processos contraordenacionais dos reguladores independentes (e processos administrativos de aplicação da LdC) aumentou significativamente a probabilidade de se verificar uma maior uniformidade das interpretações jurídicas do direito regulatório no TCRS neste tipo de processos.

O mesmo se aplica à redução do número de decisores potenciais na segunda instância. Se já se verificava uma redução deste número desde o início da criação do TCRS (apenas quanto a processos contraordenacionais), este efeito é ainda mais acentuado (nos processos contraordenacionais) desde a recente criação da secção especializada no TRL. Estes processos passaram a ser decididos sempre pelos mesmos três (agora cinco) juízes desembargadores, maximizando a probabilidade de uniformização da jurisprudência na segunda instância.

Já na terceira instância não se verificou qualquer alteração do grau expectável de uniformização da jurisprudência.

No que respeita aos processos contraordenacionais dos reguladores independentes e dos processos administrativos da AdC de aplicação da LdC, tudo indica que a reforma judicial criou condições propícias para uma maior uniformização da jurisprudência. O grau efetivo de uniformização parece até maior na prática do que seria forçoso, devido a uma tendência para o diálogo e o debate entre os magistrados

judiciais do TCRS, entre si e com a comunidade jurídica em geral, a par de um número relativamente reduzido de oportunidades para divergências na interpretação das mesmas questões. Durante o período atual, não se identificaram exemplos significativos de abordagens diferentes pelos juízes do TCRS relativamente a uma controvérsia jurídica. Mas este é um efeito inteiramente dependente da personalidade e das opções pessoais dos juízes colocados no TCRS num dado momento, podendo por isso variar no tempo. Assim, por exemplo, na mais recente composição do TCRS, cada uma das três magistradas judiciais com colocação efetiva adotou uma posição diferente sobre o direito de acesso por terceiros aos processos contraordenacionais e o modo como este se efetiva.

Por outro lado, verificaram-se vários desacordos entre o TCRS e os tribunais superiores. A interação entre as instâncias nestes casos foi especialmente reveladora do contributo da criação do TCRS para a uniformização da jurisprudência. Em vários momentos, o TCRS revelou-se uma força de luta por determinada solução, mesmo contra a vontade dos tribunais superiores, tendo a sua posição normalmente vingado por via não jurisprudencial.

Assim, por exemplo, o TCRS opôs-se desde o início a uma norma incluída nos estatutos de vários reguladores independentes, segundo a qual o recurso de decisões contraordenacionais não tinha efeitos suspensivos, ou seja, as pessoas visadas tinham de pagar a contraordenação mesmo que recorressem, a não ser que demonstrassem que o pagamento lhes causaria um prejuízo considerável e prestassem caução em substituição⁴⁰⁷. No entender do TCRS, esta norma era inconstitucional e desrespeitava o estado

de direito. Seguiu-se uma discórdia entre o TCRS e o Tribunal Constitucional. Este último dividiu-se, com uma secção a concordar com o TCRS e outra a discordar, até que o plenário se pronunciou pela não-inconstitucionalidade. No entanto, como mesmo este último acórdão não tem efeitos gerais e abstratos, o TCRS continuou a lutar pelo que entendia ser a sua obrigação de defesa dos direitos constitucionais dos destinatários de contraordenações impostas por estes reguladores. A disputa foi-se resolvendo de outro modo. O TC acabou por considerar que estas normas de alguns dos estatutos estavam feridas de inconstitucionalidade orgânica, assim se recaiando na solução da regra geral, que é o efeito suspensivo do recurso. Mais interessante ainda foi a reação da Autoridade da Concorrência, cuja respetiva norma não está ferida de inconstitucionalidade orgânica. Convidada a redigir uma proposta de transposição da diretiva ECN⁴⁰⁸, que obriga à revisão da LdC e dos estatutos da AdC, esta última aproveitou a ocasião para incluir alguns aperfeiçoamentos e alterações adicionais a estes diplomas, não exigidos pela diretiva⁴⁰⁹. Uma destas alterações propostas foi o retorno a um sistema de recurso suspensivo. Se esta proposta for adotada pelo legislador, a posição do TCRS acabará por vingar por via legislativa⁴¹⁰.

Uma sucessão de acontecimentos muito similar levou a que a posição do TCRS vingasse, por via legislativa, depois de dezenas de casos de desacordo com o STJ sobre a delimitação do âmbito subjetivo da jurisdição do TCRS (como se descreveu *supra* na secção 1.3).

Ainda noutro exemplo, uma das velhas controvérsias do direito da concorrência em Portugal é a responsabilidade da empresa-mãe por infrações concorrenciais praticadas por uma subsidiária. Há muito que

esta questão é pacífica no direito europeu: a empresa-mãe é responsável desde que possa, em abstrato, exercer controlo sobre a subsidiária, porque o sujeito do direito da concorrência é a «empresa» definida como unidade económica (grupo), e não como pessoa jurídica. Note-se que, em princípio, isto significa que, quando as autoridades portuguesas aplicam o direito europeu da concorrência, estão obrigadas a aplicar a mesma interpretação do conceito de empresa e da responsabilidade da empresa-mãe. Mas em Portugal (e em certos outros Estados-membros, como a Alemanha), aplicando-se o direito contraordenacional, que tem como subsidiário o direito penal, entende-se que a responsabilidade deve ser pessoal e que tal se refere à pessoa jurídica. Num dos primeiros casos da AdC (Cartel do Sal), esta testou a tese da responsabilidade da unidade económica perante o TCL, mas este rejeitou essa abordagem. A AdC nunca mais voltou a testar tal tese. Mais recentemente, tentou um argumento que procurava chegar à responsabilidade da empresa-mãe por via da responsabilidade por omissão. O TCRS aceitou essa abordagem no caso concreto, mas o TRL rejeitou-a com base nas regras e nos princípios gerais do direito penal. Novamente, a questão está em vias de ser ultrapassada por via legislativa. A diretiva ECN+ exige que os Estados-membros incluam na sua legislação nacional uma norma a consagrar a responsabilidade das empresas-mãe por infrações concorrenciais das suas subsidiárias. Curiosamente, antes desta diretiva, por sugestão da AdC, a transposição em Portugal da diretiva 2014/104/UE consagrou a responsabilidade civil da empresa-mãe por danos decorrentes de infrações concorrenciais praticadas pelas suas subsidiárias⁴¹¹. Note-se que isto não era exigido por essa diretiva e que a questão era, na altura, ainda controversa no direito europeu. Pouco depois, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) viria a confirmar

que o legislador português interpretara corretamente as obrigações que decorrem do direito europeu a este respeito⁴¹².

Para a uniformização da jurisprudência portuguesa do direito da concorrência e regulação, poderia contribuir decisivamente o aumento da frequência de utilização de reenvios prejudiciais. Se se solicitassem mais frequentemente esclarecimentos ao TJUE sobre a correta interpretação do direito europeu e das obrigações que dele decorrem para os tribunais nacionais, estes últimos ficariam, pelo menos em teoria, impedidos de interpretar diversamente semelhantes questões jurídicas. No entanto, não se pode dizer que a criação do TCRS tenha levado ao aumento significativo do número de reenvios prejudiciais nestas áreas do direito. Desde a criação do TCRS, este realizou apenas dois reenvios prejudiciais para o TJUE, relativos ao direito da concorrência. Durante o mesmo período, os tribunais ordinários tinham realizado um reenvio relativo ao direito da concorrência.

O âmbito limitado da jurisdição do TCRS fez com que qualquer potencial efeito de uniformização ficasse limitado aos recursos de processos contraordenacionais dos reguladores independentes. Em paralelo, as mesmas normas continuaram a ser interpretadas por muitos outros tribunais, em termos potencialmente diversos. Isto levou até a divergências jurisprudenciais sobre a interpretação das mesmas normas no mesmo quadro factual. Assim, por exemplo, o caso das práticas anticoncorrenciais da GALP na distribuição de botijas de gás levou, primeiro, a um caso de *private enforcement* da concorrência, decidido por um tribunal cível e, em recurso, pelo TRL e pelo STJ. A mesma cláusula do contrato de distribuição levou, depois, a uma contraordenação imposta pela AdC, revista pelo TCRS e pelo TRL. No caso de *private*

enforcement, o TRL concluiu que a cláusula em questão não violava o direito da concorrência. No caso de *public enforcement*, outra secção do TRL concordou com a AdC e o TCRS em como a cláusula em questão violava o direito da concorrência. O resultado foi que a GALP teve de pagar uma contraordenação por esta prática anticoncorrencial, mas o pequeno distribuidor não teve a proteção do direito da concorrência e foi obrigado a cumprir a cláusula penal (com fundamento ilícito) do contrato. A divergência jurisprudencial agudizou-se ainda mais com a tomada de posição do STJ no caso de *private enforcement* — este entendeu, surpreendentemente, que o direito da concorrência não se aplicava de todo à prática em causa porque a GALP e o pequeno distribuidor independente eram a mesma «empresa» para efeitos do direito da concorrência e que este direito não se preocupava com as restrições intramarca.

4.4.5. Que «acautela» as entidades reguladoras

O objetivo expresso pelo legislador de, através da criação do TCRS, «acautelar» as entidades reguladoras é de interpretação dúbia. Parece seguro concluir-se ser intenção do legislador que o novo tribunal levasse a uma melhoria da situação dos reguladores independentes no que respeita às suas relações com o poder judicial. Tal não implica necessariamente que o objetivo fosse a criação de um tribunal que confirmasse com mais frequência as decisões dos reguladores.

O simples facto de se criar um tribunal que garanta uma justiça mais especializada e com maior qualidade, mais célere e mais uniforme já serve os interesses dos reguladores. Nesta ótica, o cumprimento

deste objetivo deve ser aferido à luz do cumprimento destes outros objetivos, já acima discutidos.

Mas há fatores adicionais, não subsumidos no cumprimento dos outros objetivos já mencionados, que cumpre analisar no âmbito da respetiva secção.

Primeiro, uma das principais preocupações manifestadas por empresas reguladas e pelos seus advogados é a de que o tribunal especializado poderá manifestar uma maior tendência para confirmar as decisões dos reguladores (tendência de «seguidismo»).

Não é possível verificar, de maneira rigorosa, se tal tendência se verifica na realidade. Uma conclusão sobre esta matéria depende de uma análise casuística exaustiva do desfecho de todos os processos perante o TCRS e perante os tribunais, nos períodos do cenário de base e do cenário atual. Ora, tal análise, além de impossível na prática, seria sempre eminentemente subjetiva.

Não nos tendo sido possível testar a realidade de verificação da tendência referida, por recurso a dados quantitativos objetivos que permitissem extrair conclusões com base numa lógica de grandes números (comparando o número total de decisões dos reguladores anuladas, parcialmente anuladas — incluindo redução de coimas — ou confirmadas durante os dois períodos), recolhemos, porém, alguns exemplos qualitativos concretos de litígios em que o TCRS discordou da posição dos reguladores quanto a questões jurídicas com um especial impacto sobre a atividade destes. Assim, a título de exemplo:

- (a) O TCRS lutou acerrimamente contra vários reguladores independentes e contra o próprio legislador, a propósito da

consagração de um efeito meramente devolutivo dos recursos contraordenacionais.

(b) O TCRS opôs-se à AdC e ao legislador, defendendo que, apesar da letra da LdC, alguns recursos interlocutórios deveriam ter um efeito suspensivo e que este efeito deveria depender de uma apreciação casuística, sob pena de inconstitucionalidade.

(c) O TCRS opôs-se à interpretação da AdC sobre o modo como se deveria dar acesso às empresas visadas por um processo contraordenacional aos documentos confidenciais «exculpatórios» (não citados na comunicação de acusações).

Embora sejam raras as anulações completas de decisões dos reguladores independentes pelo TCRS, são menos raras as anulações parciais, as reduções de multas aplicadas, etc., não tendo sido possível identificar uma diferença dos níveis de confirmação de decisões dos reguladores entre o período-base e o período atual.

Adicionalmente, a preocupação de «seguidismo» pode ainda ser analisada à luz da realidade do resultado dos recursos das sentenças do TCRS. Não nos foi possível identificar qualquer tendência acrescida de inversão das pronúncias do TCRS em sede de recurso, que seria de esperar se este seguisse mais frequentemente a posição dos reguladores. Aliás, como se discutiu na secção anterior, múltiplos casos de inversão da posição do TCRS por tribunais superiores foram exemplos de os tribunais superiores concordarem com os reguladores independentes e adotarem posições mais favoráveis às pretensões destes, com a oposição do TCRS.

À luz do que antecede, não encontramos qualquer evidência de que a criação do TCRS tenha levado a um aumento da tendência para

os juízes de primeira instância seguirem mais frequentemente a posição dos reguladores. Antes pelo contrário, os juízes do TCRS tomaram várias posições de fundo contrárias aos interesses dos reguladores e invocaram inconstitucionalidades da lei cuja identificação é menos vulgar nos tribunais comuns. Entendemos isto como um fator positivo — não podemos configurar o «seguidismo» dos reguladores pelo TCRS como algo positivo para estes. A médio/longo prazo, esta tendência diminuiria os incentivos para um trabalho cuidadoso de análise e fundamentação pelos reguladores, podendo levar a uma reação dos agentes do mercado e, eventualmente, do próprio legislador avessa aos reguladores independentes. O sucesso destes a longo prazo está intimamente ligado à perceção pública da solidez das suas decisões e da sua qualidade técnica. Dito isto, a positividade deste fator não é estrutural, mas sim dependente da personalidade e das opções pessoais dos magistrados judiciais nomeados para o TCRS a qualquer momento.

O acautelamento dos interesses dos reguladores pode ainda ser discutido noutra ótica. Se aceitarmos, como pressupõe o legislador, que é benéfico para os reguladores verem os seus casos decididos por um tribunal especializado, daqui resulta que os seus interesses serão tanto mais acautelados quanto maior for a percentagem dos seus casos decidida pelo tribunal especializado. Isto leva-nos à análise do **âmbito material de competências do TCRS**.

Ao contrário do que geralmente se pressupõe, o TCRS não é competente para decidir todos os casos que envolvem os reguladores independentes. Na verdade, no que releva para a presente discussão, o que resulta da lei é que o TCRS decide apenas⁴¹³:

(a) para todos os reguladores independentes:

(i) questões relativas a recursos, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação (e respetivos incidentes e apensos); e

(b) só para a AdC:

(i) questões relativas a recurso, revisão e execução de decisões em procedimentos administrativos;

(ii) recurso da decisão ministerial de veto de decisão sobre controlo de concentrações.

Ou seja, o TCRS é uma jurisdição especializada apenas para os **processos contraordenacionais dos reguladores independentes** (incluindo a AdC) e para os **processos administrativos da AdC**.

Ora, como vimos anteriormente, este âmbito material de competências do TCRS deixou de fora muitos tipos de processos judiciais que envolvem os reguladores e que estes continuam a ter de litigar nos tribunais competentes de acordo com as regras gerais.

Esta realidade é, até certo ponto, inevitável. Sobretudo porque envolvem outro tipo de especialização para a qual há tribunais mais especializados, ninguém sugeriria seguramente que fossem atribuídas ao TCRS só porque envolvem um regulador independente, *e.g.*:

- as ações penais contra um regulador ou seus administradores;
- os recursos de contraordenações impostas a um regulador;
- contencioso de contratação pública;
- contencioso de contratação de funcionários;

- contencioso laboral;
- contencioso tributário; e
- contencioso eleitoral (*e.g.*, no caso da ERSE).

Mas alguns dos outros tipos de processos judiciais, não atribuídos ao TCRS, requerem a aplicação das mesmas leis que são aplicadas no âmbito dos processos contraordenacionais, e que o legislador entendeu justificarem a jurisdição especializada.

O exemplo mais óbvio é o dos **recursos judiciais de decisões administrativas dos reguladores independentes**.

Não há qualquer motivo conhecido ou imaginável para que as decisões em processo administrativo da AdC sejam incluídas na competência do TCRS mas as decisões em processo administrativo dos outros reguladores independentes não o sejam. A título de exemplo, o controlo judicial tem a mesma (ou até superior) potencial complexidade e necessidade de especialização no caso de uma decisão da ANACOM que recuse a atribuição ou revogue uma licença, e no caso de uma decisão da ANACOM que imponha uma contraordenação por violação dos termos de uma licença. O mesmo é válido para todos os outros reguladores independentes. Não há nada de específico no processo contraordenacional em si que justifique a necessidade de especialização. Aliás, se existisse tal especificidade, ela estaria associada às características do processo contraordenacional (justificando-se a atribuição da competência a uma jurisdição penal), e não às características da lei de regulação setorial em causa.

O outro exemplo natural é o das **ações de responsabilidade extracontratual contra um regulador independente**. A causa

de agir destas ações é, por definição, a existência de danos decorrentes do exercício de poderes regulatórios. Os tribunais que são chamados a apreciar estas ações têm de decidir se o regulador agiu em conformidade com as leis que este é chamado a aplicar, que o legislador entendeu serem suficientemente complexas para justificar a criação de um tribunal especializado. Note-se, aliás, que a não-atribuição destas ações ao TCRS gera situações com que não se pode conviver pacificamente na ordem jurídica, de possíveis decisões judiciais contraditórias relativas aos mesmos factos, à mesma ilicitude e aos mesmos sujeitos do direito: se os danos decorrerem de uma decisão contraordenacional de um regulador independente (ou de uma decisão da AdC de controlo de concentrações), pode verificar-se, em teoria, que o TCRS entenda que o regulador violou a lei setorial em causa, anulando a contraordenação, e que o tribunal administrativo entenda que não houve violação da lei, recusando a condenação no pagamento de danos. Uma solução óbvia — que se verifica, por exemplo, no ordenamento jurídico europeu quanto a decisões da Comissão Europeia — é que se possa cumular na mesma ação, perante o mesmo tribunal, o pedido de anulação da decisão do regulador e a sua condenação no pagamento de indemnização pelos danos causados.

Em suma, na ótica do âmbito material de competências do TCRS, o «acautelamento» dos interesses dos reguladores foi um objetivo que ficou incompleto e poderia ser mais bem alcançado.

4.5. Uma justiça mais próxima dos cidadãos

Embora seja possível aferir a proximidade da justiça aos cidadãos de acordo com abordagens diferentes, cremos ser pacífico que esta proximidade se deve reconduzir, de uma maneira ou de outra, a uma proximidade geográfica, psicológica ou de sensibilidade do decisor. Pode também discutir-se a proximidade aos cidadãos em geral ou às partes nos processos perante os tribunais (neste caso, os reguladores e os regulados).

Independentemente da abordagem que se adote, encontramos evidências de que a criação do TCRS contribuiu para uma melhoria nalgumas componentes deste indicador e para um decréscimo de outra componente. Numa ponderação global, parece-nos que este objetivo não foi alcançado, verificando-se até um retrocesso parcial.

Por via de regra, e até por imposição legal (aplicação das mesmas regras processuais), não há diferenças entre o *modus operandi* do TCRS com o *modus operandi* dos tribunais a que este sucedeu.

Ora, do lado dos fatores inovadores positivos, deverá realçar-se que alguns magistrados judiciais do TCRS têm participado frequentemente em conferências e em eventos orientados para profissionais especializados neste domínio, contribuindo amiúde com comunicações, bem como com artigos em publicações científicas (num grau comparativamente muito superior ao dos juizes de tribunais não especializados). Este é claramente um fator que tem contribuído para uma maior proximidade, e até interatividade, com os sujeitos do direito. No entanto, não se trata de uma melhoria estrutural, mas

sim de uma melhoria fortuita, cuja continuação está dependente da identidade e vontade dos magistrados judiciais nomeados para o TCRS.

Não se verificou um aumento do grau de transparência dos processos. Ao contrário dos tribunais especializados similares de alguns Estados-membros (veja-se, a título de exemplo, o *website* do Competition Appeal Tribunal do Reino Unido⁴¹⁴), o TCRS, pelo menos até ao presente, não divulga as suas próprias decisões judiciais (aderindo ao costume dos tribunais de primeira instância portugueses)⁴¹⁵. O acesso a estas decisões só pode ser solicitado casuisticamente, ou está dependente da sua divulgação no *website* da Autoridade da Concorrência⁴¹⁶ ou de outras entidades que a elas têm ou tiveram acesso (nomeadamente através de protocolos celebrados com o TCRS)⁴¹⁷.

Do lado dos fatores inovadores negativos, a decisão de criação de uma jurisdição centralizada nacional implicou uma significativa redução da proximidade geográfica aos sujeitos do direito, cujo impacto entendemos exceder o impacto positivo acima referido.

Enquanto, anteriormente, reguladores e regulados tinham acesso, na maioria dos casos, a tribunais perto da sua sede, a criação do TCRS fez com que isto deixasse de ser verdade em praticamente todos os casos, tanto para regulados como para reguladores. Desde a criação do TCRS, os destinatários de contraordenações aplicadas por um regulador independente, quer residam/tenham sede em Lisboa, na ilha Terceira ou em Vila Real, têm de se dirigir ao tribunal de Santarém para defenderem os seus direitos, ao passo que antes (com a exceção das contraordenações da Autoridade da Concorrência) tinham acesso a um tribunal generalista ou criminal próximo deles.

Para se compreender devidamente o impacto desta realidade, deve ter-se em conta que, como já se referiu acima, ao contrário do que frequentemente se tende a pensar, as pessoas reguladas (potenciais destinatárias de contraordenações adotadas) pelos reguladores independentes não são apenas grandes empresas. Embora isto varie consoante o regulador, a esmagadora maioria dos regulados são pessoas singulares e micro, pequenas e médias empresas.

Nesta ótica, a criação do TCRS levou não apenas a um distanciamento geográfico da justiça relativamente aos sujeitos do direito, mas também à criação de obstáculos no acesso à justiça que, nalguns casos, suscitam dúvidas sobre a equidade económica e a própria constitucionalidade da opção. Mesmo para grandes e médias empresas, esta alteração implica um acréscimo de custos no acesso à justiça. Mas, acima de tudo, é dúbio que seja proporcional, por exemplo, obrigar uma microempresa de Guimarães destinatária de uma pequeníssima coima aplicada pela ERSE ou pela ANACOM, por exemplo, por violação das regras do livro de reclamações, a deslocar-se a Santarém para defender a sua posição, quando é praticamente certo que apenas os custos associados às deslocações necessárias à defesa do caso (entre advogados e testemunhas) excederão o montante da contraordenação e, graças às particularidades do nosso ordenamento jurídico, não podem ser recuperados mesmo que o recorrente tenha sucesso.

4.6. Conclusões e recomendações

Nesta secção, fornecer-se-á um resumo das conclusões da nossa análise quanto ao grau em que os vários objetivos da criação do TCRS

foram alcançados através da criação desta jurisdição com as suas características atuais. Este resumo será fornecido de acordo com a seguinte classificação e esquema de cores:

- Sem impacto positivo
- Pouco impacto positivo
- Impacto positivo considerável
- Impacto muito positivo

O TCRS é um tribunal cujo racional de especialização não é fácil de identificar.

(a) Não é um tribunal especializado em certas áreas do direito ou leis especialmente complexas.

- As mesmas leis são aplicadas por tribunais administrativos e penais (e outros) em litígios que opõem regulados aos reguladores.
- As mesmas leis são aplicadas por tribunais cíveis (e outros) em litígios entre privados.
- A maioria das leis que aplica não são especialmente complexas.

(b) Não é um tribunal especializado em litígios entre regulados e reguladores independentes.

- Um grande número de litígios que envolvem todos os reguladores independentes continua a ser decidido por outros tribunais.

- Também decide litígios entre privados (quando se invoca exclusivamente o *private enforcement* da concorrência).
- Decide litígios entre regulados e outras autoridades públicas, na aplicação da lei do branqueamento de capitais.

(c) Não é um tribunal especializado em direito contraordenacional.

- Também decide (alguns) processos administrativos da AdC.
- Também decide processos cíveis, quando se aplica exclusivamente a LdC.

Figura 4.2. Especialização do TCRS



Terá a reforma judicial que criou o TCRS alcançado os seus objetivos?

A resposta depende do objetivo em causa, mas o cenário global não é positivo. Forneceremos, de seguida, um resumo das conclusões sobre o grau com que cada objetivo foi ou não alcançado.

UMA JUSTIÇA COM MENOS PENDÊNCIAS E MAIS CÉLERE

Nos tribunais/juizados de comércio

Noutros tribunais cujas competências foram transferidas para o TCRS

Nos recursos das decisões dos reguladores no TCRS

Nos recursos das decisões dos reguladores noutros tribunais

Ao nível da celeridade da justiça, o único impacto positivo da criação do TCRS verificou-se ao nível dos recursos das decisões dos reguladores que passaram a cair no âmbito da jurisdição do TCRS. Neste plano, não há dúvida de que os reguladores e os regulados passaram a ter acesso a uma justiça mais rápida.

No entanto, este efeito não se verifica quanto a todos os outros tribunais, cuja carga processual não foi de todo afetada, ou foi apenas em muito pequena monta. E também não se verifica quanto a um grande número de decisões dos reguladores que continuam a ser controladas por tribunais não especializados (em especial, por tribunais administrativos), que têm potencialmente um grande impacto socioeconómico e duram muitos anos em primeira instância.

Nesta ótica, a reforma judicial ficou inexplicavelmente incompleta. Não há motivo para uma contraordenação da ERSE ou da ANACOM por violação de obrigações legais ter acesso a um recurso rápido perante um tribunal especializado, mas um recurso contra uma decisão destes reguladores da qual, por exemplo, dependem os preços que todos os consumidores nacionais pagarão por determinada fonte e modo de distribuição de energia, ou da qual depende a concorrência ou velocidade de *roll-out* de certa tecnologia de telecomunicações, ser

decidido por tribunais não especializados que chegam a demorar mais de uma década para chegar a uma sentença.

Incompleta ficou também a reforma quanto aos recursos das decisões do TCRS. Não há um motivo atendível para que os recursos de decisões da AdC só tenham uma instância de recurso, mas que continue a ser possível recorrer das decisões contraordenacionais dos outros reguladores independentes para o STJ. A alteração das leis dos outros reguladores independentes, para as harmonizar em conformidade com a opção retida para a AdC, contribuiria significativamente para reduzir a duração total (potencial) dos recursos de decisões dos reguladores independentes.

UMA JUSTIÇA MAIS EFICIENTE

Os dados limitados recolhidos sugerem que a criação do TCRS melhorou a taxa de eficácia. Mas não se pode concluir que se esteja perante uma justiça mais eficiente se se medir esta como uma função dos resultados obtidos (*output*) com determinado nível de recursos humanos. De facto, neste âmbito, não se pode excluir que a criação do tribunal especializado tenha diminuído a «eficiência» da justiça.

Uma questão diferente é saber se este deveria ser, de todo, um objetivo de uma reforma judicial deste tipo, ou se estava necessariamente condenado ao fracasso. Uma aposta na qualidade e celeridade da justiça (que não passe por automatizações) raramente irá de mão dada com o aumento da eficiência de utilização de recursos, pelo menos numa abordagem quantitativa.

UMA JUSTIÇA MELHOR

Com tribunais mais especializados

- na primeira instância
- na segunda instância
- na terceira instância

Com juizes mais especializados

- na primeira instância
- na segunda instância
- na terceira instância

Uma justiça com melhor qualidade de decisões judiciais

Uma justiça mais uniforme

Uma justiça que «acautela» os reguladores

- Benefícios para os reguladores das modificações de celeridade, especialização, qualidade e uniformidade
- Ausência de tendência de «seguidismo» dos reguladores
- Âmbito material de competências do TCRS

N/D=Não disponível.

A criação do TCRS não levou a um aumento muito significativo do grau de especialização da justiça.

Com a exceção dos recursos de decisões da AdC, a legislação associada a esta reforma não teve qualquer impacto ao nível da última instância de recurso. Até muito recentemente (com a criação da secção especializada do TRL), teve um impacto muito limitado no plano

- do recurso para a segunda instância do recurso. Teve um impacto bem mais limitado na primeira instância do que se tende a pensar, com um grande número de processos envolvendo os reguladores independentes (alguns dos quais com um significativo impacto socioeconómico) a continuarem a ser decididos por tribunais não especializados.
- Onde o objetivo da maior especialização deixou mais a desejar foi na especialização dos juizes em si, porventura mais importante na ótica material e pragmática. As regras dos movimentos judiciais e de seleção de juizes para o TCRS fizeram com que nenhum dos magistrados que já exerceu funções neste tribunal tivesse formação ou experiência significativas nas áreas da concorrência e regulação antes de iniciarem as suas funções. Assim, qualquer grau de especialização pessoal só poderia eventualmente ser obtido com *on the job training*, ao fim de dois ou três anos de funções, e contra esta possibilidade militou e continua a militar um elevado grau de rotação dos magistrados do TCRS.
- É bom parar para refletir sobre este facto. Temos um tribunal especializado com juizes generalistas (pelo menos, de início). E deste tribunal recorre-se para juizes generalistas (pelo menos, de início) e sem acesso a assessores jurídicos especializados. Esta situação melhorou recentemente ao nível da segunda instância, com a criação da secção especializada do TRL (também ela largamente dependente de *on the job training*), mas mantém-se inalterada na terceira instância. Para se obter uma justiça verdadeiramente especializada, teria de se recrutar os juizes, pelo menos em parte, de entre especialistas destas áreas do direito, e teria de se conseguir uma maior estabilidade do quadro de magistrados, tanto na primeira como na segunda instâncias⁴¹⁸.

É também necessário refletir sobre a desejabilidade e coerência de ter um recurso de tribunais com magistrados especializados para um tribunal supremo sem especialistas e sem acesso a assessores especializados. Não parecendo viável a criação de uma secção especializada também no STJ, parece haver duas soluções possíveis: excluir o STJ dos recursos destas decisões judiciais, que passariam a ter apenas uma instância de recurso, como já sucede para os recursos das decisões da AdC (e da Comissão Europeia); ou criar um regime de assessoria do STJ por peritos especialistas nestas áreas do direito, sempre que esteja em causa um recurso proveniente da secção especializada do TRL. Para ter um impacto prático, este regime não poderia deixar uma margem discricionária ao STJ para decidir da necessidade da assessoria, e a opinião emitida pelo/a perito/a deveria ser pública e notificada às partes do processo.

Finalmente, e como se disse, estas considerações aplicam-se quer aos juízes, quer aos magistrados do Ministério Público junto do TCRS, da secção especializada do TRL e do STJ.

UMA JUSTIÇA MAIS PRÓXIMA DOS CIDADÃOS

Maior diálogo com regulados e a sociedade em ambiente não contencioso (fator não estrutural)

Maior distanciamento geográfico, obstáculo de acesso à justiça para pessoas singulares e microempresas, podendo torná-lo economicamente irracional (possível inconstitucionalidade)

A transferência dos casos para Santarém levou a uma justiça mais distante dos cidadãos. O legislador parece ter partido do pressuposto erróneo de que os casos que seriam discutidos perante o TCRS oporiam

aos reguladores apenas médias e grandes empresas. Ora, a realidade é que os reguladores independentes aplicam igualmente contraordenações a pessoas singulares e a micro e pequenas empresas, e também estas pretendem e têm o direito de aceder à justiça. A solução atual é injusta e potencialmente inconstitucional, podendo resultar na recusa do acesso à justiça em certos casos em que o recurso ao tribunal se torna economicamente irracional, quando uma contraordenação de pequeno valor seja aplicada a uma pessoa singular ou micro ou pequena empresa localizada a uma grande distância do TCRS. A eventual solução para este problema não passaria pela revisão da opção de descentralização geográfica deste tribunal, que não alteraria este *statu quo*, mas sim pela revisão do âmbito subjetivo da jurisdição do TCRS. O obstáculo identificado poderá ser parcialmente ultrapassado através do recurso aos meios eletrónicos e à realização de audiências por videoconferência (cuja viabilidade se comprovou durante a pandemia), mas não sem algum grau de limitação dos direitos das partes.

Profundamente meritória é a relação de maior proximidade entre juízes do TCRS e os sujeitos de direito e os advogados, economistas e académicos especialistas nesta área, decorrente de uma cultura de alguns dos juízes do TCRS de uma vincada e frequente participação em conferências, publicação de artigos em revistas científicas, etc. Não se deve subestimar o impacto profundamente positivo desta alteração de postura dos magistrados judiciais para se alcançarem os objetivos visados pelo legislador ao criar o TCRS. É óbvio que tal vantagem estará sempre, inevitavelmente, dependente da personalidade dos magistrados judiciais nomeados, em qualquer dado momento, para o TCRS.

Em suma, a análise individual de cada um dos objetivos que esteve por detrás da criação do TCRS revela um quadro geral de reduzido cumprimento desses objetivos. Tal não significa que a criação do TCRS não tenha melhorado a situação da justiça em Portugal no que respeita ao controlo judicial dos reguladores independentes. Estamos convictos de que a situação da aplicação do direito da concorrência e da regulação em Portugal foi melhor no cenário atual do que no cenário de base. Mas a reforma ficou aquém do que seria expectável. Sobretudo porque vários dos pontos especialmente positivos resultaram de fatores fortuitos, não sendo melhorias estruturais decorrentes das características da reforma legislativa.

A análise realizada ao longo do presente estudo permitiu identificar medidas concretas que possibilitariam aprofundar o grau de realização de alguns dos objetivos da reforma que esteve na base da criação do TCRS, e que ora se apresentam num resumo de recomendações.

Estas recomendações assentam numa lógica minimalista, no pressuposto de que o legislador não pretende revolucionar o atual modelo, nas suas várias características, e deseja continuar a ter uma jurisdição especializada para os reguladores independentes (ainda que a maioria das leis aplicadas por estes reguladores não seja complexa e não requeira uma especialização jurídica). Idealmente, seria de ponderar uma revisão da competência do TCRS que lhe permitisse focar-se apenas nos casos complexos (passando pela redefinição da sua jurisdição em função da matéria da disputa) e uma redefinição da composição do tribunal (recorrendo-se a um tribunal coletivo com peritos). Exclui-se destas recomendações a diferenciação da jurisdição para micro e pequenas empresas e para médias e grandes empresas, por se entender que tal diferenciação também suscitaria questões constitucionais e por

estarem disponíveis, já no presente, mecanismos que podem colmatar os eventuais obstáculos de acesso à justiça para micro e pequenas empresas decorrentes da solução atualmente vigente.

As principais recomendações são, em síntese, as seguintes:

- Alargar a jurisdição do TCRS para conhecer recursos de todas as decisões administrativas de reguladores independentes (de modo que este passe a decidir também, *inter alia*, recursos de anulação de decisões sobre licenciamentos, fixação de preços ou imposição de obrigações) e ações de responsabilidade extracontratual dos reguladores independentes.
- Alargar a jurisdição do TCRS para incluir as competências dos tribunais penais em processos de direito da concorrência (*e.g.*, relativas a *dawn raids*).
- Harmonizar pela opção da LdC os recursos de sentenças do TCRS relativos aos outros reguladores independentes, permitindo apenas uma instância de recurso, para o TRL; ou, em alternativa, criar um regime de assessoria (efetiva, obrigatória e transparente) do STJ por especialistas em direito da concorrência e da regulação em recursos nestas áreas.
- Alterar as regras de seleção dos magistrados judiciais do TCRS e da secção especializada do TRL:
 - (i) dando preferência a magistrados com formação avançada específica e/ou com um grau significativo de experiência demonstrada na decisão de casos de direito da concorrência e/ou de direito da regulação;

(ii) eliminando a exigência de dez anos de carreira para a nomeação efetiva para o TCRS;

(iii) exigindo o exercício efetivo de funções pelos magistrados colocados.

- Aumentar os recursos humanos efetivamente disponíveis na Secretaria do TCRS.
- Implementar a base de dados para a divulgação pública de todas as sentenças do TCRS, tal como sugerido pelos magistrados judiciais do TCRS.

Capítulo 5

Conclusões

Este estudo é guiado pela seguinte questão: **terá o Estado Regulador em Portugal mudado com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão?**

Para responder a esta questão, após um enquadramento sobre a emergência e o desenvolvimento do Estado Regulador, optámos neste estudo por explorar três casos ilustrativos: a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a Autoridade da Concorrência (AdC) e a Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM).

Começámos por analisar o tema da independência das entidades reguladoras. Partindo do modelo de análise proposto por Gilardi e Maggetti em 2011, procurámos perceber se o enquadramento normativo *ex ante* e *ex post* à LQER salvaguarda a independência das entidades reguladoras (independência *in books*), e se nas entidades reguladoras selecionadas os dados recolhidos revelam ou não um potencial de influência, por parte do poder político e das empresas reguladas, no seu funcionamento e na sua atuação (independência *in action*). De seguida, tratámos do tema do desempenho das entidades reguladoras, partindo do dever imposto pela LQER de as entidades reguladoras utilizarem um sistema de indicadores de desempenho que englobe indicadores de eficiência, eficácia e qualidade. Analisámos os indicadores desenvolvidos por cada uma das entidades selecionadas

e a forma como foram evoluindo ao longo do tempo, com o objetivo de compreender em que medida essa evolução é ou não marcada pela aprovação da LQER. Por último, procurámos analisar o impacto da criação do TCRS, de modo a perceber em que medida os objetivos que presidiram à sua criação — os de alcançar uma justiça mais célere, mais eficiente, de maior qualidade e mais próxima dos cidadãos — foram alcançados.

O quadro que resulta do estudo da **independência *in books* e *in action*** das entidades reguladoras em Portugal evidencia diversas fragilidades, mas também alguns aspetos positivos.

No que diz respeito à independência *in books*, concluímos que existem diversas debilidades quanto ao governo das entidades reguladoras (*chairperson and management board*) — designadamente na forma adotada de designação dos membros do conselho de administração (que continuam a ser nomeados pelo Governo), na duração do respetivo mandato (que, embora desfasada dos ciclos políticos, admite renovação *a posteriori*) e no estatuto de inamovibilidade (já que os membros do conselho de administração podem ser destituídos mediante resolução do Conselho de Ministros fundamentada em motivo justificado, que não carece de ser grave nem excecional) —, quanto à relação com o poder político (*relationship with elected politicians*) e quanto às finanças e à organização (*finances and organization*), pois, não obstante uma

proclamação formal de independência, a lei constrange a atuação das entidades reguladoras (ao prever a necessidade de autorização prévia dos ministros das Finanças e da área setorial de cada entidade reguladora relativamente a diversas matérias, e ao recorrer a conceitos indeterminados que deixam margem para intervenção governamental no plano financeiro), atribui um poder de veto ao presidente do conselho de administração das entidades que subverte o papel da colegialidade, e prevê um estatuto remuneratório que continua a ser marcado pela possibilidade de intervenção do Governo (já que a comissão de vencimentos, embora delimitada nos seus poderes por critérios legais, é composta por uma maioria de membros indicados pelo Governo). A comparação das disposições da LQER com o enquadramento estatutário anterior leva-nos a concluir que se manteve, no essencial, a politização das regras de nomeação dos membros do conselho de administração, a possibilidade de destituição destes com base em juízos de mérito, e fraquezas no estatuto de inamovibilidade que não existiam, por exemplo, nos estatutos da ANACOM. A estas debilidades quanto à independência *de direito* das entidades reguladoras acrescem dois aspetos que não favorecem a atuação das mesmas, por introduzirem custos de transação: a fragmentação e a dispersão regulatórias, que dificultam a clarificação dos limites de atuação das entidades, e a sujeição a regras e regimes financeiros e orçamentais diferentes, consoante a natureza das verbas que compõem o orçamento de cada entidade. Ainda assim, estas debilidades coexistem com aspetos positivos introduzidos (ou, no caso de alguns dos estatutos analisados, reforçados) pela LQER, tais como os relativos aos requisitos formais de independência exigidos aos membros dos conselhos

de administração das entidades reguladoras (quanto a idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência e formação); à consagração de um regime de incompatibilidades mais exigente e detalhado; à criação de novos deveres de prestação de contas à sociedade (*accountability*), associados a exigências de transparência e prestação de informação; e ao significativo aperfeiçoamento da atribuição de competências regulatórias, clarificando os poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e imposição de sanções (ainda que levantando dúvidas quanto ao âmbito de algumas destas atribuições).

No que diz respeito à independência *in action*, observando os indicadores utilizados e concretizando para o conjunto das três entidades reguladoras selecionadas, concluímos que é mais visível o potencial de perturbação da independência face ao poder político do que face às empresas reguladas. Na verdade, quanto ao perfil dos nomeados, denota-se um equilíbrio entre o número de nomeações de indivíduos que se poderiam classificar como «independentes» e o número de nomeações de natureza partidária, embora esta politização do perfil seja menos notória na AdC; quanto às reconduções e saídas antecipadas, as segundas são mais frequentes do que as primeiras, e a sua dinâmica temporal sugere que a mudança de ciclo político gera conflitos entre o novo executivo e os administradores; por último, quanto ao fenómeno de portas giratórias, não surge como notório, pois mais de metade dos administradores não segue para cargos políticos, para cargos públicos ou para o setor, uma vez cessado o seu vínculo com a administração da entidade reguladora (ainda que existam limitações nesta apreciação, decorrentes da dificuldade de aferir trajetos profissionais após a experiência de administração

de uma entidade reguladora). É de referir aqui que a escassez de dados, quer quanto às cativações a que estão sujeitas as entidades reguladoras analisadas, quer quanto ao contencioso regulatório, não nos permite adiantar conclusões minimamente seguras relativamente ao seu relevo na independência *de facto*.

No âmbito do **desempenho** das entidades reguladoras, mais concretamente o modo como as entidades reguladoras selecionadas analisam o seu próprio desempenho, constatámos que tem havido ao longo do período analisado, nas três entidades reguladoras selecionadas, um crescimento no número e na diversidade de indicadores usados. Todavia, embora o nosso objetivo fosse o de perceber o contributo da LQER na evolução do sistema de indicadores das entidades, concluímos que é difícil isolar o efeito específico da entrada em vigor da LQER. Se na ERSE é plausível que a LQER tenha tido algum efeito no aumento do número de indicadores de desempenho reportados, já que não houve alteração de mandato da presidência do conselho de administração, na ANACOM o crescimento no número de indicadores parece ser explicado pelos mandatos dos presidentes dos conselhos de administração, ainda que não seja de excluir o contributo das exigências da lei-quadro. Na AdC o padrão de evolução dos indicadores é mais volátil, tornando particularmente difícil perceber o que poderá explicá-lo.

No que se prende com o impacto da **criação do TCRS**, o cenário global não é especialmente positivo. Os impactos positivos identificados verificaram-se, sobretudo, no âmbito dos recursos das decisões dos reguladores cuja jurisdição passou a ser do TCRS, mas estas melhorias são atenuadas pelo facto de uma percentagem

significativa do contencioso dos reguladores continuar a não ser da competência do TCRS. Se o TCRS levou a uma justiça mais célere para os processos decididos por este tribunal, não se pode dizer que tenha tornado a justiça mais célere nos tribunais cujas competências foram transferidas para o TCRS. Apesar de alguns sinais nesse sentido, não se pode concluir com segurança que se tenha verificado uma melhoria da qualidade da justiça. Assinale-se positivamente a ausência de «seguidismo» dos reguladores (ou seja, de uma tendência para confirmar as decisões dos reguladores). Não se verificou um aumento significativo do grau de especialização da justiça (sobretudo na dimensão respeitante à especialização dos próprios juízes, dados os critérios dos movimentos judiciais e a elevada rotação dos magistrados do TCRS). Quanto à proximidade da justiça aos cidadãos, não nos parece que tenha sido fomentada com a criação do TCRS e a sua localização em Santarém, uma vez que, dado o âmbito subjetivo de jurisdição do tribunal, obriga os agentes económicos de pequena dimensão, mesmo para litígios relativos a contraordenações de reduzido valor, a recorrer a um tribunal que poderá situar-se a uma grande distância. Ainda assim, é de salientar um aspeto muito positivo, relativo ao desenvolvimento de uma relação de maior proximidade entre juízes do TCRS e os sujeitos de direito e os advogados, economistas e académicos especialistas nesta área, bem como a frequente participação de alguns dos juízes do TCRS em eventos e publicações especializados, contribuindo para a construção de uma comunidade profissional de conhecimento em matérias de concorrência, regulação e supervisão.

Em síntese, podemos concluir que o Estado Regulador em Portugal mudou com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras

e com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mas mudou pouco e nem sempre para melhor, sendo difícil atribuir de forma inequívoca essa escassa mudança à LQER e à criação de uma jurisdição especializada.

A realização deste trabalho levou-nos ainda a interrogar-nos sobre o rumo do Estado Regulador e sobre o papel que as entidades reguladoras ocupam no contexto dos princípios democrático e da separação de poderes. Em especial, este estudo levanta as seguintes questões que, a nosso ver, seria relevante explorar em futuros trabalhos): até que ponto o poder regulamentar e parajurisdicional das entidades reguladoras é democraticamente legítimo, no quadro da Constituição da República Portuguesa? Até que ponto o poder normativo e parajurisdicional destas entidades põe em causa a hierarquia das fontes de direito e a sua organização piramidal? Quais deverão ser os limites à multiplicação de entidades reguladoras e à expansão do seu poder normativo e, sobretudo no novo direito da concorrência, parajurisdicional, na maioria dos casos por impulso legislativo da União Europeia?

Como nota final, assinalamos algo que constatámos ao longo da realização deste trabalho, e que outros estudos publicados pela Fundação Francisco Manuel dos Santos têm também salientado: a urgência em Portugal de construir, melhorar continuamente e disponibilizar aos cidadãos os dados necessários para a realização de estudos e políticas públicas baseados em evidências rigorosas, atualizadas e credíveis.

Referências bibliográficas

ABERBACH, J., PUTNAM, R. D. e ROCHMAN, B. A. 1981. *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*. Cambridge: Harvard University Press.

ALEXANDRE, F., AGUIAR-CONRARIA, L. e Bação, P. 2016. *Crise e Castigo. Os desequilíbrios e o resgate da economia portuguesa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

ANACOM. 2021. Prices in Portugal compare unfavourably with the EU. <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1599529> (em 18/09/2021).

BECKER, G. S. 1983. «A theory of competition among pressure groups for political influence». *The quarterly journal of economics*, 98(3), 371–400.

BERNSTEIN, M. H. 1955. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton University Press.

BETANCOR, A. 2010. *Regulación: Mito y Derecho*. Pamplona: Civitas.

BIANCHI, M. T., e VIANA, R. C. 2012. «Estudo exploratório sobre as ligações políticas das empresas cotadas em Portugal». *XV Encontro AECA. Ofir-Esposende*.

BIANCULLI, A. C., FERNÁNDEZ-I-MARÍN, X. E JORDANA, J. 2013. «The world of regulatory agencies : institutional varieties and administrative traditions». *Jerusalem Papers in Regulation & Governance. Working Paper* n.º 58 October 2013.

BLANCO DE MORAIS, C. 2001. «As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa». *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61.

_____. 2015a. «A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu estatuto de independência». *JURISMAT*, Portimão, n.º 7: 155–167.

_____. 2015b. *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

BLANCO DE MORAIS, C. e BRÍZIDA CASTRO, R. A. (s.d.). «Anotação ao artigo 3.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras da Economia» (no prelo).

BLONDEL, J. e COTTA, M. 1996. *Party and Government. An Inquiry into the Relationship between Governments and Supporting Parties in Liberal Democracies*. Londres: Macmillan Press, Ltd.

_____. 2000. *The Nature of Party Government: a comparative European perspective*. Nova Iorque: St. Martin's Press

BRÍZIDA CASTRO, R. A. 2016. *Constituição, Lei e Regulação dos Media*. Coimbra: Almedina.

BROWN, A. C., STERN, J., TENENBAUM, B. e GENCER, D. 2006. *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*. Washington: The World Bank.

CALVETE, V. 2012. «Entidades administrativas independentes: smoke & mirrors». *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.º 7/8 julho-dezembro.

CARDONA, M. C. 2016. *Contributo para o Conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes. As Autoridades Reguladoras*. Coimbra: Almedina.

CARDOSO, J. L. 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

CARPENTER, D. 2010. *Reputation and Power: Organizational Attitude and Pharmaceutical Regulation at FDA*. Princeton e Oxford: Princeton University Press.

CARPENTER, D. e MOSS, D. A. (Eds.). 2014. *Preventing Regulatory Capture: Special interest influence and how to limit it*. Cambridge University Press.

CATARINO, L. G. 2014. «O novo regime da Administração Independente». *Revista da Concorrência e da Regulação*, n.º 17.

COHEN, J. E. 1986. «The dynamics of the “revolving door” on the FCC». *American Journal of Political Science* 30 (4), 689–708.

COMISSÃO EUROPEIA. 2011. Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies for the purpose of enforcing the rules in the AVMS Directive. *INDIREG Final Report*.

CONFRARIA, J. 2010. Falhas do estado e regulação independente. *Revista de Concorrência e Regulação*, 1(3): 33–52.

COSTA, J., FAZENDA, L., HONÓRIO, C., LOUÇÃ, F. e ROSAS, F. 2010. *Os Donos de Portugal: Cem Anos de Poder Económico (1910–2010)*. Lisboa: Edições Afrontamento.

COSTEIRA, M. J. E REIS SILVA, F. 2013. «Anotação ao artigo 98.º». In M. Lopes Porto, J. L. Cruz Vilaça, C. Cunha, M. Gorjão-Henriques e G. Anastácio (Coords.). *Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense*. Almedina.

DENICOLI DOS SANTOS, S. 2012. *A Implementação da Televisão Digital Terrestre em Portugal*. Universidade do Minho.

ENNSER-JEDENASTIK, L. 2014. «Party Politics and the Survival of Central Bank Governors». *European Journal of Political Research* 53(3): 500–519.

_____. 2015. Credibility versus control: Agency independence and partisan influence in the regulatory state. *Comparative Political Studies*, 48(7), 823–853.

_____. 2016. «The politicization of regulatory agencies: between partisan influence and formal independence». *Journal of Public Administration Research and Theory*.

ERA, EJTN e ECORYS. 2016. *Study on judges’ training needs in the field of European competition law — Final report*. Comissão Europeia, <http://sro.sussex.ac.uk/63383/1/kd0416407enn.pdf>, p. 62 (tradução do autor).

EUROSTAT. 2019. Newsrelease 88/2019. Bruxelas: Comissão Europeia.

FERNÁNDEZ-I-MARÍN, X., JORDANA, J. e BIANCULLI, A. C. 2016. «Are regulatory agencies independent in practice? Evidence from board members in Spain». *Regulation & Governance*, 10(3): 230–247.

GARCIA, P. e MANZANO, J. A. 2013. *Los Reglamentos de las Autoridades Administrativas Independientes*. Pamplona: Thomson Reuters.

GILARDI, F. 2002. «Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis». *Journal of European Public Policy* 9(6): 873–893.

_____. 2005a. «The formal independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors». *Swiss Political Science Review* 11(4): 139–167.

_____. 2005b. «The institutional foundations of regulatory capitalism: the diffusion of independent regulatory agencies in Western Europe». *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 598: 84–101.

GILARDI, F. e MAGGETTI, M. 2011. «The independence of regulatory authorities». In D. Levi-Faur (Ed.) *Handbook on the Politics of Regulation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

GINSBURG, D. H. e WRIGHT, J. D. 2013. «Antitrust courts: specialists versus generalists». *Fordham International Law Journal*, 36(4).

GONÇALVES, P. 2008. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, P., ALVES, C. G. e GUEDES, A. C. 2010. *O Contencioso da Regulação em Portugal: Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre a Regulação Pública*. Coimbra: CEDIPRE.

GORMLEY, W. 1979. «A test of the revolving door hypothesis on the FCC». *American Journal of Political Science* 23(4), 665–683.

GOUVEIA, R. 2001. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora.

HANRETTY C. 2010. Explaining the de facto independence of public broadcasters. *British Journal of Political Science* 40: 75–89.

HANRETTY, C., LAROUCHE, P. e Reindl, A. 2012. «Independence, accountability and perceived quality of regulators». *AAVV CERRE Centre on Regulation in Europe*.

HANRETTY, C. e KOOP, C. 2013. «Shall the law set them free? The formal and actual independence of regulatory agencies». *Regulation and Governance* 7(2): 195–214.

HAYO, B. e VOIGT, S. 2007. «Explaining de facto judicial independence». *International Review of Law and Economics* 27, 269–290.

HENRIQUES GASPAR, A. 2008. O tempo judiciário e a qualidade da decisão — eficiência do sistema e eficácia da decisão. *Julgar*, 5: 19–27.

IGAN, D., MISHRA, P. e TRESSEL, T. 2009. A fistful of dollars: lobbying and the financial crisis (n.º 9–287). *International Monetary Fund*.

IGNATOWSKI, M., WERGER, C. e Korte, J. 2015. «Working paper series between capture and discretion — bank treatment and expected»- *ECB Working Paper* n.º 1835.

JORDANA, J., e LEVI-FAUR, D. 2005. «The diffusion of regulatory capitalism in Latin America: Sectoral and national channels in the making of a new order». *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598(1), 102–124.

JORDANA, J. e RAMIÓ, C. 2010. «Delegation, presidential regimes, and Latin American regulatory agencies». *Journal of Politics in Latin America* 2(1), 3–30.

KATZ, R. 1986. «Party government: a rationalistic conception». In F. G. Castles e R. Wildenmann (Eds.), *The Future of Party Government: Visions and Realities of Party Government* (vol. 1: 31–71). Berlim: Walter de Gruyter.

KOPECKÝ P. e SCHERLIS, G. 2008. «Party patronage in contemporary Europe». *European Review* 16(3), 355–371.

KWAK, J. 2014. «Cultural capture and the financial crisis». In Daniel Carpenter e David A. Moss (Eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. Cambridge: Cambridge University Press.

LAFFONT, J. J. e TIROLE, J. 1991. «The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture». *The Quarterly Journal of Economics* 106(4): 1089–1127.

LEVI-FAUR, D. 2003. «Comparative research designs in the study of regulation: How to increase the number of cases without compromising the strengths of case-oriented analysis». Centre on Regulation and Competition, Working Paper Series, WP n.º 50.

LEVI-FAUR, D., JORDANA, J. e GILARDI, F. 2005. «Regulatory revolution by surprise: on the citadels of regulatory capitalism and the rise of regulocracy». *Paper prepared for the 3rd ECPR Conference, Budapest 8–10 September 2005, Section 3: «Regulation in the Age of Governance»*.

LOUÇÃ, F., TEIXEIRA LOPES, J. e COSTA, J. 2014. *Os Burgueses*. Lisboa: Bertrand Editora.

LUCCA, D., SERU, A. e TREBBI, F. 2014. «The revolving door and worker flows in banking regulation». *Journal of Monetary Economics*. Elsevier, 65(C): 17–32.

MAGGETTI, M. 2007. «De facto independence after delegation: a fuzzy-set analysis». *Regulation & Governance*. 1(4): 271–294.

_____. 2012. *Regulation in Practice: The de facto independence of regulatory agencies*. E CPR Press.

MAIR, P. 2008. The challenge to party government. *West European Politics*, 31(1): 211–234.

MAJONE, G. 1999. «The regulatory state and its legitimacy problems». *West European Politics* 22(1): 1–24.

MAKKAI, T. e BRAITHWAITE, J. 1992. «In and out of the revolving door: making sense of regulatory capture». *Journal of Public Policy* 12(1): 61–78.

MARTIMORT, D. 1999. «The life cycle of regulatory agencies: dynamic capture and transaction costs». *The Review of Economic Studies* 66(4): 929–47.

MONNET, É., PAGLIARI, S. e VALLÉE, S. 2014. «Europe between financial repression and regulatory capture». *Bruegel Working Paper* n.º 2014/08. Bruxelas: Bruegel.

MONTROYA, M. A. e TRILLAS, F. 2009. «The measurement of regulator independence in practice: Latin America and the Caribbean». *International Journal of Public Policy* 4, 113–134.

MOREIRA, V. e MAÇÃS, F. 2003. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e projeto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora.

MORENO, C. 2008. *Relatório Síntese sobre a Temática da Regulação: Relatório de Auditoria n.º 18/2008 — 2.ª Secção*. Lisboa. Tribunal de Contas.

NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). 2016. Performance

measurement by regulators. <https://www.nao.org.uk/report/performance-measurement-by-regulators>.

NOVAK, W. J. 2014. «A revisionist history of regulatory capture». In D. Carpenter e D. A. Moss (Eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special interest influence and how to limit it*. Cambridge University Press.

OCDE. 2010. *OECD Economic Surveys: Portugal 2010*. Paris: OCDE.

OCDE. 2017. *Creating a Culture of Independence: Practical guidance against undue influence*. Paris: OCDE.

QUERBACH, T. e ARNDT, C. 2017. Regulatory policy in Latin America: An analysis of the state of play. *OECD Regulatory Policy Working Papers*, n.º 7. Paris: OECD Publishing.

PASTOR, J. A. S. 2013. «Prólogo». In Pablo Garcia-Manzano Jiménez Andrade, *Los Reglamentos de las Autoridades Administrativas Independientes*. Pamplona: Thomson Reuters.

PELTZMAN, S. 1976. «Toward a more general theory of regulation». *The Journal of Law and Economics*, 19(2), 211–240.

PEREIRA RICARDO, F. 2018. «As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)». *Revista de Concorrência e Regulação*, ano IX, n.º 35, julho-setembro 2018.

PINHEIRO, A. S. e FERNANDES, M. J. B. 1999. *Comentário à IV Revisão Constitucional*. Lisboa: AAFDL.

POLLITT, C. e BOUCKAERT, G. 2011. *Continuity and Change in Public Policy and Management*. Edward Elgar.

POSNER, R. A. 1974. *Theories of economic regulation (No. w0041)*. National Bureau of Economic Research.

OLIVEIRA, R. E. e MOREIRA, V. 2001. «Os institutos públicos e a organização administrativa em Portugal». In Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e Proposta de Lei-Quadro sobre os Institutos Públicos*. Lisboa: Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública.

RADAELLI, C. e FRITSCH, O. 2012. Measuring Regulatory Performance: Evaluating regulatory management tools and programmes. OECD Expert Paper n.º 2. https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2_Radaelli%20web.pdf.

REX, J. 2020. Anatomy of agency capture: An organizational typology for diagnosing and remedying capture. *Regulation & Governance*, 14(2), 271–294.

ROSE, R. 1969. «The variability of party government: a theoretical and empirical critique». *Political Studies*, 17(4), 413–445.

_____. 1974. *The Problem of Party Government*. Londres: Macmillan.

ROTH, P. 2013. «Specialized antitrust courts». In B. Hawk (Ed.), *Fordham Competition Law Institute*. Huntington, Nova Iorque: Juris Publishing Inc.

SARAIVA, P. M. 2015. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES*. Lisboa: Assembleia da República.

SAVRIN, D. 2013. «Specialized antitrust courts: a practitioner’s observations». In B. Hawk (Ed.), *Fordham Competition Law Institute*. Huntington, Nova Iorque: Juris Publishing Inc.

SILVA, P. 2013. *Novos Dilemas, Velhas Soluções? Patronagem e governos partidários*. Universidade de Aveiro.

_____. 2020. *Jobs for the Boys. As nomeações para o topo da administração pública*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

SILVA, P. e JALALI, C. (2016). «Serviço ao poder ou o poder ao serviço? Patrocinato e governos partidários em Portugal». *Análise Social*, 51(220), 630–656.

SILVA MORAIS, L. 2014. «Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras: Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira». *Revista da Concorrência e da Regulação*, n.º 17.

SOUSA FERRO, M. 2018. «Institutional design of national competition authorities: EU requirements». *Competition Law Review*, 13(2), 109.

_____. 2017. Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário. *Revista da Concorrência e Regulação*, 30: 143–238.

_____. 2016. «Jurisprudência de “Private Enforcement”», CIDEEFF *Working Paper*, http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf.

STIGLER, G. 1971. «The theory of economic regulation». *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2(1): 3–21.

STURM, J. E. e DE HAAN, J. 2001. «Inflation in developing countries: does central bank independence matter?». SSRN 277288.

THATCHER, M. 2002. «Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe». *Journal of European Public Policy* 9(6): 954–972.

THATCHER, M. e SWEET, A. S. 2004. «Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions». *West European Politics*, 25(1): 1–22.

VIEIRA DA SILVA, R. 2018. «A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova Lei-Quadro». *Revista Concorrência e Regulação*, n.º 33 e n.º 34.

YEUNG, K. 2010. «The regulatory state». In Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge (Eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 64–85

Notas

- <1 Para uma abordagem da regulação através de entidades independentes como, sobretudo, uma mudança na configuração organizacional do Estado na sua intervenção nos mercados, veja-se Confraria (2010).
- <2 Majone (1999); Thatcher e Sweet (2004).
- <3 Gilardi (2002, 2005); Bianculli, Fernandez-i-Marín e Jordana (2013).
- <4 Ver, por exemplo, Levi-Faur (2003) ou Jordana et al. (2005).
- <5 Dados de Alexandre, Aguiar-Conraria e Bação (2016).
- <6 Diogo Freitas do Amaral, tal como citado por Moreira e Oliveira (2001).
- <7 Moreira e Oliveira (2001).
- <8 Moreno (2008).
- <9 Lusa (4 de julho de 2005), «Rui Nunes demitiu-se da presidência da Entidade Reguladora da Saúde». Consultável em <https://www.rtp.pt/noticias/pais/>. Jornal de Negócios (15 de dezembro de 2006), «Presidente ERSE demite-se e acusa Governo de acabar com independência». Consultável em <https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/>.
- <10 Calvete (2012).
- <11 OCDE (2010).
- <12 Diário da Assembleia da República (24 de setembro de 2016), Reunião Plenária de 23 de setembro de 2016, Série I, número 5.
- <13 Eurostat (2019).
- <14 ANACOM (2021).
- <15 Yeung (2010).
- <16 Majone (1999); Thatcher e Sweet (2004).
- <17 Stigler (1971), Posner (1974), Peltzman (1976), Becker (1983). A este argumento poderíamos, todavia, acrescentar que, no momento da constituição de entidades reguladoras, as empresas reguladas são fontes óbvias de contratação dos seus primeiros quadros, pelo que será de esperar um alinhamento entre as formas de pensar de reguladores e regulados — uma «captura cognitiva ou cultural».
- <18 Laffont e Tirole (1991).
- <19 Bernstein (1955), Martimort (1999).
- <20 Carpenter (2010).
- <21 Levine e Florence (1990), Novak (2013).
- <22 Aberbach et al. (1981), Carpenter e Moss (2014), Rex (2020).
- <23 Blondel e Cotta (1996, 2000), Katz (1986), Mair (2008), Rose (1969, 1974).
- <24 Pollitt e Bouckaert (2011).
- <25 Gilardi e Maggetti (2011).
- <26 Dada a complexidade da tradução técnica, optámos por apresentar estes critérios em português (tradução nossa) e em inglês (no original).
- <27 Estes indicadores, tal como propostos por Gilardi e Maggetti (2011), incluem a influência que pode advir das relações pessoais (external influence on regulation) entre os administradores da entidade reguladora e os titulares do poder político, e entre aqueles e os responsáveis das empresas reguladas. Dada a óbvia dificuldade em recolher informação que permita a análise deste indicador, não foi considerado no presente estudo.
- <28 Gilardi e Maggetti (2011); Maggetti (2007; 2012).
- <29 Para uma descrição mais pormenorizada da metodologia, consultar a secção 2.3.
- <30 Blanco de Moraes (2001; pp. 101–154, em especial, p. 107).
- <31 Blanco de Moraes (2001, pp. 101–154, em especial, p. 107).
- <32 Brízida Castro (2016; p. 466).
- <33 Comissão Europeia (2011; p. 45).
- <34 Hanretty, Larouche e Reindl (2012; p. 23).
- <35 Betancor (2010; p. 376).
- <36 Betancor (2010; p. 543).
- <37 Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto — Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, Lei n.º 12/2017, de 2 de maio, e Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.
- <38 Cf. lei n.º 67/2013, de 28 de agosto — lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo.
- <39 De acordo com o preâmbulo do decreto-lei n.º 187/95, «o modelo organizativo agora instituído mantém a coexistência de dois

subsistemas dentro do Sistema Eléctrico Nacional, procedendo, no entanto, à reformulação da sua composição institucional. Esses dois subsistemas, de características vincadamente diferentes, são designados por Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP), cuja organização tem em vista a prestação de um serviço público, e por Sistema Eléctrico Independente (SEI), organizado segundo uma lógica de mercado». Segundo esclarece o legislador, no âmbito do SEP, «intervêm a Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT), explorada em concessão de serviço público, e os produtores e distribuidores de energia eléctrica que se vinculam àquela através de um regime contratual, no âmbito do qual assumem a obrigação de alimentar o SEP ou de ser por ele alimentado, tendo como objectivo fundamental a garantia da segurança do abastecimento do País». Por sua vez, no âmbito do SEI, «define-se o denominado Sistema Eléctrico não Vinculado (SENV), no qual se integram as entidades titulares de uma licença não vinculada de produção ou de distribuição de energia eléctrica em média e alta tensão e cujas actividades se regem por regras de mercado».

<40 O decreto-lei citado foi objeto de alterações pelo decreto-lei n.º 157/96, de 31 de agosto, e pelo decreto-lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, que aprovou os estatutos da ERSE.

<41 Cf. artigo 2.º, do DL n.º 187/95, de 27 de julho.

<42 Gouveia (2001; p. 63). Segundo o autor, «só assim poderão desempenhar a sua tarefa sem pressões».

<43 Nos termos do artigo 2.º, n.º 4, dos Estatutos e do n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/96, de 3 de julho.

<44 Cf. artigo 8.º, dos Estatutos originários da ERSE.

<45 Cf. artigo 8.º, n.º 7, dos Estatutos originários da ERSE.

<46 Cf. artigo 8.º, números 5 e 6, Estatutos originários da ERSE.

<47 Gouveia (2001; p. 63).

<48 Cf. nota 29.

<49 Impõe-se recordar que tomámos como ponto de partida o conjunto de indicadores ou prescrições (prescriptions, no original) propostos por Fabrizio Gilardi e Martino Maggetti em 2011. Os autores incluem nas competências de regulação (Regulatory competencies) o poder regulamentar (Rule-making), o poder de supervisão (Monitoring) e o poder sancionatório (Sanctioning).

<50 Moreira e Maças (2003; p. 192).

<51 Artigo 5.º, números 7 e 10.

<52 Moreira e Maças (2003; p. 192).

<53 Cf. artigo 3.º, n.º 17, dos estatutos originários da ERSE.

<54 Cf. artigo 23.º, números 3 e 4.

<55 Gouveia (2001; p. 67).

<56 <56 Gouveia (2001; p. 67).

<57 Em transposição da diretiva 98/30/CE do PE e do Conselho, de 22 de junho.

<58 Em transposição da diretiva 96/92/CE do PE e do Conselho, de 19 de dezembro, e da diretiva 98/30/CE do PE e do Conselho, de 22 de junho.

<59 As diretivas referidas supra estabeleceram regras comuns para os mercados internos da eletricidade e do gás natural e para o direito de acesso de produtores e consumidores às redes de transporte e de distribuição.

<60 Cf. artigo 28.º, n.º 3, dos estatutos da ERSE de 2002.

<61 Cf. artigo 28.º, n.º 2 dos estatutos da ERSE de 2002.

<62 Cf. artigo 28.º, n.º 4, dos estatutos da ERSE de 2002.

<63 A nova lei mantém igualmente a proibição de os membros do conselho de administração terem interesses de natureza financeira ou participações nas empresas reguladas dos setores do gás natural e da eletricidade.

<64 Cf. artigo 29.º, n.º 1, dos estatutos da ERSE de 2002.

<65 Cf. artigo 29.º, n.º 5, dos estatutos da ERSE de 2002.

<66 Cf. artigo 29.º, n.º 6, dos estatutos da ERSE de 2002.

<67 Cf. artigo 30.º, n.º 2, alínea c), dos estatutos da ERSE de 2002.

<68 Cf. artigo 30.º, n.º 3, dos estatutos da ERSE de 2002.

<69 Cf. artigo 31.º, n.º 1, alínea b), dos estatutos da ERSE de 2002.

<70 Cf. artigo 30.º, n.º 5, dos estatutos da ERSE de 2002.

<71 Gonçalves (2008; p. 117).

<72 Gonçalves (2008; p. 117).

<73 O Segundo Pacote Energético era composto pelas Diretivas n.º 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho.

<74 O referido pacote legislativo comunitário foi transposto para a ordem jurídica nacional pelos decretos-leis n.º 77/2011 e 78/2011, de 20 de junho (que procederam à alteração dos decretos-leis n.º 30/2006 e 29/2006, de 15 de fevereiro), que estabelecem as bases gerais da organização e do funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) e do Sistema Eléctrico Nacional (SEN), respetivamente, bem como as bases gerais aplicáveis ao exercício de atividades no âmbito de cada um dos referidos sistemas nacionais.

<75 Na mesma altura, foi criada, pelo regulamento (CE) n.º 713/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER), com o objetivo de apoiar as entidades reguladoras nacionais e, se necessário, coordenar a sua atuação e complementá-la ao nível comunitário.

<76 Nesse contexto, Portugal celebrou o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica («Memorando de Entendimento») e o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras.

<77 Cf. artigo 29.º, n.º 1, com a redação do decreto-lei 212/2012. Na versão anterior, não podia ser designado «quem seja ou tenha sido membro dos corpos gerentes das empresas dos sectores da eletricidade ou do gás natural nos últimos dois anos, ou seja, ou tenha sido trabalhador ou colaborador permanente das mesmas com funções de direção ou chefia no mesmo período de tempo».

<78 Cf. artigo 29.º, n.º 2, alínea a), com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<79 Cf. artigo 29.º, n.º 2, alínea b), com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<80 Cf. artigo 29.º, n.º 5, com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<81 Cf. artigo 29.º, n.º 6, alíneas a) e b), com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<82 Cf. artigo 54.º, n.º 5, alíneas a), b) e c), com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<83 Cf. artigo 50.º, n.º 1, alínea a), com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<84 Cf. artigo 19.º, n.º 1, com a redação do decreto-lei n.º 212/2012.

<85 Cf. artigo 8.º, n.º 4, dos estatutos da ERSE de 1997.

<86 Cf. artigo 31.º, n.º 2, da Reforma Estatutária da ERSE de 2012.

<87 Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que cria a Autoridade da Concorrência.

<88 O recurso extraordinário era interposto no prazo de 30 dias contados da data de notificação da decisão da Autoridade que proíbe a operação de concentração, suspendendo-se com a sua interposição o prazo de impugnação judicial desta decisão.

<89 Cf. artigo 29.º, dos estatutos da AdC de 2003.

<90 Cf. artigo 41.º, alíneas a) e b), dos estatutos da AdC de 2003.

<91 Cf. decreto-lei n.º 30/2004, de 6 de fevereiro.

<92 Cardona (2016; p. 633).

<93 Trata-se, efetivamente, de um dos critérios de independência de direito sustentados expressamente por Gilardi e Maggetti. A previsão deste recurso configura um obstáculo incontestável à independência de jure da AdC. A questão da respetiva conveniência ou mérito reveste-se, todavia, de uma natureza distinta.

<94 Moreira e Maçãs (2003; p. 298).

<95 Pereira Ricardo (2018; pp. 79–111).

<96 À semelhança da generalidade dos institutos públicos tradicionais.

<97 Pereira Ricardo (2018; p. 82).

<98 Vide nota 89.

<99 Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de agosto, alterado pelo decreto-lei n.º 379/90, de 7 de dezembro, pelo decreto-lei n.º 165/92, de 5 de agosto, pelo decreto-lei n.º 95/96, de 17 de julho, e pelo decreto-lei n.º 100/98, de 21 de abril.

<100 Cf. artigo 1.º, n.º 1, dos estatutos do ICP.

<101 Cf. artigo 1.º, n.º 2, dos estatutos do ICP.

<102 Cf. artigo 17.º dos estatutos do ICP.

<103 Cf. artigo 6.º dos estatutos do ICP.

<104 Cf. artigo 4.º, alínea b): «Devendo para tal, nomeadamente, submeter os projectos de legislação e regulamentação necessários ao funcionamento e protecção das comunicações, bem como dar parecer sobre projectos de legislação e regulamentação propostos por outros organismos ou entidades.

2.º Fiscalizar a qualidade e o preço dos serviços prestados pelos operadores de comunicações de uso público;

3.º Fiscalizar o cumprimento, por parte dos operadores de comunicações, do que nos respectivos Estatutos, licenças ou contratos de concessão se contiver e, bem assim, a observância das disposições legais e regulamentares aplicáveis».

<105 Cf. artigo 4.º, alínea e): «Devendo para tal, nomeadamente:

1.º Planificar, no quadro dos acordos internacionais, o espectro radioelétrico nacional;

2.º Consignar frequências;

3.º Proceder ao licenciamento de todos os meios de comunicação radioelétricos, nos termos do Decreto-Lei n.º 147/87, de 24 de março;

4.º Fiscalizar as condições de utilização do espectro das actividades licenciadas, bem como controlar e fiscalizar utilizações abusivas e as interferências radioelétricas, aplicando coimas quando for caso disso».

<106 Cf. artigo 5.º, n.º 2, da lei n.º 91/97, de 1 de agosto.

<107 Cf. artigo 18.º da lei n.º 102/99.

<108 Cf. artigo 20.º dos estatutos do ICP.

<109 Nos termos do artigo 22.º, n.º 2: «As participações dos operadores de telecomunicações de uso público serão determinadas anual e antecipadamente, na sequência da proposta de orçamento apresentada pelo conselho de administração, após parecer do conselho consultivo, ao Ministro da tutela, que, por despacho, as aprovará.

3. O montante proposto para as participações deverá assegurar a integral cobertura do diferencial entre o volume das receitas previstas nas alíneas a) a f) do n.º 1 e a despesa global, sendo dividido pelos operadores de telecomunicações de uso público proporcionalmente ao seu volume global de receitas no ano imediatamente anterior àquele em que é elaborada a proposta de orçamento.

4. As receitas resultantes das participações dos operadores serão pagas em regime de prestações trimestrais, antecipadamente no início de cada período.»

<110 Cf. artigo 24.º, n.º 1, dos estatutos do ICP.

<111 Aprovados pelo decreto-lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro.

<112 O legislador considerou que o regime jurídico adequado às funções do ICP-ANACOM é um «regime misto que conjugue as prerrogativas de direito público, indispensáveis para o desempenho dos seus poderes de autoridade, com a flexibilidade e eficiência do direito privado, uma vez que intervém num sector em mutação constante».

<113 Cf. artigo 25.º, n.º 1, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<114 Cf. artigo 21.º, n.º 1, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<115 Embora, neste capítulo, fosse irrelevante o tipo de relações profissionais mantidas pelos membros do regulador.

<116 Cf. artigo 21.º, n.º 5, dos estatutos do ICP-ANACOM.

<117 Cf. artigo 14.º, número, 1, alínea b), in fine, dos estatutos da AdC de 2003

<118 Artigo 8.º — Impedimentos aplicáveis a sociedades:

«1. As empresas cujo capital seja detido numa percentagem superior a 10/prct. por um titular de órgão de soberania ou titular de cargo político, ou por alto cargo público, ficam impedidas de participar em concursos de fornecimento de bens ou serviços, no exercício de actividade de comércio ou indústria, em contratos com o Estado e demais pessoas colectivas públicas.

2. Ficam sujeitas ao mesmo regime:

a. As empresas de cujo capital, em igual percentagem, seja titular o seu cônjuge, não separado de pessoas e bens, os seus ascendentes e descendentes em qualquer grau e os colaterais até ao 2.º grau, bem como aquele que com ele viva nas condições do artigo 2020.º do Código Civil;

b. As empresas em cujo capital o titular do órgão ou cargo detenha, directa ou indirectamente, por si ou conjuntamente com os familiares referidos na alínea anterior, uma participação não inferior a 10/prct.»

<119 Cf. artigo 22.º, n.º 4, dos estatutos da AdC.

<120 Cf. artigo 22.º, n.º 4, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<121 Cf. artigo 23.º, n.º 4, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<122 Cf. artigo 14.º, n.º 3, dos estatutos da AdC de 2003.

<123 Cf. artigo 23.º, n.º 5, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<124 Cf. artigo 24.º, n.º 1, alíneas a) e b), dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<125 Cf. artigo 22.º, n.º 1, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<126 Cf. artigo 46.º, n.º 2, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<127 Cf. artigo 47.º dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<128 Moreira e Maças (2003; p. 186).

<129 Cf. artigo 6.º dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<130 Gonçalves (2008; p. 224).

<131 Cf. artigo 9.º, alínea a), dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<132 Cf. artigo 31.º, n.º 1, alínea b), dos estatutos da ERSE de 2001, sobre as competências do conselho de administração: Aprovar os regulamentos externos necessários ao exercício das suas funções.

<133 Embora mantendo as mesmas características. Cf. artigo 7.º, n.º 4, dos estatutos da AdC de 2003.

<134 Gonçalves (2008; p. 225).

<135 Sobre o poder regulamentar das autoridades administrativas independentes, em especial a relevância jurídico-constitucional do princípio da dupla habilitação, veja-se Brízida Castro (2016; pp. 323 e segs.).

<136 Brízida Castro (2016; pp. 332 e 333).

<137 Cf. artigo 11.º, n.º 2, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<138 Cf. artigo 11.º, n.º 5, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<139 Nos termos do artigo 11.º, número 6, os regulamentos devem ainda ser disponibilizados no respetivo website, sem prejuízo da

sua publicitação por outros meios considerados mais adequados à situação.

<140 Cf. artigo 11.º, n.º 7, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<141 Gonçalves (2008; p. 226)

<142 Gonçalves (2008; p. 226).

<143 Moreira e Maças (2003; pp. 186 e 187).

<144 Ibidem; idem; cf. artigo 16.º, números 2 e 3, in fine, dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<145 Cf. artigo 18.º do estatuto.

<146 Cf. artigo 10.º dos estatutos do ICP-ANACOM de 2001.

<147 O que «é revelador da opção do legislador de não consagrar no âmbito das comunicações um organismo regulador independente» — Gouveia (2001; p. 88).

<148 Para alguma doutrina, é diferente que a competência de nomeação seja atribuída ao Conselho de Ministros tout court, sem exigir a iniciativa do ministro da tutela. Para Rodrigo Gouveia, o facto de a escolha do regulador recair normalmente sobre os membros que o ministro da tutela indica «não é o sistema mais correcto». Para este autor, a relevância da diferença pode ser diminuta, mas é preferível «pela simples razão de se abrir a possibilidade a um maior número de propostas dos vários quadrantes da Administração Central do Estado» (Gouveia 2001; pp. 88 e 89, nota 21).

<149 Concordamos que seria preferível um mandato com a duração de cinco ou mais anos (Gouveia 2001; p. 89).

<150 O que, conforme nota Rodrigo Gouveia, terá por consequência a sua direta responsabilização perante a Administração Central, «pondo em causa a sua independência, ou a irresponsabilidade

do regulador, pondo em causa a sua legitimidade para o exercício de uma importante função social» (Gouveia 2001; p. 89).

<151 Gonçalves (2008; p. 222).

<152 Gonçalves (2008; p. 222).

<153 Como vimos, a cessação de funções era admitida através do recurso a conceitos indeterminados, nos termos seguintes: i) no caso de demissão decidida por resolução do Conselho de Ministros; ii) em caso de falta grave, comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo. A lei também previa a possibilidade de dissolução do conselho mediante resolução do Conselho de Ministros, nos casos de: «a) Graves irregularidades no funcionamento do órgão; b) Considerável excesso das despesas realizadas sobre as orçamentadas, sem justificação adequada».

<154 Brízida Castro (2016; p. 467).

<155 «Um texto constitucional como o português, detalhado e amplamente normativo, não devia deixar este preceito entregue à lógica da concretização dos princípios» — Pinheiro e Fernandes (1999; p. 550).

<156 Blanco de Moraes e Brízida Castro (no prelo; p. 9).

<157 Pinheiro e Fernandes (1999; p. 549).

<158 Pinheiro e Fernandes (1999; p. 549).

<159 Pinheiro e Fernandes (1999; p. 549).

<160 Blanco de Moraes (2001, pp. 101–154, em especial 145 e segs.).

<161 Cardoso (2002; p. 455).

<162 Sobre este conceito — Brízida Castro (2016; pp. 323 e segs.).

<163 Artigo 39.º Regulação da Comunicação Social:

«1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social:

- a. O direito à informação e a liberdade de imprensa;
- b. A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social;
- c. A independência perante o poder político e o poder económico;
- d. O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;
- e. O respeito pelas normas reguladoras das atividades de comunicação social;
- f. A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião;
- g. O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.

2. A lei define a composição, as competências, a organização e o funcionamento da entidade referida no número anterior, bem como o estatuto dos respetivos membros, designados pela Assembleia da República e por cooptação destes.»

<164 Brízida Castro (2016; p. 463).

<165 Artigo 163.º (Competência quanto a outros órgãos):

«Compete à Assembleia da República, relativamente a outros órgãos:

- h) Eleger, por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, dez juizes do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça, o Presidente do Conselho Económico e Social, sete vogais do Conselho Superior da Magistratura, os membros da entidade de regulação da comunicação social, e de outros órgãos constitucionais cuja designação, nos termos da lei, seja cometida à Assembleia da República.»

<166 «1.. O desenvolvimento de atividades públicas predominantemente administrativas;

2.ª Ausência de poderes de hierarquia ou superintendência dos órgãos do poder político sobre a autoridade independente. Há quem admita, todavia, a tutela de legalidade exercida pelo Governo;

3.. A existência de garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade para os membros dos órgãos de direção e severo regime de incompatibilidades. Admite-se a destituição excecional em casos de violação grave da lei ou gestão danosa, devidamente tipificada;

4.ª Designação dos titulares dos órgãos de direção através de um largo assentimento representativo ou, em alternativa, mediante a intervenção de órgãos distintos;

5.ª Autonomia administrativa e financeira;

6.ª Responsabilidade informativa ante órgãos representativos (fiscalização pela AR)» — Blanco de Moraes (2015a; p. 159).

<167 Levi-Faur, Jordana e Gilardi (2005).

<168 Seguiremos, por todos, a sistematização proposta por Sousa Ferro (2018).

<169 Diretiva 2002/21/EC, Art. 3(2).

<170 Diretiva 2009/72, Art. 35(4).

<171 Diretiva 2002/21/EC, Art. 3(3a), depois de 2009.

<172 Diretiva 2009/72, Art. 35(4).

<173 Diretiva 2002/21/EC, Art. 3(3) e Art. 3(3a), depois de 2009.

<174 Diretiva 2009/72, Art. 35(5).

<175 Diretiva 2002/21/EC, Art. 3(3a), depois de 2009.

<176 Diretiva 2009/72, Art. 35(5).

<177 Diretiva 2002/21/EC, Art. 3(3a), depois de 2009.

<178 Diretiva 2009/72, Art. 35(5).

<179 Diretiva 2002/21/EC, Art. 3(3a), depois de 2009.

<180 Diretiva 2009/72, Art. 35(5).

<181 Sousa Ferro (2018).

<182 Cf. artigo 1.º, n.º 1, da 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<183 Cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea a) da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<184 Cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea b) da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<185 Cf. considerando (18).

<186 Cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea c), 1.ª parte, da Diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<187 Cf. considerando (18).

<188 Cf. considerando (19).

<189 Cf. considerando (19).

<190 Cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea c), 2.ª parte, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<191 Cf. considerando (18), in fine.

<192 Cf. considerando (20).

<193 Cf. considerando (20).

<194 Cf. considerando (20).

<195 Cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea d), 1.ª parte, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<196 Cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea d), 2.ª parte, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<197 Cf. artigo 5.º, n.º 1, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<198 Cf. artigo 5.º, n.º 3, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<199 Cf. considerando (26).

<200 Cf. considerando (22).

<201 Em particular, o compromisso abrangia as seguintes medidas: «i) Estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial; ii) Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE, em particular; iii) Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efetiva da Lei da Concorrência; iv) Racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência efetuar uma avaliação sobre a importância das reclamações; v) Estabelecer os procedimentos necessários para um maior alinhamento entre a lei portuguesa relativa ao controlo de fusões e o regulamento da UE sobre fusões, nomeadamente no que diz respeito aos critérios para tornar obrigatória a notificação ex ante de uma operação de concentração; vi) Garantir mais clareza e segurança jurídica na aplicação do Código do Processo Administrativo ao controlo de fusões; vii) Avaliar o processo de recurso e ajustá-lo onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos.»

<202 Cardona (2016; p. 222).

<203 Cf. artigo 3.º, n.º 1, da lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (LQER).

<204 Cf. artigo 3.º, n.º 2: «a) Dispor de autonomia administrativa e financeira; b) Dispor de autonomia de gestão; c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica; d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio; e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações; f) Garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.»

<205 Blanco de Moraes e Brízida Castro (no prelo).

<206 Cf. artigo 17.º, números 2 e 3, da LQER.

<207 Cf. artigo 20.º, n.º 3, da LQER.

<208 Cf. artigo 19.º, n.º 1, da LQER.

<209 Cf. artigo 19.º, n.º 2, da LQER, versão originária.

<210 Cf. artigo 19.º, números 5 e 6, da versão originária da LQER.

<211 Cf. artigo 20.º, números 1 e 2, da LQER.

<212 Cf. artigo 17.º, n.º 2, versão originária da LQER.

<213 Cf. artigo 17.º, números 4 e 5, versão originária da LQER.

<214 Cf. artigo 20.º, n.º 5, da LQER.

<215 Cf. artigo 23.º, n.º 4, da LQER.

<216 Cf. artigo 26.º, n.º 3: «Na determinação das remunerações a comissão de vencimentos deve observar os seguintes critérios: a) dimensão, a complexidade, a exigência e a responsabilidade inerentes às funções; b) impacto no mercado regulado do regime de taxas, tarifas ou contribuições que a entidade reguladora estabelece ou aufere; c) as práticas habituais de mercado no sector de atividade

da entidade reguladora; d) a conjuntura económica, a necessidade de ajustamento e de contenção remuneratória em que o País se encontra e o vencimento mensal do Primeiro-Ministro como valor de referência; e) outros critérios que entenda adequados atendendo às especificidades do sector de atividade da entidade reguladora.»

<217 Cf. artigo 26.º, n.º 2: «a) Um indicado pelo membro do Governo responsável pela área das finanças; b) Um indicado pelo membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora; c) Um terceiro indicado pela entidade reguladora, que tenha preferencialmente exercido cargo num dos órgãos obrigatórios da mesma, ou, na falta de tal indicação, cooptado pelos membros referidos nas alíneas anteriores.»

<218 Cf. artigo 48.º, da LQER.

<219 Cf. artigo 48.º, da LQER.

<220 Cf. artigo 49.º, da LQER.

<221 Cf. artigo 45.º, n.º 6, da LQER.

<222 Cf. artigo 45.º, n.º 8, da LQER.

<223 Cf. artigo 36.º da LQER.

<224 Cf. artigo 33.º da LQER.

<225 Uma regra reforçada pela alteração introduzida pela lei n.º 75-B/2020, de 31/12, ao artigo 33.º, n.º 3, da LQER, segundo a qual «às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado 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».

«2. As alterações introduzidas pela presente lei aos artigos 32.º e 33.º da lei-quadro das entidades reguladoras tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excecionais, em contrário.»

<226 Pereira Ricardo (2018; p. 88).

<227 Cf. artigo 32.º, n.º 5 da LQER.

<228 Cf. artigo 19.º: «b) 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 ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas; c) manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências.»

<229 Cf. artigo 32.º, n.º 7, da LQER.

<230 Cf. artigo 21.º, n.º 1, da LQER.

<231 Cf. artigo 10.º, n.º 2, da LQER.

<232 Cf. artigo 33.º da LQER.

<233 Cf. artigo 32.º, n.º 5, da LQER.

<234 Cf. artigo 32.º, n.º 8, da LQER.

<235 Cf. lei n.º 12/2017, de 2 de maio.

<236 Cf. lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

<237 Cf. artigo 20.º, n.º 3, alínea h), atual.

<238 Cf. atual artigo 20.º, n.º 4, da LQER.

<239 O qual, desde 2017, segundo a LQER, não pode ultrapassar em 30% o último nível remuneratório da tabela remuneratória única prevista na portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.

<240 Cf. lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

<241 Cf. artigo 33.º, n.º 3, da LQER.

<242 Determinada pela lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para o ano de 2017.

<243 Sobre estas receitas, veja-se Vieira da Silva (2018; pp. 155–184).

<244 Cf. artigo 41.º dos estatutos da AdC.

<245 Artigo 41.º — Recurso extraordinário:

«1. Em recurso para o efeito interposto pelos autores da notificação, pode excecionalmente ser autorizada, mediante decisão fundamentada, uma operação de concentração de empresas proibida por decisão da AdC, quando os benefícios resultantes da mesma para a prossecução de interesses estratégicos fundamentais da economia nacional superem, em concreto, as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização.

2. O recurso extraordinário previsto no presente artigo é dirigido ao membro do Governo responsável pela área da economia no prazo de 30 dias contados da data de notificação da decisão da AdC que proíbe a operação de concentração, suspendendo-se com a sua interposição o prazo de impugnação judicial daquela decisão.

3. Compete ao Conselho de Ministros, mediante proposta do membro do Governo responsável pela área da economia, a decisão de autorizar uma operação de concentração nos termos do n.º 1.

4. A decisão referida no número anterior deve ser acompanhada de condições e obrigações tendentes a minorar o impacto negativo

sobre a concorrência decorrente da sua realização, e é integralmente publicada no Diário da República.»

<246 O mesmo decreto-lei procedeu ainda à integração plena nas atribuições da ANACOM da matéria do planeamento civil de emergência no setor das comunicações, em virtude da extinção, por fusão, da Comissão de Planeamento de Emergência das Comunicações (CPEC) determinada pelo decreto-lei n.º 11/2014, de 22 de janeiro.

<247 «No plano da estrutura normativa, enquanto as leis reforçadas pelo procedimento estribam o seu valor normativo em elementos constitutivos orgânico-formais (reserva parlamentar exclusiva associada a procedimento agravado), a hierarquia material ou parametricidade assume-se como um atributo puramente substancial (supremacia funcional do conteúdo diretivo de uma lei sobre outra». Neste contexto, são leis reforçadas em sentido impróprio «os atos legislativos materialmente paramétricos na medida em que estabelecem por imposição constitucional relações de hierarquia substancial sobre outros atos legislativos (maioria das leis de bases e lei de enquadramento e, ainda, as leis de autorização legislativa». — Blanco de Morais (2015b; pp. 267 e 269).

<248 Cf. artigo 164.º, da CRP.

<249 Cf. artigo 165.º, da CRP.

<250 Blanco de Morais (2015b; p. 318).

<251 Advertências que assumimos durante uma audição na Comissão Parlamentar de Economia, durante os trabalhos preparatórios da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, em 2013.

<252 Blanco de Morais (2015b; p. 314).

<253 Cf. artigo 112.º, n.º 2, da CRP.

<254 Cf. artigo 110.º, n.º 2, da CRP.

<255 Blanco de Morais e Brízida Castro (no prelo; p. 9).

<256 Cf. artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP.

<257 A Lei de Autorização Legislativa deve respeitar os requisitos constantes no artigo 165.º, n.º 2, da CRP, sob pena de inconstitucionalidade material por desvio de poder.

<258 Comissão Europeia (2011; p. 51).

<259 Sobre o poder regulamentar das autoridades administrativas independentes, em especial a relevância jurídico-constitucional do princípio da dupla habilitação, veja-se Brízida Castro (2016; pp. 323 e segs.).

<260 Cf. artigo 112.º, n.º 5, da CRP.

<261 Brízida Castro (2016; pp. 332 e 333).

<262 Pinheiro e Fernandes (1999; p. 550) sustentam, a nosso ver bem, que deve considerar-se constitucionalmente inadmissível que as entidades administrativas independentes possam exercer o poder regulamentar com base em critérios legais puramente abertos, conceitos vagos e indeterminados, que possam levar a confundir normação regulamentar com normação legislativa.

<263 Pastor (2013; p. 29). Garcia e Manzano (2013; pp. 575 e segs.).

<264 Brízida Castro (2016; pp. 332 e 333).

<265 Pastor (2013; p. 29).

<266 Garcia e Manzano (2013; p. 55).

<267 Brízida Castro (2016; p. 336).

<268 Garcia e Manzano (2013; p. 587).

<269 Brízida Castro (2016; p. 336).

<270 Silva Morais (2014; p. 111).

<271 Em sentido oposto, Catarino (2014; p.205) considera que «o Parlamento não deve usurpar competências tipicamente Executivas como a nomeação dos titulares das autoridades administrativas», pois «autolimitaria o exercício do poder de sindicância sobre o Governo». Considera, porém, essencial que, «pelas características das AAI, e pelo «pecado original» de falta de democraticidade, que 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 administrativa; — 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).»

<272 Blanco de Morais e Brízida Castro (no prelo).

<273 «No Reino Unido, a independência torna-se ficcional, atentas as características dos designados quangos (quasi-autonomous non-governmental organisation). São entidades autónomas, não formalmente governamentais, cujos membros são designados pelo Governo e que desenvolvem atividades administrativas usualmente cometidas ao Executivo, dispondo de orçamento próprio e autonomia administrativa, no que respeita à sua organização interna. Acusados de desperdício financeiro, governamentalização, duplicação

funcional, escasso controlo, os quangos/NDPB (non-departmental public bodies) foram objeto de uma reforma radical do governo liberal-conservador que, em 2010, extinguiu mais de 180 destas entidades, estando em curso a fusão de muitas outras.» — Blanco de Morais (2015a; p. 158).

<274 O conceito oficial de quango (Quasi Autonomous Non-Governmental Organisation) é «Non-Departmental Public Bodies (NDPB)» — «a body which has a role in the processes of national Government, but is not a Government Department or part of one, and which accordingly operates to a greater or lesser extent at arm's length from Ministers» — <https://www.parliament.uk/business/publications/research/key-issues-for-the-new-parliament/decentralisation-of-power/quangos>.

<275 <https://www.parliament.uk/business/publications/research/key-issues-for-the-new-parliament/decentralisation-of-power/quangos> — «There are four types: Executive NDPBs — typically established in statute and carrying out executive, administrative, regulatory and/or commercial functions, e.g. Environment Agency; Advisory NDPBs — provide independent, expert advice to Ministers on a wide range of issues, e.g. Low Pay Commission; Tribunal NDPBs — have jurisdiction in a specialised field of law, e.g. Valuation Tribunals; Independent Monitoring Boards — of prisons and immigration centres».

<276 Brízida Castro (2016; p. 468).

<277 Silva Morais (2014; p. 110).

<278 Trata-se do modelo defendido há mais de uma década por Nuno Garoupa. O autor defende mesmo que o concurso público deve ser internacional: <https://eco.sapo.pt/opiniao/o-estado-regula-dor-portuguese-style> — «Invalidaram a possibilidade de contratação internacional de reguladores, fugiram das boas práticas (não há nenhum concurso digno desse nome)...»

<279 Cf. Despacho da Ministra da Justiça n.º 11884/2018 — Procedimento de seleção nacional dos candidatos a juiz português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos — «Considerando que o mandato, de nove anos não renovável, do atual juiz português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Professor Doutor Paulo Pinto de Albuquerque, terminará no dia 31 de março de 2020 e sendo o processo de seleção de candidatos assaz longo e moroso, importa dar início a esse procedimento. Com esse objetivo, determino:

1. A constituição de uma Comissão Independente a quem competirá a verificação da admissibilidade das candidaturas, bem assim como a respetiva apreciação à luz do método de avaliação curricular e dos requisitos inscritos no artigo 21.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

1.1. Integram a Comissão Independente:

O Juiz Conselheiro António Silva Henriques Gaspar, que presidirá;

Um elemento indicado pelo Conselho Superior da Magistratura;

Um elemento indicado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais;

Um elemento indicado pela Procuradoria-Geral da República; e

Um elemento indicado pela Ordem dos Advogados.»

<280 <https://uk.reuters.com/article/uk-britain-boe-appointment-factbox/factbox-how-does-britain-choose-a-new-bank-of-england-governor-idUKKCN1IM1F8>.

<281 <https://www.telegraph.co.uk/business/2019/09/22/helena-morrissey-tipped-succeed-carney-bank-england>.

<282 Cf. artigo 20.º, números 1 e 2 da LQER.

<283 Cardona (2016; p. 210).

<284 Cf. artigo 20.º, n.º 5, da LQER.

<285 «Abrangerão falhas de informação colocada no sítio web ou a recusa na prestação de certas informações a jornalistas?» — Blanco de Morais (2015a; p. 163).

<286 Silva Morais (2014; p. 110).

<287 Cf. artigo 45.º, n.º 6, da LQER.

<288 Silva Morais (2014; p. 109).

<289 Vieira da Silva (2018; p. 167).

<290 Sem prejuízo da alteração proposta em 2020, mencionada supra, a qual deve, porém, ser conjugada com o artigo 45.º da LQER.

<291 Cf. artigo 23.º, n.º 4, da LQER.

<292 Cardona (2016; pp. 209 e 210).

<293 Blanco de Morais e Brízida Castro (no prelo; p. 7).

<294 Blanco de Morais (2015a; p. 64).

<295 Blanco de Morais (2015a; p. 164); Blanco de Morais e Brízida Castro (no prelo; p. 7).

<296 Cf. artigo 20.º, n.º 5, da LQER.

<297 Cf. artigo 20.º, n.os 1 e 2, da LQER.

<298 Cf. artigo 17.º, n.os 2 e 3, da LQER.

<299 Cf. artigo 19.º, n.º 1, da LQER.

<300 Cf. artigo 48.º da LQER.

<301 Cf. artigo 49.º da LQER.

<302 No mesmo sentido, a doutrina referencia a esse propósito a audição por comissão competente do Parlamento, no âmbito 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 LQER). — Silva Morais (2014; p. 111).

<303 Vieira da Silva (2018; p. 169).

<304 Cf. artigo 36.º da LQER.

<305 Cf. artigo 33.º da LQER.

<306 Pereira Ricardo (2018; p. 95).

<307 Pereira Ricardo (2018; p. 88).

<308 Pereira Ricardo (2018; p. 95).

<309 Silva Morais (2014; p. 108).

<310 Cf. artigo 32.º, n.º 7, da LQER.

<311 Cf. artigo 21.º, n.º 1, da LQER.

<312 Cf. artigo 32.º, n.º 10, da LQER.

<313 Silva Morais (2014; p. 109).

<314 Artigo 42.º (Poderes em matéria de inspeção e auditoria): «1 . As entidades reguladoras devem efetuar inspeções e auditorias pontualmente, em execução de planos de inspeções previamente aprovados e sempre que se verifiquem circunstâncias que indiciem perturbações no respetivo sector de atividade.»

<315 Silva Morais (2014; p. 110).

<316 «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”.» — Silva Morais (2014; p. 110).

<317 Cf. artigo 6.º, n.º 1, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<318 Cf. artigo 7.º, números 1 e 2, da diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018.

<319 Cf. alínea m), do n.º 1, do artigo 21.º da LQER.

<320 Silva Morais (2014; p. 110). O autor faz referência a uma «debilitação crescente, 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.»

<321 O corporativismo é um sistema no qual os interesses são organizados por grandes grupos não competitivos, hierarquicamente ordenados, reconhecidos pelo Estado, enquanto estatismo é um sistema político no qual o Estado tem um controlo centralizado substancial sobre os assuntos sociais e económicos.

<322 Ennser-Jedenastik (2016).

<323 Ennser-Jedenastik (2015).

<324 Thatcher (2002).

<325 Fernández-i-Marín, Jordana e Bianculli (2016).

<326 Ennser-Jedenastik (2016).

<327 Gilardi (2002, 2005a).

- <328 Thatcher (2002).
- <329 Monnet, Pagliari e Vallée (2014; p. 5).
- <330 Igan, Mishra e Tressel (2009); Lucca, Seru e Trebbi (2014); Ignatowski, Werger e Korte (2015).
- <331 Gilardi e Maggetti (2011); Maggetti (2007, 2012).
- <332 Carpenter e Moss (2014); Kwak (2014).
- <333 Ver, por exemplo, os estudos empíricos de Kopecký e Scherlis (2008); Makkai e Braithwaite (1992); Gormley (1979); ou Cohen (1986).
- <334 Sturm . De Haan (2001); Montoya e Trillas (2009); Jordana e Ramió (2010); Hayo e Voigt (2007).
- <335 Hanretty (2010; p. 77). Tradução nossa do original em inglês.
- <336 Veja-se, por exemplo, Fernández-i-Marín, Jordana e Bianculli (2016); Hanretty e Koop (2013); Thatcher (2002).
- <337 OECD (2017).
- <338 Saraiva (2015; p. 140).
- <339 Thatcher (2002; p. 963).
- <340 Silva (2013; p. 328).
- <341 Hanretty (2010).
- <342 Os requerimentos apresentados pelos grupos parlamentares e as respetivas respostas das entidades reguladoras podem ser encontrados aqui: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/PerguntasRequerimentos.aspx>
- <343 Gonçalves, Alves e Guedes (2010).
- <344 DL n.º 125/2014, de 18 de agosto, artigo 35º.
- <345 Autoridade da Concorrência (2018), Resposta a Requerimento 24-El/XIII/3 sobre Cativações nas Entidades Reguladoras. Parlamento.
- <346 A base de dados, da autoria de Jorge Costa, Luís Fazenda e Francisco Louçã, pode ser consultada em <http://www.osburgueses.net/consulta/organizacoes.html>.
- <347 Denicoli dos Santos (2012).
- <348 Gonçalves et al. (2010).
- <349 Louçã, Teixeira Lopes e Costa (2014).
- <350 Sobre patronagem política em Portugal, ver, por exemplo, Silva (2013, 2020) ou Silva e Jalali (2016).
- <351 Bianchi e Viana (2012); Costa et al. (2010); Louçã, Teixeira Lopes e Costa (2014).
- <352 Querbach e Ardnt (2017).
- <353 Brown et al. (2006).
- <354 Radaelli e Fristch (2012).
- <355 A data de início da recolha de informação difere de autoridade para autoridade: para a ANACOM e a ERSE, recolhemos informação a partir de 1997; para a AdC, a partir de 2003.
- <356 NAO (2016); Brown et al. (2006); Radaelli e Fristch (2012).
- <357 Brown et al. (2006).
- <358 Red tape é um termo que designa os sistemas burocráticos, englobando regras e regulamentos, procedimentos e sistemas administrativos e de gestão que já não são eficazes para alcançar os objetivos pretendidos e que, portanto, produzem resultados sociais desadequados ao que seria desejável.
- <359 NAO (2016); Brown et al. (2006); Radaelli e Fristch (2012).
- <360 Para mais detalhe sobre o ICP, ver supra, secção 2.2.2.-III.
- <361 Memorando de Entendimento, cit., secção 7.
- <362 Memorando de Entendimento, cit., §§3.34, 3.35 e 7.14.
- <363 Memorando de Entendimento, cit., §7.12.
- <364 Para uma descrição mais detalhada dos atos normativos que levaram à criação do TCRS, veja-se Costeira e Reis Silva (2013; p. 921).
- <365 Autoridade da Concorrência, Exposição de Motivos do Anteprojeto de Transposição da Diretiva 2014/104/UE, 22 de junho de 2016, §§106–107 e 109.
- <366 Vejam-se, e.g.: Roth (2013; p. 99); Ginsburg e Wright (2013); Savrin (2013; p. 115). A doutrina tem também apontado como possível vantagem uma maior autonomia financeira, mas o legislador nacional não tem optado por regular os tribunais especializados em termos especiais que pudessem fazer variar a sua autonomia financeira por comparação com os restantes tribunais.
- <367 Esta questão foi ligeiramente alterada pela transposição da diretiva 2014/104/UE, que atribuiu ao TCRS competência para litígios privados de aplicação do direito da concorrência.
- <368 Artigo 112.º(1)(a) a (f) LOSJ.
- <369 Artigo 112.º(1)(g) LOSJ. A redação do artigo 112.º é idêntica à que anteriormente se encontrava no artigo 122.º-A(1)(g) da lei n.º 52/2008, revista pela lei n.º 46/2011, de 24 de junho.
- <370 Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, revista pela lei n.º 12/2007, de 2 de maio. Ver artigos 3.º(3) e (4) e 4.º da lei n.º 67/2013

e artigo 2.º(3) LQER. Este diploma inclui no conceito de entidades administrativas independente com funções de regulação e supervisão o BP e a ERC, embora os exclua do âmbito da lei-quadro. Se a lei não considerasse que estas entidades se enquadravam naquele conceito, não haveria necessidade de as excluir do âmbito da lei, pois não estariam abrangidas por esta.

<371 O TCRS também foi chamado a decidir recursos de contraordenações aplicadas por três outras entidades que acabaram por não levar a decisões do Tribunal, sem que tal tivesse suscitado esta controvérsia relativa à competência: (i) Comando Metropolitano da PSP de Lisboa (Proc. n.º 3/12.2YQSTR; (ii) Direção Geral do Consumidor (Proc. n.º 277/15.7T9SNT); e (iii) Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia (Proc. n.º 362/12.7TFLSB e Proc. n.º 363/12.5TFLSB).

<372 Para uma análise mais detalhada da fundamentação das várias decisões, veja-se Sousa Ferro (2017).

<373 Decisão do presidente da 5.ª secção do STJ (Carmona da Mota) de 22 de janeiro de 2013 (proc. 349/12.0 TFLSB.L1.S1). Ver também: despachos do presidente da 5.ª secção do STJ (Carmona da Mota) de 4 de fevereiro de 2013 (proc. 838/12.6TFLSB.S1); e de 25 de fevereiro de 2013 (proc. 376/12.7TFLSB-A.L1.S1).

<374 Decisão do presidente da 3.ª secção do STJ (Pereira Madeira) de 3 de janeiro de 2013 (proc. 446/12.1TFLSB.L1.S1).

<375 Decisão do TRL (Orlando Nascimento) de 24 de julho de 2015 (proc. 164/14.6YUSTR-A.L1-5).

<376 Decisões do presidente da 3.ª secção do STJ (Pereira Madeira) de 17 de janeiro de 2013 (proc. 648/12.0TFLSB-A.L1.S1); de 27 de fevereiro de 2013 (proc. 763/12.0TFLSB-A.S1); de 19 de março de 2013 (proc. 646/12.4 TFLSB.L1.S1); de 3 de abril de 2013 (proc. 27/13.2YFLSB); de 5 de abril de 2013 (proc. 23/13.0YFLSB); de 19 de abril de 2013 (proc. 954/12.4TFLSB-A.S1);

de 8 de maio de 2013 (proc. 593/12.0TFLSB-A.S1); de 29 de maio de 2013 (proc. 1009/12.7TFLSB.S1); de 18 de setembro de 2013 (proc. 1061/12.5TFLSB.S1); de 29 de novembro de 2013 (proc. 1010/12.0TFLSB-A.S1); de 27 de janeiro de 2014 (proc. 5/14.4TFLSB); de 30 de maio de 2014 (proc. 37/14.2TFLSB-A.S1); de 4 de junho de 2014 (proc. 36/14.4TFLSB-A.S1). Identificámos ainda referências a uma decisão idêntica do STJ no processo 593/12.0TFLSB.

<377 Decisão do presidente (em substituição) da 5.ª secção do STJ (Santos Carvalho) de 7 de março de 2013 (proc. 838/12.6TFLSB.S1). O fim desta divergência entre as duas secções foi salientado na decisão do presidente da 3.ª secção do STJ (Pereira Madeira) de 19 de abril de 2013 (proc. 954/12.4TFLSB-A.S1). Esta nova linha da 5.ª secção consolidou-se nos casos seguintes: decisões e despachos do presidente (em substituição) da 5.ª secção do STJ (Santos Carvalho) de 14 de março de 2013 (proc. 13/13.2YFLSB); de 12 de abril de 2013 (proc. 1171/12.9TBLGS-A.S1); de 15 de abril de 2013 (proc. 592/12.1TFLSB-A.L1.S1); de 3 de maio de 2013 (proc. 38/13.8YFLSB); de 3 de maio de 2013 (proc. 972/12.0 TFLSB-A.S1); de 6 de maio de 2013 (proc. 376/12.7TFLSB-A.L1.S1); de 11 de junho de 2014 (proc. 1380/13.3 TFLSB-A.S1); e de 2 de dezembro de 2013 (proc. 422/13.7TFLSB-A.S1).

<378 A posição do STJ reconduzia-se a defender que uma entidade pode ser uma EAI mesmo que esteja sujeita a superintendência e tutela ministerial, e que uma EAI-FRS é uma «pessoa coletiva de direito público que, na concreta prossecução da atividade de regulação ou supervisão de um certo tipo de serviços, goza de autonomia funcional, dispondo de uma certa individualidade organizacional e autonomia administrativa e/ou financeira, podendo como tal praticar atos administrativos». Ou seja, a posição do STJ reduzia a componente de independência à capacidade de praticar atos administrativos. Para uma análise mais detalhada, veja-se Sousa Ferro (2017).

<379 Cf. despacho do 3.º Juízo Criminal de Oeiras de 27 de junho de 2014, proc. n.º 1922/14.7TBVFX; despacho do TCRS de 4 de maio de 2015, proc. n.º 1922/14.7TBVFX; despacho do STJ de 9 de junho de 2015 (Pereira Madeira).

<380 Cf., e.g., despacho do TCRS de 21 de abril de 2017 (proc. 170/17.9YUSTR); e despacho do TCRS de 24 de maio de 2017 (proc. 231/17.4YUSTR).

<381 Despacho do STJ de 21 de novembro de 2014 (António Pereira Madeira), proc. n.º 229/14.4TFLSB.

<382 Cf. despacho do presidente da 5.ª secção do STJ (Santos Carvalho) de 21 de fevereiro de 2017; despacho do TCRS de 27 de fevereiro de 2017; e despacho do presidente da 5.ª secção do STJ (Santos Carvalho) de 27 de março de 2017 (proc. 189/15.4Y4LSB).

<383 Despacho do presidente da 5.ª Secção do STJ (Santos Carvalho) de 20 de junho de 2017 (proc. n.º 6174/16.1T9SNT-A.S1).

<384 Cf. artigo 92.º(1) da lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

<385 Cf. artigo 179.º da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Esta norma de competência exclusiva do TCRS já fora incluída na versão anterior deste regime — lei n.º 25/2008, de 5 de junho —, pela revisão operada pela lei n.º 46/2011, de 24 de junho.

<386 Cf. artigo 173.º da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Como exemplos de recursos de contraordenações adotadas ao abrigo desta lei pelo IMPIC (na altura ainda InCI) e julgados pelo TCRS, veja-se: proc. n.º 133/14.6YUSTR (coima de 2500 euros a uma empresa sediada em Samora Correia) e proc. n.º 202/15.5YUSTR (coima de 2500 euros a uma empresa sediada em Coimbra).

<387 O principal exemplo que ocorre é a recomendação 2003/361/CE, da Comissão Europeia, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas. Mas também o Código das Sociedades Comerciais, por exemplo, define no seu artigo 262.º valores

(relacionados com o balanço, o total de vendas líquidas e o número médio de trabalhadores) para efeitos da obrigatoriedade de designação de ROC pelas sociedades por quotas. Não parece descabido que, eventualmente com exclusão de algumas matérias dotadas de maior complexidade e especialidade, as empresas que se situem abaixo desses patamares escapassem à jurisdição especializada do TCRS e pudessem recorrer dessas decisões junto dos tribunais competentes do seu círculo judicial.

<388 Cf. artigo 18.º da lei n.º 46/2011, de 24 de junho.

<389 Cf. artigo 104.º do decreto-lei n.º 49/2014, de 27 de março.

<390 Relatório Anual 2019 — Comarca de Santarém (15/02/2020), p. 92. Acrescentando-se na p. 97: «Continua a enfatizar-se a necessidade de aumentar o número de Oficiais de Justiça ao serviço do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém, com o fim de obter uma melhoria do seu nível quantitativo de desempenho e, concomitantemente, na elevação da qualidade do serviço prestado. A falta crónica e por largos períodos temporais de Oficiais de Justiça, apesar do enorme esforço empreendido, tem, consabidamente, efeitos perniciosos no tempo de tramitação e movimentação processual».

<391 Cf. Relatório Anual 2019 — Comarca de Santarém (15/02/2020), p. 135.

<392 Não obstante — é importante que se diga — os esforços dos magistrados judiciais, há algum tempo, para conseguirem garantir uma solução de publicação sistemática das decisões judiciais do TCRS no portal tribunais.org.pt ou noutro portal oficial.

<393 Amostra selecionada pelos departamentos jurídicos dos reguladores, com base nos critérios de dimensão do processo e da prova a analisar e da complexidade das questões jurídicas a decidir.

<394 Cf. https://extranet.concorrencia.pt/PesquisAdC/PRC_Page.aspx?Ref=PRC_2012_9.

<395 Os dados indicados foram retirados dos Relatórios Anuais da Comarca de Santarém respeitantes aos anos entre 2015 e 2019. Importa notar que, nos dois primeiros relatórios (2014/2015 e 2015/2016), os números se referem ao período do ano judiciário (de 1 de setembro a 31 de agosto), enquanto a partir de 2017 dizem respeito ao período entre 1 de janeiro e 31 de dezembro. Acresce que os relatórios respeitantes ao ano de 2018 não se encontram ainda disponíveis, pelo que os números apresentados são recolhidos do Relatório de 2019. Todos os relatórios estão disponíveis em <https://www.csm.org.pt/tribunais>.

<396 Cf., e.g.: Ginsburg e Wright (2013).

<397 Acresce que a noção de eficiência não é apresentada pelo legislador. Trata-se de um conceito indeterminado, para o qual aqui olhamos como uma função dos resultados obtidos (output) com determinado nível de recursos humanos. É de realçar que o conceito de eficiência se confunde, nesta matéria da avaliação do impacto do sistema de justiça, com o de eficácia, que, por sua vez, é um termo genericamente associado à qualidade da resposta processual, e cuja medição pode ser feita através de uma análise quantitativa e/ou qualitativa. Sobre este tema, veja-se, e.g., Henriques Gaspar (2008).

<398 Sendo certo que este elenco peca por não conseguir escapar a algum generalismo e até a alguma subjetividade, pretende-se sobretudo chamar a atenção para o facto de o domínio de cada um dos diplomas considerados requerer uma preparação específica, cujo tempo pode diferir muito de caso para caso. Assim, a classificação foi realizada adotando o seguinte critério:

Grau 1. O diploma não apresenta qualquer nível de complexidade. É muito fácil para um jurista treinado ler o diploma pela primeira vez e aplicá-lo de imediato, sem necessidade de estudo ou investigação adicional.

Grau 2. O diploma apresenta algum grau de complexidade, mas é possível a um jurista treinado ler o diploma pela primeira

vez e aplicá-lo a um caso concreto com um esforço mínimo de investigação e reflexão.

Grau 3. O diploma é complexo. Um jurista treinado precisa de despendar uma quantidade significativa de esforço e tempo em investigação e estudo para o poder aplicar a casos concretos.

Grau 4. O diploma é muito complexo. A boa interpretação das normas por um jurista treinado e a sua aplicação a um caso concreto exigem um estudo aprofundado e um conhecimento especializado do setor/das matérias em causa, bem como dispêndio de algum tempo em formação geral e específica.

Grau 5. O diploma é extremamente complexo. A sua interpretação e aplicação por um jurista treinado implicam anos de formação/estudo especializado.

Se uma lei incluir questões com grau de complexidade diverso, deve privilegiar-se a classificação com maior grau de complexidade, sem prejuízo de se refletir o número de questões complexas e não complexas na pontuação atribuída.

<399 Decreto-lei n.º 156/2005, revisto em último lugar pelo decreto-lei n.º 74/2017.

<400 Com base em dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, composição das secções dos tribunais superiores e extrapolação de variação da identidade dos juízes de cerca de 5% ao longo do período em causa. Para os juízos genéricos e criminais, a frequência de rotação dos juízes é superior, tendo-nos sido impossível determiná-la com precisão.

<401 Artigo 183.º da LOSJ.

<402 Veja-se, e.g.: Era, Ejtn e Ecorys (2016).

<403 Era, Ejtn e Ecorys (2016; p. 62).

<404 Cf. artigo 67.º(5) da LOSJ, tal como revista pela lei n.º 55/2019, de 5 de agosto.

<405 Cf. Sousa Ferro (2016).

<406 De acordo com a página do STJ (https://www.stj.pt/?page_id=13564#1516095658643-2cb80fef-21e0), existem atualmente dez assessores para 46 conselheiros. Contrariamente ao que acontece no Tribunal Constitucional, em que cada conselheiro tem um assessor pessoal, no STJ os assessores são distribuídos internamente pelas sete secções, segundo critérios relativamente informais, podendo trabalhar em simultâneo com diferentes conselheiros.

<407 Cf., e.g., artigo 84.º(4) e (5) da LdC.

<408 Diretiva 2019/1/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (diretiva ECN+).

<409 Ver Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ colocada em consulta pública a 25 de outubro de 2019, disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-p%C3%BAblica-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposi%C3%A7%C3%A3o-da-Diretiva-%E2%80%9CECN-%E2%80%9D.aspx.

<410 A falta de efeito suspensivo destas decisões será, contudo, uma das razões para que o índice de cumprimento efetivo das coimas aplicadas pelos reguladores se situe em níveis próximos dos 11%. Foi uma das conclusões de uma recente investigação jornalística publicada na revista Sábado (n.º 872, de 14 de janeiro de 2021), com o título «Multas de milhões. A maioria está por pagar»: «Nos últimos 10 anos, os seis reguladores [...] aplicaram multas no valor total de 604,7 milhões de euros. Cobraram apenas 11% deste valor [...]. Ou seja, pouco mais de 67 milhões de euros. Todos os reguladores têm problemas na cobrança [...], mas é o que passa as maiores multas, a Autoridade da Concorrência, o mais influente nestes valores.

A Concorrência aplicou entre 2019 e outubro de 2020, um volume recorde de multas de 456,8 milhões de euros. Tem a mais baixa taxa de cobrança: até agora recebeu 31,68 milhões.» Não nos foi possível obter atempadamente, junto dos reguladores, confirmação destes dados.

<411 Cf. art. 3.º, n.º 3, da lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

<412 Acórdão do TJUE de 14 de março de 2019, Skanska, C-724/17, EU:C:2019:204.

<413 Artigo 112.º da lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, revista em último lugar pela lei n.º 107/2019, de 9 de setembro.

<414 <https://www.catribunal.org.uk>.

<415 Pelo menos até recentemente, esta falta de divulgação devia-se à ausência de uma solução técnica implementada, e não à falta de vontade dos magistrados judiciais do TCRS, que repetidamente fomentaram a adoção de uma solução de divulgação das decisões do TCRS numa plataforma online oficial.

<416 Divulgação esta que é feita, em geral, com algum atraso relativamente à adoção das sentenças e não é necessariamente exaustiva. Ver: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/Paginas/Decisoes-Judiciais.aspx; http://www.concorrenca.pt/vPT/Controlo_de_concentracoes/Decisoes_Judiciais/Paginas/Decisoes-Judiciais-Nacionais.aspx.

<417 Caso, durante um período, da base de dados do Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — cf. <https://www.cideeff.pt/pt/projectos/Grupo-III-Falhas-de-Mercado-numa-Economia-Globalizada-Perspetiva-Institucional/78>.

<418 Sem prejuízo de soluções alternativas que implicassem uma reforma mais profunda, como a mudança para um tribunal coletivo,

presidido por um juiz de carreira e com dois juízes especialistas designados especificamente para cada caso (e.g., de uma bolsa de candidatos pré-admitidos), com a devida salvaguarda dos conflitos de interesse, podendo até ponderar-se a inclusão de um juiz perito em economia.

Índice de tabelas

82	Tabela 2.1. Indicadores de independência <i>de facto</i> segundo Maggetti	109	Tabela 3.4. Distribuição temporal da documentação recolhida e analisada	127	Tabela 3.16. Categorização de indicadores utilizados
82	Tabela 2.2. Indicadores de independência por dimensão	111	Tabela 3.5. Identificação de documentos que contêm indicadores de desempenho	128	Tabela 3.17. Distribuição das categorias de indicador por tipo de documento
86	Tabela 2.3. Distribuição do número de nomeações por entidade reguladora	113	Tabela 3.6. Categorização de indicadores utilizados	134	Tabela 4.1. Normas relativas ao TCRS
87	Tabela 2.4. Distribuição das nomeações para os conselhos de administração por categoria profissional	115	Tabela 3.7. Distribuição das categorias de indicador por tipo de documento	146	Tabela 4.2. Movimentação processual no Tribunal/Juízo de Comércio de Lisboa
87	Tabela 2.5. Distribuição das nomeações por experiência profissional anterior e entidade reguladora	118	Tabela 3.8. Tipo de documentação recolhida e analisada	147	Tabela 4.3. Duração média dos processos perante o TCL e depois JCL
89	Tabela 2.6. Distribuição das nomeações por entidade reguladora	119	Tabela 3.9. Distribuição temporal da documentação recolhida e analisada	148	Tabela 4.4. Processos contraordenacionais: justiça penal
90	Tabela 2.7. Distribuição das carreiras dos administradores por categoria antes e após o mandato	120	Tabela 3.10. Identificação de documentos que contêm indicadores de desempenho	150	Tabela 4.5. Ações declarativas: justiça cível
90	Tabela 2.8. Distribuição das carreiras dos antigos administradores, por categoria e entidade	121	Tabela 3.11. Categorização de indicadores utilizados	152	Tabela 4.6. TCRS: evolução da taxa de congestão
92	Tabela 2.9. Recursos	122	Tabela 3.12. Distribuição das categorias de indicador por tipo de documento	152	Tabela 4.7. TCRS: comparação da taxa de congestão oficial com a de outros tribunais
103	Tabela 3.1. Documentos disponíveis por entidade reguladora	125	Tabela 3.13. Tipo de documentação recolhida e analisada	153	Tabela 4.8. TCRS: evolução da taxa de resolução
105	Tabela 3.2. Categorias de indicadores	126	Tabela 3.14. Distribuição temporal da documentação recolhida e analisada	153	Tabela 4.9. Comparação da taxa de resolução oficial do TCRS e outros tribunais
108	Tabela 3.3. Tipo de documentação recolhida e analisada	126	Tabela 3.15. Identificação de documentos que contêm indicadores de desempenho	154	Tabela 4.10. TCRS: evolução da taxa de recuperação
				154	Tabela 4.11. Comparação das taxas de recuperação oficial do TCRS e outros tribunais
				156	Tabela 4.12. Taxa média de conclusão de processos

Índice de figuras

157	Tabela 4.13. Potenciais tipos de litígios envolvendo reguladores independentes	11	Figura 1.1. Grau de propriedade pública em Portugal em diferentes setores	129	Figura 3.6. Evolução temporal do número de indicadores únicos por categoria
162	Tabela 4.14. Leis que podem ser aplicadas pelos reguladores em processos contraordenacionais (análise no cenário atual)	80	Figura 2.1. Nomeações políticas em entidades reguladoras de países europeus	130	Figura 3.7. Evolução temporal do peso de cada categoria de indicador entre entidades reguladoras
		87	Figura 2.2. Sobreposição de experiências profissionais anteriores à nomeação	170	Figura 4.1. Número de magistrados por período de exercício de funções
		89	Figura 2.3. Distribuição de saídas antecipadas ao longo do tempo e por Governo	182	Figura 4.2. Especialização do TCRS
		91	Figura 2.4. Execução orçamental 2008–2018 da AdC e da ERSE		
		91	Figura 2.5. Percentagem de cativações em relação ao orçamento entre 2016 e 2018		
		117	Figura 3.1. Evolução temporal do número de indicadores únicos		
		117	Figura 3.2. Evolução temporal do número de indicadores únicos por categoria		
		123	Figura 3.3. Evolução temporal do número de indicadores únicos		
		124	Figura 3.4. Evolução temporal do número de indicadores únicos por categoria		
		129	Figura 3.5. Evolução temporal do número de indicadores únicos		

Autores

LOURENÇO, Ana (Coordenação)

Professora associada na Católica Porto Business School. Doutorada em Gestão pela Universidade de Cambridge, no Reino Unido.

CASTRO, Raquel Brízida

Professora auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

COROADO, Susana

Doutorada em Política Comparada pelo Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Internacional pela School of Oriental and African Studies, no Reino Unido.

FERRO, Miguel

Professor auxiliar convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

GONÇALVES, Ricardo

Professor associado na Católica Porto Business School. Doutorado em Economia pela Universidade de York, no Reino Unido.

RODRIGUES, Vasco

Professor associado na Católica Porto Business School. Doutorado em Economia pela Universidade Católica Portuguesa. Diretor do Centro de Estudos de Gestão e Economia Aplicada (CEGEA).

Colaboradores

COELHO, Sandra

Assistente convidada na Católica Porto Business School. Doutorada em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

CUNHA, Mariana

Professora auxiliar convidada na Católica Porto Business School. Doutorada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

DIAS, Rafael

Assistente na Católica Porto Business School. Mestre em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

MOTA, Filipa

Assistente convidada na Católica Porto Business School. Doutorada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

REIS, José Sá

Professor auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE).

Economia

O Cadastro e a Propriedade
Rústica em Portugal

Coordenado por Rodrigo
Sarmento de Beires; 2013.

Custos e Preços na Saúde:
Passado, presente e futuro

Coordenado por Carlos Costa; 2013.

25 anos de Portugal Europeu:
A economia, a sociedade e os fundos
estruturais

Coordenado por Augusto
Mateus; 2013.

Que Economia Queremos?

Coordenado por João Ferrão; 2014.

A Economia do Futuro: A visão
de cidadãos, empresários e autarcas

Coordenado por João Ferrão; 2014.

Três Décadas de Portugal Europeu:
Balanço e perspectivas

Coordenado por Augusto
Mateus; 2015.

Empresas Privadas e Municípios:
Dinâmicas e desempenhos

Coordenado por José Tavares; 2016.

Investimento em Infra-Estruturas
em Portugal

Coordenado por Alfredo
Marvão Pereira; 2016.

Benefícios do Ensino Superior

Coordenado por Hugo Figueiredo
e Miguel Portela; 2017.

Diversificação e Crescimento
da Economia Portuguesa

Coordenado por Leonor Sopas; 2018.

Dinâmica Empresarial e Desigualdade

Coordenado por Rui Baptista; 2018.

Encerramento de Multinacionais:

O capital que fica

Coordenado por Pedro de Faria; 2018.

GDP-linked Bonds in the
Portuguese Economy

Coordenado por Gonçalo Pina

Features of Portuguese International
Trade: A firm-level perspective

Coordenado por João Amador; 2020

Financial Constraints and Business
Dynamics: Lessons from the
2008–2013 recession

Coordenado por Carlos Carreira,
Paulino Teixeira, Ernesto Nieto
Carrillo e João Eira; 2021.

The Real Estate Market in Portugal

Coordenado por Paulo M. M.
Rodrigues; 2022.

O Financiamento das PME
Portuguesas: A crise e a recuperação
entre 2008 e 2018

Coordenado por Clara Raposo; 2022.

Financing Entrepreneurship
in Portugal

Coordenado por Miguel A. Ferreira,
Marta C. Lopes, Francisco Queiró
e Hugo Reis; 2022.

Instituições

Droga e Propinas: Avaliações
de impacto legislativo

Coordenado por Ricardo
Gonçalves; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
A citação do réu no processo civil

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Factos e números

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Gestão processual e oralidade

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Meios de resolução alternativa
de litígios

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Novo modelo processual

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
O sistema judiciário

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Produção de prova

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Recuperação do IVA

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Justiça Económica em Portugal:
Síntese e propostas

Coordenado por Mariana
França Gouveia, Nuno Garoupa,
Pedro Magalhães; 2012.

Segredo de Justiça

Coordenado por Fernando
Gascón Inchausti; 2013.

Feitura das Leis: Portugal e a Europa

Coordenado por João Caupers,
Marta Tavares de Almeida e
Pierre Guibentif; 2014.

Portugal nas Decisões Europeias

Coordenado por Alexander
Trechsel, Richard Rose; 2014.

Valores, Qualidade Institucional
e Desenvolvimento em Portugal

Coordenado por Alejandro Portes
e M. Margarida Marques; 2015.

O Ministério Público na Europa

Coordenado por José Martín
Pastor, Pedro Garcia Marques
e Luís Eloy Azevedo; 2015.

Juizes na Europa: Formação, selecção,
promoção e avaliação

Coordenado por Carlos
Gómez Ligüerre; 2015.

Limitação de Mandatos: o impacto
nas finanças locais e na participação
eleitoral

Coordenado por Francisco
Veiga e Linda Veiga; 2017.

O Estado por Dentro: Uma etnografia
do poder e da administração pública
em Portugal

Coordenado por Daniel
Seabra Lopes; 2017.

O Impacto Económico dos Fundos
Europeus: A experiência
dos municípios portugueses

Coordenado por José Tavares; 2017.

Orçamento, Economia e Democracia:
Uma proposta de arquitetura
institucional

Coordenado por Abel M. Mateus; 2018.

Instituições e Qualidade
da Democracia: Cultura política
na Europa do Sul

Coordenado por Tiago Fernandes; 2019.

Os Tribunais e a Crise Económica
e Financeira: Uma análise ao processo
decisório em contexto de crise
económico-financeira

Patrícia André, Teresa Violante
e Maria Inês Gameiro; 2019.

Um Novo Normal? Impactos e lições de dois anos de pandemia em Portugal

Coordenado por Nuno Monteiro e Carlos Jalali; 2022.

Os Grupos de Interesse no Sistema Político Português

Coordenado por Marco Lisi; 2022.

O Estado Regulador em Portugal

Coordenado por Ana Lourenço; 2022.

Sociedade

Como Se Aprende a Ler?

Coordenado por Isabel Leite; 2010.

Fazer Contas Ensina a Pensar?

Coordenado por António Bivar; 2010.

Desigualdade Económica em Portugal

Coordenado por Carlos Farinha Rodrigues; 2012.

Projeções 2030 e o Futuro

Coordenado por Maria Filomena Mendes e Maria João Valente Rosa; 2012.

Envelhecimento Activo em Portugal: Trabalho, reforma, lazer e redes sociais

Coordenado por Manuel Villaverde Cabral; 2013.

Escolas para o Século XXI: Liberdade e autonomia na educação

Coordenado por Alexandre Homem Cristo; 2013.

Informação e Saúde

Coordenado por Rita Espanha; 2013.

Literatura e Ensino do Português

Coordenado por José Cardoso Bernardes e Rui Afonso Mateus; 2013.

Processos de Envelhecimento em Portugal: Usos do tempo, redes sociais e condições de vida

Coordenado por Manuel Villaverde Cabral; 2013.

Que Ciência Se Aprende na Escola?

Coordenado por Margarida Afonso; 2013.

Inquérito à Fecundidade 2013

INE e FFMS; 2014.

A Ciência na Educação Pré-Escolar

Coordenado por Maria Lúcia Santos, Maria Filomena Gaspar, Sofia Saraiva Santos; 2014.

Dinâmicas Demográficas e Envelhecimento da População Portuguesa (1950–2011): Evolução e perspectivas

Coordenado por Mário Leston Bandeira; 2014.

Ensino da Leitura no 1.º Ciclo do Ensino Básico: Crenças, conhecimentos e formação dos professores

Coordenado por João A. Lopes; 2014.

Ciência e Tecnologia em Portugal: Métricas e impacto (1995–2012)

Coordenado por Armando Vieira e Carlos Fiolhais; 2014.

Mortalidade Infantil em Portugal: Evolução dos indicadores e factores associados de 1988 a 2008

Coordenado por Xavier Barreto e José Pedro Correia; 2014.

Os Tempos na Escola:

Estudo comparativo da carga horária em Portugal e noutros países
Coordenado por Maria Isabel Festas; 2014.

Cultura Científica em Portugal

Coordenado por António Granado e José Vítor Malheiros; 2015.

O Multimédia no Ensino das Ciências

Coordenado por João Paiva; 2015.

O Quinto Compromisso:

Desenvolvimento de um sistema de garantia de desempenho educativo em Portugal

Coordenado por Margaret E. Raymond; 2015.

Desigualdade do Rendimento e Pobreza em Portugal:

As consequências sociais do programa de ajustamento
Coordenado por Carlos Farinha Rodrigues; 2016.

Determinantes da Fecundidade em Portugal

Coordenado por Maria Filomena Mendes; 2016.

Será a Repetição de Ano Benéfica para os Alunos?

Coordenado por Luís Catela Nunes; 2016.

Justiça entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares

Coordenado por Jorge Pereira da Silva e Gonçalo Almeida Ribeiro; 2017.

Migrações e Sustentabilidade Demográfica: Perspectivas de evolução da sociedade e economia portuguesas

Coordenado por João Peixoto; 2017.

Mobilidade Social em Portugal

Coordenado por Teresa Bago d’Uva; 2017.

Porque Melhoraram os Resultados do PISA em Portugal?

Estudo longitudinal e comparado (2000–2015)

Coordenado por Anália Torres; 2018.

Igualdade de Género ao Longo da Vida: Portugal no contexto europeu

Coordenado por Anália Torres; 2018.

As Mulheres em Portugal, Hoje: Quem são, o que pensam e como se sentem

Coordenado por Laura Sagnier e Alex Morell; 2019.

Financial and Social Sustainability of the Portuguese Pension System

Coordenado por Amílcar Moreira; 2019.

Identidades Religiosas e Dinâmica Social na Área Metropolitana de Lisboa

Coordenado por Alfredo Teixeira; 2019.

A Evolução da Ciência em Portugal (1987-2016)

Elizabeth Vieira, João Mesquita, Jorge Silva, Raquel Vasconcelos, Joana Torres, Sylwia Bugla, Fernando Silva, Ester Serrão e Nuno Ferrand; 2019.

Os Jovens em Portugal, Hoje

Coordenado por Laura Sagnier e Alex Morell; 2021.

Territórios de Desigualdade e Bem-estar: Assimetrias nos municípios portugueses

Coordenado por Rosário Mauritti; 2022.

