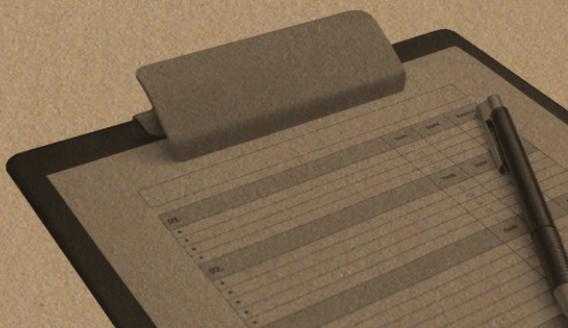


---

RESUMOS DA FUNDAÇÃO ► 20

# O Estado Regulador em Portugal

Ana Lourenço, Coordenação





- A coleção Resumos da Fundação pretende levar até si as ideias-chave dos Estudos da FFMS de uma forma sintética, linear e clara. Para quem gosta da conclusão mais perto do início.



# O Estado Regulador em Portugal

Ana Lourenço, coord.

Miguel Ferro

Raquel Brízida Castro

Ricardo Gonçalves

Susana Coroado

Vasco Rodrigues

Com a colaboração de:

Filipa Mota

José Sá Reis

Mariana Cunha

Rafael Dias

Sandra Coelho



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 Resumos da Fundação: João Tiago Gaspar  
Título: O Estado Regulador em Portugal  
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  
Novembro de 2022

ISBN: 978-989-9118-13-3  
Depósito legal: 501798/22

As opiniões expressas nesta edição são da exclusiva responsabilidade dos autores e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial dos conteúdos desta obra deve ser solicitada aos autores e ao editor.

# O Estado Regulador em Portugal



<b>Prefácio</b>	9
<b>Introdução</b>	13
<b>1. A criação e o desenvolvimento do Estado</b>	
<b>Regulador</b>	17
<b>2. A independência das entidades reguladoras</b>	23
<b>3. O processo de avaliação do desempenho das entidades reguladoras</b>	39
<b>4. A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</b>	45
<b>Conclusão</b>	55
<b>Apêndice</b>	59
<b>Agradecimentos</b>	61
<b>Abreviaturas</b>	63
<b>Para saber mais</b>	64
<b>Autores</b>	65
<b>Colaboradores</b>	62



# 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

O termo «Estado Regulador» exprime, neste estudo, um modo de atuação do Estado segundo o qual este cria regras para balizar a atuação das empresas, mas opta por atribuir a implementação dessas regras a entidades reguladoras independentes, em vez de as implementar diretamente através das suas direções-gerais, que são organismos integrados na Administração Pública. É às entidades reguladoras que cabe, por exemplo, garantir a concorrência e o funcionamento do mercado, a proteção do ambiente e dos consumidores e, em geral, a salvaguarda de diversos interesses públicos.

Em Portugal, a criação das entidades reguladoras coincidiu com os processos de privatização iniciados na década de 1990 e com a difusão de novas ideias sobre a gestão pública, que recomendavam a adoção de princípios e mecanismos de gestão privada na administração do Estado, com vista a uma maior eficiência. A primeira entidade reguladora constituída foi a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), em 1991, e desde essa altura foram sendo criadas outras para regular setores como a energia, os transportes, as telecomunicações e a saúde, entre outros. A par das entidades reguladoras setoriais foi também estabelecida, em 2003, a Autoridade da Concorrência, uma entidade reguladora com competências transversais aos vários setores em matéria de defesa da concorrência.

A adoção de um modelo de regulação através de entidades independentes não foi isenta de críticas. Por um lado, logo de início questionou-se a legitimidade democrática das entidades reguladoras, na medida em que estas tomam decisões relativas ao funcionamento de mercados, com impacto generalizado na sociedade, sem estarem sujeitas ao controlo político. Por outro lado, apesar da consolidação do modelo ao longo do tempo, a constatação da ineficiência de alguns mercados regulados levou o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE) a criticarem o modo como, em certos casos, a regulação funciona em Portugal.

Quando, em 2011, a crise da dívida soberana atingiu Portugal, o Governo viu-se obrigado a solicitar assistência financeira internacional. O Memorando de Entendimento (2011–2014) assinado entre o Governo português e os três credores institucionais — Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu, a chamada Troica — resultou num programa de política económica que estabeleceu algumas reformas que o país deveria implementar, entre as quais as referentes ao quadro institucional da regulação. Nesta matéria, o período após a assinatura do Memorando de Entendimento foi marcado pela aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto) e pela criação de um tribunal especializado, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, localizado em Santarém (Lei n.º 46/2011 de 24 de junho). À época, estas iniciativas eram vistas como necessárias para aumentar a eficiência da regulação, para fortalecer a concorrência e para melhorar o sistema judicial.

Tendo passado quase uma década desde esta mudança no quadro institucional da regulação, surge naturalmente a questão: 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?

No presente livro, analisamos esta questão à luz da exploração de três casos ilustrativos do Estado Regulador: a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (doravante ERSE), a Autoridade da Concorrência e a Autoridade Nacional de Comunicações (doravante ANACOM). Estas entidades reguladoras foram selecionadas com base em diversos critérios, entre os quais serem representativas do fenómeno regulatório, estarem abrangidas pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (o que não sucede, por exemplo, com o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social) e possuírem um número variável de processos perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, sujeitando-se diferentes tipos de decisões ao controlo deste tribunal.

Começamos por enquadrar o leitor na temática do Estado Regulador. Depois, a partir de um modelo de análise proposto por dois especialistas — Fabrizio Gilardi e Martino Maggetti —, avaliamos a independência das três entidades reguladoras selecionadas. De seguida, analisamos o sistema de indicadores estabelecido por cada entidade reguladora escolhida, a fim de perceber em que medida é que a evolução destes indicadores está associada à aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Prosseguimos com uma avaliação do impacto da criação do Tribunal da

Concorrência, Regulação e Supervisão, para aferir o grau de sucesso no alcance dos seus objetivos.

No final, retomamos a questão central deste estudo para concluir, em síntese, 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. Contudo, é possível argumentar que mudou pouco e nem sempre para melhor, sendo difícil atribuir de forma inequívoca essa escassa mudança àquela lei e à criação daquele tribunal.

Este resumo procura expor as principais conclusões do estudo *O Estado Regulador em Portugal: Evolução e desempenho*, publicado pela Fundação Francisco Manuel dos Santos. Poderá aceder gratuitamente ao estudo completo em [ffms.pt](http://ffms.pt).

# 1. A criação e o desenvolvimento do Estado Regulador

As décadas de 1970 e 1980 foram marcadas, na Europa, por crises económicas e orçamentais, a que se somaram a crescente concorrência económica entre países e o aprofundamento da integração económica e monetária na então Comunidade Económica Europeia (CEE). Surgiram também, nesta altura, novas abordagens à gestão da Administração Pública — sintetizadas na expressão anglo-saxónica «*new public management*» — que previam a adoção de princípios e de mecanismos típicos da gestão empresarial privada, tais como a adoção de indicadores de desempenho com vista à maior eficiência dos serviços e a orientação para o cidadão (que passava a ser entendido enquanto cliente da Administração Pública).

Gradualmente, foram sendo introduzidas diversas reformas, entre as quais a privatização de empresas e serviços públicos: empresas privadas assumiram a liderança em setores antes reservados aos monopólios estatais e promoveram a concorrência entre si e com as empresas públicas. Estas reformas, a par do desenvolvimento de uma governação multinível, que decorre da globalização económica e da criação de entidades supranacionais como as instituições da União Europeia, alteraram o papel do Estado.

Este reduziu progressivamente a sua intervenção direta na economia e aumentou o seu papel enquanto regulador de determinados mercados (entendidos como revestidos de especial interesse público), procurando colmatar falhas no seu funcionamento e garantir que as empresas cumprem as suas obrigações de serviço público.

Em Portugal, o surgimento do Estado Regulador foi peculiar, pois ocorreu quase em simultâneo com a construção da democracia, após a revolução de 1974. Uma década de nacionalizações de centenas de empresas, em setores como a banca, o petróleo e os transportes, levou a que Portugal fosse, nos finais da década de 1980, o país com o maior setor público empresarial da OCDE. Seguiu-se um período em que se questionou vigorosamente o papel do Estado na economia, até que, com a revisão constitucional de 1989, se abriu o caminho para o processo de privatizações, que decorreu de 1993 a 2003.

As primeiras entidades reguladoras independentes em Portugal foram criadas na mesma altura em que decorria o processo de privatizações: a CMVM, em 1991, e a então denominada Entidade Reguladora do Setor Elétrico, em 1995. Porém, desde logo foi questionada a legitimidade democrática e a constitucionalidade de organismos que, tendo o poder de redigir normas, de as aplicar e de sancionar o respetivo incumprimento, escapavam ao controlo direto do executivo e da Assembleia da República. Grande parte das questões constitucionais então levantadas foi resolvida pela revisão constitucional de 1997, que consagrou o direito do legislador de criar entidades administrativas independentes.

Ainda que a redação da Constituição da República Portuguesa acautelasse que a criação destas entidades deveria ocorrer apenas para fins específicos, na verdade acabou por abrir caminho à disseminação de entidades quase independentes na Administração Pública portuguesa. Assim, nos meses seguintes à revisão constitucional de 1997, o número de institutos públicos, alguns com poderes reguladores, cresceu muito e de forma desorganizada.

Em 2000, admitindo que nem sempre tinha sido possível manter a consistência 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 por Vital Moreira. As conclusões do relatório deste grupo de trabalho levaram à elaboração de um projeto de lei dedicado aos reguladores, que, porém, não avançou, na sequência da demissão do Governo, em finais de 2001. Ainda assim, tal não impediu a criação de novas entidades reguladoras nas áreas da concorrência e da saúde.

Na sequência das eleições legislativas de 2005, que deram ao Partido Socialista, então liderado por José Sócrates, a sua primeira maioria absoluta, a questão das entidades reguladoras ganhou novo impulso. Foi lançada uma reforma da Administração Pública central, no âmbito da qual várias entidades reguladoras viram revistos os seus estatutos. Em 2008, quando todas as atuais entidades reguladoras já estavam constituídas, o Tribunal de Contas procedeu a uma avaliação global da regulação em Portugal. As conclusões desta avaliação revelaram diversos problemas ao nível do quadro legal das entidades reguladoras analisadas.

Ao mesmo tempo, surgiram polémicas em certos setores, com a demissão de membros da administração de entidades reguladoras, em conflito com o Governo (por exemplo, na Entidade Reguladora da Saúde), e com acusações de interferência do Governo nas atividades das entidades reguladoras (por exemplo, no caso da oferta pública de aquisição da Sonae sobre a Portugal Telecom).

À época, o tema da independência das entidades reguladoras foi ganhando destaque na agenda política e parlamentar e, entre 2009 e 2010, foram apresentados vários projetos de lei relativos à independência dos reguladores e, em particular, ao processo de nomeação dos membros dos conselhos de administração. Contudo, nenhum destes projetos de lei foi aprovado. Em 2011, a crise da dívida soberana atingiu Portugal, e o Estado viu-se obrigado a solicitar assistência financeira internacional. Foi assinado o Memorando de Entendimento entre o Governo e a Troica, no qual as questões da falta de concorrência e da ineficiência da regulação foram alvo de particular atenção. Os compromissos assumidos no Memorando forçaram o Governo e a Assembleia da República a analisar a regulação em geral, em particular o funcionamento das entidades reguladoras e a sua independência, e a revisitar o estado da jurisdição relativa à concorrência e à regulação. Nessa altura, o Governo liderado por Pedro Passos Coelho recuperou o projeto de Lei-Quadro das Entidades Reguladoras elaborado por Vital Moreira em 2001, cuja discussão pública se caracterizou pela forte participação das entidades reguladoras. Estas contribuíram amplamente para o projeto de lei e, mais tarde, para as subsequentes revisões dos seus

próprios estatutos. Ao todo, o processo durou três anos, desde a elaboração do projeto de lei até à aprovação do último estatuto, em 2015.

Em suma, no que diz respeito às entidades reguladoras em Portugal, podemos falar em três fases distintas: uma primeira fase decorreu desde o início da década de 1990 até à revisão constitucional de 1997, em que surgiram várias entidades especializadas, com um certo grau de autonomia face à administração central; uma segunda fase decorreu sensivelmente entre 2000 e 2005, quando foram criadas novas entidades reguladoras (como a Autoridade da Concorrência, a Entidade Reguladora da Saúde e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social) e foram alterados os estatutos de entidades reguladoras preexistentes (como a ANACOM); e uma terceira fase marcada pelo resgate financeiro e pelas obrigações decorrentes do Memorando de Entendimento (2011–2014), que conduziram à aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e à criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Na verdade, o aprofundamento do Estado Regulador em Portugal parece ter sido sobretudo fruto de pressões externas, que advieram não só da inspiração em reformas da administração pública levadas a cabo noutras democracias (nas décadas de 1980 e 1990), como das obrigações decorrentes da adesão às comunidades europeias (em 1986), da necessidade de assegurar credibilidade junto de instituições internacionais e dos compromissos assumidos perante os credores externos (entre 2011 e 2014).

---

## **Ideias-chave**

- »» Nas décadas de 1970 e 1980 surge no Ocidente uma nova abordagem à gestão da Administração Pública, que adota princípios e mecanismos típicos da gestão empresarial privada, tais como o uso de indicadores-chave de desempenho e o entendimento do cidadão como cliente da Administração Pública.
- »» O papel do Estado vai então mudando, à medida que são privatizados diversos setores da economia e o Estado passa a ser um regulador dos serviços de interesse público que agora são prestados por empresas privadas.
- »» Em Portugal, o percurso do Estado Regulador é marcado pelo questionamento do papel do Estado na economia que sucedeu à revolução de 1974 e à nacionalização de empresas em diversos setores.
- »» A revisão constitucional de 1989 abre o caminho ao processo de privatizações e à criação de entidades administrativas independentes que visam garantir que as empresas cumprem as suas obrigações de serviço público.
- »» As entidades reguladoras multiplicam-se de forma algo desorganizada, sobretudo até à revisão constitucional de 1997, e o seu enquadramento — com destaque para a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (aprovada em 2013) e para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (criado em 2011) — resulta mais da pressão de entidades externas do que da iniciativa dos governos nacionais.

## 2. A independência das entidades reguladoras

### O que é a independência das entidades reguladoras?

As entidades reguladoras devem ser independentes quer do poder político, quer das empresas reguladas, a bem do interesse público. Não sendo um fim em si mesma, a independência é uma salvaguarda da imparcialidade de uma entidade reguladora na sua atuação enquanto instituição que cria normas e que controla (e sanciona) o respetivo cumprimento. A distância entre o regulador e os regulados 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 para a questão do interesse público e para a necessidade de garantir serviços básicos e universais, mesmo que tal possa diminuir os ganhos ou a eficiência dos operadores do mercado. Além disso, a independência do regulador face às empresas reguladas garante a igualdade de tratamento entre estas, o que é especialmente importante nos momentos de liberalização, quando a empresa incumbente (isto é, que já opera num determinado setor) pode ocupar, por si só, uma posição mais vantajosa do que as empresas que estão a entrar no mercado.

Já do ponto de vista do poder político, a existência de entidades reguladoras independentes assegura que o Estado

mantém algum nível de controlo sobre as falhas de mercado e que se procura garantir a prestação universal de serviços de interesse público, apesar de se retirar da economia como detentor de empresas monopolistas. A independência das entidades reguladoras procura ainda garantir que a regulação é estável, ou seja, que não está sujeita aos ciclos políticos. Por exemplo, com entidades reguladoras independentes, não deverá ser possível a qualquer Governo interferir numa sanção imposta por uma entidade reguladora a uma determinada empresa. Desta forma, a independência das entidades reguladoras é um atributo essencial ao bom funcionamento do mercado para todas as partes interessadas, sejam elas as empresas, o poder político ou os consumidores.

A falta de independência das entidades reguladoras está associada a dois fenómenos: a captura e a politização. Existe captura de uma entidade reguladora quando esta é influenciada de forma indevida por empresas que deve regular, favorecendo-as em detrimento do interesse público, dos consumidores ou de outras empresas concorrentes. Isto é, uma empresa pode tentar criar barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado ou então várias (ou mesmo todas) as empresas de um determinado setor podem unir-se para influenciar o regulador, em detrimento dos consumidores. A captura pode ocorrer por interesse próprio de pessoas que administram a entidade reguladora e que resolvem beneficiar determinada empresa, esperando obter recompensas pela sua atuação, ou então por existir uma identificação entre quem administra as entidades reguladoras e quem gere as empresas reguladas, baseada na

partilha de opiniões sobre o setor em causa, o que dificulta a imparcialidade do regulador.

Quanto à politização, esta existe quando o poder político tenta controlar as entidades reguladoras através da introdução de políticos na sua governação, para além da influência no desenho das leis que regulam este tipo de entidades. Quando as instituições públicas são politizadas, tendem a beneficiar os governos e os partidos políticos no poder, ou a ceder às suas instruções. A politização é, portanto, um termo muito amplo, que abrange práticas como a nomeação, a retenção, a promoção ou a demissão de detentores de cargos públicos com base em critérios políticos, tais como a afinidade ideológica ou pessoal.

### **Como podemos analisar a independência das entidades reguladoras?**

A literatura académica tem procurado definir indicadores e dimensões para analisar objetivamente a independência das entidades reguladoras. Para tal, considera a possibilidade de haver captura e politização, bem como a diferença entre a independência formal, ou *de direito*, e a independência real, ou *de facto*. A primeira diz respeito ao grau de independência inerente aos instrumentos legais que formam e governam as entidades reguladoras (leis, decretos-leis, estatutos, leis orgânicas e Constituição da República Portuguesa), enquanto a segunda corresponde à maneira como a entidade funciona e atua na prática. A *independência de direito* e a *independência de facto* não caminham necessariamente a par e passo: por exemplo, a lei pode aparentemente garantir

a independência, mas, na prática, haver interferência na liberdade de atuação da entidade.

Na nossa análise da independência das entidades reguladoras tomamos como ponto de partida, pelo seu impacto nesta área de trabalho, o conjunto de indicadores avançados, em 2011, por Fabrizio Gilardi e Martino Maggetti. Para analisar a independência *de direito*, os autores propõem um conjunto de indicadores que dizem respeito ao *presidente e ao conselho de administração* da entidade reguladora, aos *aspectos financeiros e organizacionais* da entidade e às respectivas *competências de regulação*.

Assim, propõem que se considerem aspectos como:

- 1) a duração dos mandatos, assumindo que mandatos longos são favoráveis à independência, por se desconstruam dos ciclos políticos;
- 2) o procedimento de designação dos membros, que, quando provenientes diretamente do Governo e sem a intervenção de quaisquer outros órgãos, poderá ser pouco tendente à independência;
- 3) as causas de cessação dos mandatos;
- 4) a possibilidade de renovação dos mandatos, que é vista como desfavorável à independência;
- 5) a exclusividade dos mandatos, que se assume contribuir para uma maior independência;
- 6) a previsão de um regime de incompatibilidades e impedimentos;
- 7) a relação com o poder político, no sentido em que a inexistência de obrigações formais de reporte ao Governo é entendida como favorável à independência;
- 8) a previsão de independência orgânica, funcional e técnica, e a inexistência de obrigações formais face ao poder político;
- 9) a impossibilidade de reverter decisões da entidade reguladora, exceto pelos tribunais, que é vista como propícia à independência;

10) as fontes de financiamento, considerando-se como favorável à independência o financiamento da entidade reguladora através de uma taxa a cargo das empresas reguladas, por oposição ao financiamento pelo Governo; 11) a organização interna, sendo assumido como conducente 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; 12) o controlo dos recursos humanos, uma vez que 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; 13) e os poderes regulamentar, sancionatório e de supervisão, que, para independência da entidade, lhe devem caber exclusivamente, respeitados os princípios gerais e, no caso do poder sancionatório, sem prejuízo da respetiva sujeição ao poder dos tribunais.

Para analisar a independência *de facto*, Gilardi e Maggetti defendem desde logo que se distinga a independência face ao poder político e face às empresas reguladas. Para além do indicador respeitante à influência que pode provir das relações pessoais entre os administradores da entidade reguladora e os titulares do poder político, e ainda entre aqueles e os responsáveis das empresas reguladas — que não analisámos, dada a óbvia dificuldade em recolher a informação necessária — os autores propõem que se considere, quanto à *independência face ao poder político*, os seguintes aspetos: 1) a frequência de portas giratórias, ou seja, de circulação de cargos ocupados pela mesma pessoa

numa ou mais empresas reguladas e respetivo regulador, podendo incluir ainda cargos no poder político;

- 2) a frequência dos contactos entre a entidade reguladora e o poder político, que, se for elevada, é vista como desfavorável à independência;
- 3) a influência do poder político sobre o orçamento da entidade reguladora e sobre a organização interna da entidade reguladora;
- 4) e ainda o peso das nomeações partidárias e a vulnerabilidade política a que os administradores estão sujeitos.

Quanto à *independência face às empresas reguladas*, aqueles autores defendem que se considerem fatores como:

- 1) a frequência de portas giratórias;
- 2) a frequência dos contactos entre a entidade reguladora e as empresas reguladas;
- 3) a adequação dos recursos financeiros e organizacionais da entidade reguladora às suas responsabilidades regulatórias;
- 4) e ainda a proximidade entre a atividade profissional dos administradores e a das empresas reguladas.

É importante enfatizar que estes indicadores são entendidos como «sinais», usados para apreciar em que medida os dados disponíveis revelam a capacidade de uma entidade reguladora para gerir a sua atividade regulatória sem interferências do poder político nem das empresas reguladas. Na realidade, pode suceder, por exemplo, que os contactos entre a entidade reguladora e as empresas reguladas sejam muito frequentes, mas não haja, da parte destas, tentativas de interferir na tomada de decisão da entidade reguladora.

## Qual é o papel da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras na garantia da independência das entidades reguladoras?

Chegados aqui, o que nos revelam os indicadores analisados quanto à independência *de direito* das entidades reguladoras e, designadamente, quanto ao papel da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras na garantia desta independência? E o que nos dizem quanto à independência *de facto* das entidades reguladoras?

Para respondermos à primeira questão, relativa à independência *de direito*, analisámos o enquadramento normativo anterior e posterior à publicação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, em 2013. Em termos gerais, concluímos que o enquadramento normativo *anterior* a 2013 estabelecia diversas restrições à independência, assumindo um peso diferente nas três entidades reguladoras analisadas.

Na ERSE, entre 1997 e 2012, a independência *de direito* era relativamente fraca, desde logo porque os atos da entidade estavam sujeitos à tutela do ministro da Economia, por determinação expressa da lei. Ainda assim, existia um esforço no sentido de explicitar o regime de incompatibilidades e impedimentos dos membros da administração, de fortalecer a respetiva inamovibilidade (relativa às situações em que cessam funções) e de densificar as competências de regulação da entidade.

Na Autoridade da Concorrência havia uma restrição forte à independência: a possibilidade de condicionamento das despesas através de cativações. Além disso, o ministro

da Economia podia reverter decisões intrinsecamente regulatórias, como a proibição de uma operação de concentração de empresas, o que no modelo de análise que adotámos corresponde a uma norma desfavorável à independência.

Já na ANACOM, muito embora formalmente fosse afirmada a independência, esta era restringida quer pela sujeição à supervisão financeira e patrimonial por parte do Governo, quer pela possibilidade de dissolução do conselho de administração por resolução do Conselho de Ministros, que tinha nesta matéria alguma margem de atuação. Isto é, como o Conselho de Ministros podia dissolver o conselho de administração da entidade com base em «*graves irregularidades* no funcionamento do órgão» e «*considerável* excesso das despesas realizadas sobre as orçamentadas, sem justificação adequada», dispunha de alguma latitude na interpretação destes motivos justificativos.

Em 2013, a publicação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras introduziu mudanças, umas favoráveis à independência, outras desfavoráveis. Destacamos pela positiva, pelo facto de contribuírem para uma maior independência formal, as seguintes reformas:

- 1) a estipulação de mandatos longos (em regra de seis anos) para os membros da administração das entidades, por forma que os seus mandatos tenham uma duração distinta do ciclo político; 2) a alteração nos critérios de seleção dos administradores, que passaram a assentar nas competências técnicas; 3) a concretização dos modos de cessação dos mandatos; 4) a exigência de exclusividade no exercício

do cargo e o regime detalhado de incompatibilidades e impedimentos. Em sentido contrário, não contribuem para a independência formal dos membros da administração aspetos como: 1) a possibilidade de recondução no cargo decorridos seis anos após a cessação do mandato anterior; 2) o facto de a nomeação ser competência do Conselho de Ministros e não, por exemplo, de uma maioria qualificada da Assembleia da República; 3) a amplitude das causas que justificam a dissolução do conselho de administração da entidade e a destituição dos seus membros pelo Conselho de Ministros; 4) a possibilidade de veto do presidente do conselho de administração da entidade, que subverte o princípio da colegialidade; 5) e ainda o facto de o estatuto remuneratório caber a uma comissão cuja maioria dos membros é indicada pelo Governo (ainda que desde 2017 tenha passado a existir um limite máximo para a remuneração e uma obrigação de justificação da decisão).

Além disso, a necessidade de aprovação prévia por parte do ministro das Finanças e da tutela quanto a vários atos e planos, dos quais se destacam os orçamentos, podendo mesmo essa aprovação ser recusada em determinadas situações, é mais uma evidência de que a independência formal face ao poder político ainda não foi alcançada. Ressalve-se que há, no entanto, diversas normas que fortalecem a independência, tais como a rejeição expressa da supervisão pelo Governo, a proibição de os membros do Governo darem instruções ou recomendações quanto às atividades regulatórias dos membros da administração das entidades e o estabelecimento de obrigações de transparência e prestação de informação ao Governo e à Assembleia da República.

Relativamente às questões financeiras e organizacionais, há um aspeto que merece particular destaque, pelo obstáculo que cria à independência: no que se refere a verbas que dependam de dotações do Orçamento do Estado ou provenientes da utilização de bens do domínio público, é possível aplicar cativações, ou seja, condicionar as despesas da entidade reguladora a autorização ministerial. Esta é, evidentemente, uma forte restrição à autonomia. Ainda assim, há que referir alguns aspetos favoráveis à independência, tais como: 1) o facto de a lei-quadro estabelecer que só supletivamente poderão existir dotações do Orçamento do Estado, privilegiando, portanto, o financiamento das entidades por receitas próprias; 2) prever normas relativas ao estatuto do pessoal das entidades reguladoras segundo as quais se aplica o regime do contrato individual de trabalho; 3) e existir, no caso de titulares de cargos de direção e equiparados, um período de dois anos após a cessação de funções em que não podem ter qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas reguladas. Por último, quanto às competências de regulação e sancionatórias, a lei trouxe alguma clarificação, ainda que continuem a ser limitadas no que respeita à realização de inspeções e auditorias (que deveriam fazer parte de procedimentos normais de controlo e supervisão).

Estudar a independência *de facto* é um desafio, pois, por um lado, as eventuais influências na atividade das entidades reguladoras muitas vezes não deixam sinais e, por outro lado, a informação necessária para a análise ou não existe (porque, por exemplo, não são redigidas atas das reuniões nem há registos destas) ou, quando existe, é difícil de obter

— o que sucede, por exemplo, com as cativações. Acresce a estes desafios o facto de, entre as entidades seleccionadas para análise, existir uma — a Autoridade da Concorrência — que é transversal a todos os setores, o que significa que necessita de articular os seus poderes regulatórios com outras entidades e tem receitas que advêm de transferências financeiras das entidades reguladoras setoriais. Essa sua natureza especial acaba por interferir na análise, por exemplo, dos riscos de captura através de portas giratórias com as empresas reguladas.

Tendo em conta estas restrições, nem todos os indicadores propostos por Fabrizio Gilardi e Martino Maggetti puderam ser tidos em conta, pelo que nos centrámos na análise do perfil profissional dos administradores das entidades reguladoras e das opções profissionais dos antigos administradores, uma vez que, dada a relação com o fenómeno das portas giratórias, esse perfil pode sinalizar a captura do regulador. Quanto à independência face ao poder político, considerámos também a recondução de administradores e o número de saídas antecipadas, por poderem indicar a vulnerabilidade política dos administradores, e a execução orçamental e cativações, que sinalizam o potencial de pressão do Governo sobre a entidade reguladora. Já quanto à independência face aos setores regulados, procurámos considerar o contencioso regulatório das três entidades seleccionadas, nomeadamente a quantidade de recursos que os regulados interpõem em tribunal contra as decisões das entidades reguladoras, pois isso indica a medida em que desafiam publicamente a decisão do regulador (um maior desafio sugere que este não foi capturado).

Relativamente à independência *de facto*, os dados que recolhemos revelam, quanto ao perfil dos administradores nomeados, que há um equilíbrio entre o número de nomeações de indivíduos que se poderiam classificar como «independentes» (ou não filiados em partidos políticos) e o número de nomeações de natureza partidária (e, neste caso, da mesma cor política do Governo que assina a nomeação).

A presidência das entidades reguladoras cabe tendencialmente a «independentes» e não a antigos políticos. Todavia, quando olhamos individualmente cada entidade reguladora selecionada, concluímos que a ERSE é a mais politizada, na medida em que, ao longo dos seus mais de vinte anos de vida, 50 % das nomeações para o conselho de administração correspondem a indivíduos com experiência política, na sua maioria em cargos no Governo, como secretários de Estado ou membros de gabinetes governativos. Aliás, foi nesta entidade que se verificou, em 2018, a tentativa — gorada — de nomear um deputado como vogal da administração. Já no que se refere às relações com as empresas reguladas, verificamos que não há um padrão de recrutamento nestas empresas.

As reconduções e saídas antecipadas não são frequentes nas três entidades analisadas. 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, num dos casos, trata-se de uma pessoa sem ligações partidárias, mas que foi nomeada duas vezes pelo mesmo primeiro-ministro; no outro 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 uma alteração do que já era a prática na maioria das entidades reguladoras. As saídas antecipadas são mais frequentes, embora não sejam os reguladores com ligações políticas que mais se demitem, mas sim os que não apresentam qualquer filiação política ou ligação aos regulados. Quanto à carreira posterior à passagem por uma entidade reguladora, os dados mostram que mais de metade dos administradores não segue para cargos políticos, públicos ou para o setor regulado, embora seja plausível que alguns destes se tenham aposentado ou desaparecido do radar da vida pública, não nos tendo sido possível seguir a sua vida profissional.

No que diz respeito à execução orçamental, convém desde já referir que não foi possível apurar os dados da ANACOM e que, nas restantes entidades, aquela ficou sempre abaixo do planeado, sendo que o período de vigência do programa de assistência financeira acordado com a Troica não parece ter tido impacto, em comparação com os restantes anos. No que respeita às cativações, é notória a escassez de dados públicos, não obstante o tema ter originado, nos últimos anos, denúncias públicas por parte de presidentes de entidades reguladoras. Do que pudemos apurar — a partir das respostas das próprias entidades reguladoras às questões colocadas pelos grupos parlamentares do CDS-PP e do PPD/PSD sobre as cativações impostas desde 2016 — é a Autoridade da Concorrência, de entre as entidades que analisámos, a que tem sofrido o maior impacto das cativações: quase o dobro do sofrido pelas outras entidades.

Importa ainda referir que é nesta entidade que a politização menos se nota. Por último, quanto ao contencioso regulatório, a dificuldade em obter dados comparáveis quer através dos relatórios anuais das entidades, quer mediante contacto com as próprias entidades não nos permitiu chegar a nenhuma conclusão.

---

## Ideias-chave

- »» A independência das entidades reguladoras prende-se com a liberdade que têm face a tentativas de interferência por parte do poder político e das empresas reguladas. Não há independência quando a entidade reguladora é politizada ou capturada por interesses que divergem do interesse público.
- »» A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras introduziu mudanças que, todavia, não foram tão longe quanto seria desejável no que respeita à proteção da independência das entidades, pois mantém na esfera do Governo competências que deveriam caber à Assembleia da República, permite a aplicação de cativações e limita a realização de atividades que são necessárias ao exercício de competências sancionatórias.
- »» Nas três entidades reguladoras analisadas, as reconduções e saídas antecipadas, que podem ser indícios de politização, não são frequentes e não há, em regra, uma diferença significativa entre o número de nomeações de pessoas não filiadas em partidos e o número de nomeações de políticos. A ERSE é aparentemente a mais politizada, uma vez que, desde a sua fundação em 1995, metade das pessoas nomeadas para a administração detinham experiência política, maioritariamente em cargos no Governo.

»» A Autoridade da Concorrência é a entidade que tem sofrido o maior impacto das cativações, sendo também aquela em que a politização das nomeações menos se nota.

---

### 3. O processo de avaliação do desempenho das entidades reguladoras

#### Como avaliar o desempenho das entidades reguladoras?

A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras estabelece que as entidades reguladoras devem utilizar um sistema coerente de indicadores de desempenho — que englobe indicadores de eficiência, eficácia e qualidade — e que reflita os resultados obtidos e o conjunto das atividades realizadas. A lei-quadro prevê ainda que compete ao órgão de fiscalização (comissão de fiscalização ou 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.

Partindo daqui, propomo-nos analisar o sistema de indicadores de desempenho preestabelecido por cada uma das entidades reguladoras selecionadas. Para tal, seguimos a abordagem proposta por dois autores que têm estudado o tema da avaliação do desempenho de entidades reguladoras — Claudio Radaelli e Oliver Fritsch —, a qual não se centra apenas em indicadores com impacto no resultado final (habitualmente designados na literatura estrangeira por *final outcomes*), ou seja, que dizem respeito à intervenção do regulador no mercado, mas inclui também indicadores

que têm em consideração dimensões como o desenho da atividade de regulação (indicadores de *input*), o processo de ligação do quadro legislativo à produção de resultados (indicadores de *process*), as atividades realizadas (indicadores de *output*) e os resultados intermédios, relativos ao modo como reguladores, cidadãos e empresas percecionam a regulação (indicadores de *intermediary outcomes*). Conjugando a abordagem de Claudio Radaelli e Oliver Fritsch com outras abordagens de organizações como o Banco Mundial e o National Audit Office do Reino Unido, chegamos a uma extensa lista de indicadores de *input*, *output* e *final outcomes*, que pode ser consultada em apêndice.

### **O que nos revela a documentação quanto aos indicadores de desempenho?**

Com base na documentação que foi tornada pública pelas três entidades escolhidas — designadamente os planos plurianuais, os planos anuais, os relatórios de atividade ou regulação e os pareceres de órgãos de fiscalização e consultivos, produzidos pela ANACOM e a ERSE no período entre 1997 e 2017, e pela Autoridade da Concorrência no período entre 2003 e 2017 — procuramos responder às questões que se seguem. 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 entidade reguladora em cada tipo de documento? Como podem ser agrupados 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?

Nas três entidades cuja documentação analisámos, percebemos que são apresentados indicadores de desempenho em praticamente todos os tipos de documentação, com especial intensidade nos planos plurianuais e anuais. A análise revelou que se observa, ao longo do tempo, uma tendência comum de redução do peso dos indicadores de *input*, que é mais acentuada na ANACOM. Quanto aos indicadores de *output*, ao passo que registam uma tendência de subida na ANACOM e na ERSE, verifica-se o contrário na Autoridade da Concorrência. Já os indicadores de *final outcomes* revelam uma tendência de aumento ao longo do tempo nas três entidades estudadas, sobretudo na Autoridade da Concorrência.

Quando olhamos para o número total de indicadores de desempenho que constam da documentação produzida em cada ano, o destaque vai para a ANACOM, onde ao longo do tempo tem aumentado a diversidade de indicadores de desempenho desenvolvidos e reportados. Este crescimento é especialmente evidente nos períodos entre 2001 e 2009, e entre 2013 e 2015, parecendo ser explicado pelos mandatos dos presidentes dos conselhos de administração, e não tanto por uma eventual contribuição da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Todavia, é difícil isolar o efeito da aprovação da lei-quadro do efeito de mudança de mandato do presidente da ANACOM, em junho de 2012.

No caso da ERSE, é visível um aumento, ao longo do tempo, do número de indicadores de desempenho reportados na

documentação. Este aumento é particularmente notório entre 2014 e 2015, quanto a indicadores de *output* e de *final outcomes*. Ora, visto que durante esse período não se registou qualquer alteração de mandato na presidência desta entidade, é plausível que a entrada em vigor da lei-quadro tenha levado a um aumento do número de indicadores desenvolvidos e reportados.

Finalmente, na Autoridade da Concorrência é visível uma tendência de crescimento no número de indicadores divulgados ao longo do tempo, mas a um ritmo irregular. De facto, com exceção do primeiro mandato do presidente do conselho de administração, em que registámos um aumento do número de indicadores divulgados, os restantes mandatos caracterizam-se por fases em que há crescimento, e outras em que este não se verifica, tornando difícil isolar o efeito específico da entrada em vigor da lei-quadro.

---

## Ideias-chave

- »» As entidades reguladoras analisadas tornam públicos vários documentos relativos à sua atividade e utilizam indicadores de diversa natureza para avaliarem o seu desempenho, que reportam sobretudo nos planos anuais e plurianuais.
  - »» Ao longo do tempo há uma tendência geral de aumento do número de indicadores utilizados, verificando-se uma redução do peso dos indicadores de *input*, relacionados com o desenho da atividade regulatória, e um aumento do peso dos indicadores de *final outcomes*, associados à intervenção do regulador no mercado, o que é positivo.
  - »» A ANACOM destaca-se das restantes entidades pela diversidade de indicadores de desempenho que desenvolve e reporta.
  - »» Não é possível apurar com segurança até que ponto a evolução do conjunto de indicadores utilizado por cada entidade reguladora se deve exclusivamente à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras ou a outros fatores, como os diferentes mandatos dos respetivos conselhos de administração.
-



## 4. A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Tal como sucedeu com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, também o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi criado na sequência do Memorando de Entendimento assinado com a Troica. O memorando deu uma atenção especial ao funcionamento da justiça, estabelecendo 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 realça que o conjunto de medidas relativas à melhoria do sistema judicial se direcionava à promoção da sustentabilidade do crescimento da economia portuguesa.

A partir do conjunto de normas relativas à criação, instituição e instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, podemos identificar os seguintes objetivos subjacentes à criação deste tribunal: 1) uma justiça com menos pendências e mais célere nos Tribunais do Comércio, noutros tribunais cujas competências foram transferidas para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, e nos recursos das decisões dos reguladores que estão sujeitos à competência do novo tribunal (em especial, tendo em conta a dimensão e a complexidade dos processos); 2) uma justiça mais eficiente e com menores custos; 3) uma

justiça melhor, isto é, mais especializada, mais uniforme, com decisões judiciais de melhor qualidade, e que acautele as entidades reguladoras, no sentido de conduzir a uma melhoria da situação dos reguladores no que respeita às suas relações com o poder judicial; 4) e, finalmente, uma justiça mais próxima dos cidadãos, que fomente um maior diálogo com reguladores e a sociedade em geral, num ambiente não contencioso, e que mitigue o distanciamento geográfico, que pode ser um obstáculo no acesso à justiça, sobretudo para indivíduos e microempresas. É à luz destes objetivos que avaliamos o sucesso da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Para este efeito, pretendíamos inicialmente reunir e tratar dados detalhados relativamente a todos os processos judiciais que envolveram a ANACOM, a Autoridade da Concorrência e a ERSE, bem como diversa informação sobre a atividade processual e os respetivos decisores judiciais. Contudo, a opacidade da justiça, apesar da transparência das grandes estatísticas disponibilizadas pelo Ministério da Justiça, continua a ser um obstáculo difícil de ultrapassar. Na verdade, não existem bases de dados, disponíveis para consulta, com as sentenças dos tribunais de primeira instância, incluindo o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão; a distribuição dos processos contraordenacionais não é pública; e os reguladores não disponibilizam nos seus sítios de internet as sentenças e os acórdãos relativos aos recursos das suas decisões (embora aqui a Autoridade da Concorrência seja uma exceção). Sendo assim, não obstante a abertura e a colaboração da ERSE e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nem

sempre nos foi possível obter os dados necessários para todas as análises que pretendíamos realizar.

De todo o modo, foi-nos possível chegar a diversas conclusões relativamente ao grau de sucesso na criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que, aliás, é um tribunal cuja razão de ser, quanto à especialização, não é fácil de identificar. A saber: 1) desde logo, não é um tribunal especializado em certas áreas do direito ou leis especialmente complexas, já que as mesmas leis são aplicáveis por outros tribunais, inclusivamente em litígios entre privados, e que a maioria das leis que o tribunal aplica não é especialmente complexa; 2) não é um tribunal especializado em litígios entre regulados e entidades reguladoras independentes, pois, por exemplo, um grande número de litígios que envolvem os reguladores independentes continua a ser decidido por outros tribunais; 3) por último, não é um tribunal especializado em direito das contraordenações, já que, por exemplo, também decide alguns processos administrativos da Autoridade da Concorrência.

### **A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão permitiu alcançar uma justiça com menos pendências e mais célere?**

No que toca à rapidez da justiça, concluímos que o único impacto positivo da criação do tribunal ocorreu ao nível dos recursos das decisões dos reguladores que caíram no âmbito da jurisdição deste tribunal, pois não há dúvida de que os reguladores e os regulados passaram a ter acesso

a uma justiça mais célere. No entanto, este efeito não se estendeu a todos os outros tribunais, cuja carga processual quase não foi afetada, ou não o foi de todo. Acresce que muitas decisões das entidades reguladoras continuam a ser controladas por tribunais não especializados (em especial, por tribunais administrativos). Nesta ótica, a reforma judicial ficou incompleta. Não há motivo para que, por exemplo, uma contraordenação da ERSE ou da ANACOM por violação de obrigações legais tenha acesso a um recurso rápido perante um tribunal especializado mas, pelo contrário, um recurso contra uma decisão destes reguladores da qual, por exemplo, dependam os preços que todos os consumidores nacionais pagarão por determinado serviço seja decidido por tribunais não especializados, que chegam a demorar mais de uma década para proferir uma sentença.

Além disso, também ficou incompleta a reforma quanto aos recursos das decisões do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Não há um motivo atendível para que os recursos de decisões da Autoridade da Concorrência só tenham uma instância de recurso, mas que continue a ser possível recorrer das decisões contraordenacionais dos outros reguladores independentes para o Supremo Tribunal de Justiça. Na nossa opinião, deveria ser seguida para as restantes entidades reguladoras a opção tomada para a Autoridade da Concorrência, contribuindo assim para reduzir a duração dos recursos de decisões dos reguladores independentes.

## **A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão permitiu alcançar uma justiça mais eficiente?**

É muito complicado aferir a eficiência dos tribunais, porque os grandes números das estatísticas não revelam necessariamente as diferenças de graus de eficiência na gestão de processos especialmente complexos. Os dados recolhidos, que são limitados, sugerem que a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão melhorou a taxa de eficácia, entendida como o número de processos findos dividido pela soma do número de processos entrados e do número de processos pendentes. Mas não se pode concluir que se está perante uma justiça mais eficiente quando a eficiência é medida em função dos resultados obtidos com um determinado nível de recursos humanos. De facto, neste âmbito, não se pode excluir a possibilidade de o tribunal especializado ter diminuído a eficiência da justiça.

Uma questão diferente é saber se a maior eficiência deveria ser, de todo, um objetivo de uma reforma judicial deste tipo, ou se a reforma em causa estava necessariamente condenada ao fracasso. Uma aposta na qualidade e na 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.

## **A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão permitiu alcançar uma justiça melhor?**

Quando falamos de uma justiça «melhor», pretendemos, como vimos acima, aludir a uma justiça que apresente decisões judiciais melhores, que tenha tribunais e juízes mais especializados, que seja mais uniforme, e que contribua para a melhoria das relações entre reguladores e tribunais, não evidenciando seguidismo, aqui entendido quer como a tendência para confirmar as decisões dos reguladores, quer como a tendência para inverter as pronúncias do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em sede de recurso.

A verdade é que a criação do tribunal em causa não levou a um aumento muito significativo da especialização, sobretudo quando consideramos a especialização dos juízes. As regras dos movimentos judiciais (que dizem respeito à colocação, transferência, promoção e exoneração de juízes) e da seleção dos juízes para o tribunal levaram a que nenhum dos magistrados que já exerceu funções neste tribunal tivesse formação ou experiência significativa na área da concorrência e regulação antes de iniciar funções, e a formação em funções, obtida ao fim de dois ou três anos, conflituava com a elevada rotação dos magistrados. Ora, fará algum sentido termos um tribunal especializado com juízes generalistas, e deste tribunal recorrer-se para juízes generalistas (pelo menos de início) e sem assessores formados na área? Para se obter uma justiça verdadeiramente especializada, seria necessário recrutar os juízes, pelo menos uma parte deles, de entre especialistas

em direito da concorrência e regulação e seria fundamental conseguir uma maior estabilidade do quadro de magistrados, sem prejuízo de outras soluções ainda mais profundas, ligadas a uma reforma do sistema. Quanto ao recurso para o Tribunal Supremo, parecem existir duas alternativas possíveis: ou excluir o Supremo Tribunal de Justiça destas decisões judiciais, que passariam a ter apenas uma instância de recurso — como já sucede nos recursos da Autoridade da Concorrência; ou então criar um regime de assessoria por peritos, cuja opinião seria pública e notificada às partes do processo.

### **A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão permitiu alcançar uma justiça mais próxima dos cidadãos?**

Quanto a esta questão, devemos olhar a proximidade da justiça de uma perspetiva geográfica, ligada ao acesso à justiça, e também cognitiva. No primeiro caso, a opção pela criação de uma jurisdição centralizada nacional parece ter contribuído para uma justiça mais distante dos cidadãos. De facto, as entidades reguladoras aplicam contraordenações não só a grandes empresas, mas também a indivíduos e a micro e pequenas empresas que agora, em regra, passam a ter de litigar em Santarém, quando anteriormente poderiam fazê-lo perto do seu local de residência ou sede. A título de exemplo, o destinatário de uma contraordenação aplicada por uma entidade reguladora independente que resida na Ilha Terceira ou em Vila Real tem de se dirigir a Santarém para defender os seus direitos. Aliás, mesmo para médias ou grandes empresas é duvidosa a proporcionalidade desta

medida, já que muitos dos custos associados às deslocações necessárias à defesa não poderão ser recuperados mesmo em caso de sucesso.

Já relativamente à proximidade cognitiva, ou seja, à construção e partilha de conhecimento especializado, notámos que alguns magistrados judiciais do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão têm frequentado e participado em conferências e eventos na área da concorrência e regulação, os quais agregam diversos profissionais, como advogados, economistas e académicos. Têm também publicado frequentemente artigos em revistas científicas. Esta postura dos magistrados contribui para aumentar a proximidade entre profissionais de diversas áreas, mas parece ser uma melhoria fortuita e decorrente de idiosincrasias, associada à personalidade e vontade dos magistrados judiciais nomeados para o tribunal em causa, que não compensa os efeitos da distância geográfica acima referidos.

---

## **Ideias-chave**

- »» O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi criado, em 2011, por impulso da Troica, tendo em vista o aumento da rapidez, eficiência, qualidade e proximidade da justiça.
- »» O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão contribuiu para o aumento da celeridade nos recursos das decisões das entidades reguladoras, que passaram a cair no âmbito deste tribunal. No entanto, tal não se refletiu num aumento da celeridade dos tribunais aos quais esses processos foram retirados. A existência de uma única instância de recurso poderia contribuir para uma maior rapidez.
- »» Os dados recolhidos indicam um aumento da taxa de eficácia da justiça (que é medida dividindo o número de processos findos pela soma do número de processos entrados e do número de processos pendentes). Todavia, eficácia não é o mesmo que eficiência (que é calculada em função dos resultados que se obtêm com um determinado nível de recursos, tais como os recursos humanos). Na verdade, os dados disponíveis (que não têm em conta, nomeadamente, a extrema complexidade de alguns casos) não permitem concluir que houve um aumento da eficiência da justiça.
- »» Não se verificou um aumento significativo da especialização dos juizes do novo tribunal. A alteração

de algumas regras vigentes no que respeita a fatores como o movimento judicial e a seleção de juízes, a assessoria por peritos e o recurso das decisões poderia contribuir para a melhoria da qualidade da justiça.

- »» A criação de um tribunal centralizado nacional contribuiu para uma justiça mais distante dos cidadãos, que anteriormente litigavam perto da sua morada, implicando um acréscimo dos custos globais de acesso à justiça.
-

## Conclusão

Neste resumo procuramos responder à seguinte questão: 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?

A resposta a que chegamos é a seguinte: 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 àquela lei-quadro e ao novo tribunal especializado.

Em primeiro lugar, o que resulta do estudo da independência *de direito e de facto* das entidades reguladoras estudadas é — usando um termo da meteorologia — «um céu cinzento, com abertas». A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras veio estabelecer regras que contribuem para uma maior independência da regulação, sobretudo as que dizem respeito: a requisitos de idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência e formação dos membros da administração das entidades reguladoras; ao regime de incompatibilidades e impedimentos; à imposição de transparência e de obrigações de prestação de informação; e ao aperfeiçoamento dos poderes das entidades. Todavia, mantêm-se diversas restrições à independência, relacionadas com a governação das entidades reguladoras e com o seu

regime financeiro e organizacional, nomeadamente o modo de designação dos membros dos conselhos reguladores, a necessidade de autorização ministerial prévia para diversas matérias, a possibilidade de intervenção do Governo na definição do estatuto remuneratório dos administradores e a sujeição a cativações. Já no que se refere aos indicadores que sinalizam a capacidade de as entidades reguladoras analisadas atuarem de forma independente, concluímos que é mais visível o potencial de perturbação da independência face ao poder político do que face às empresas reguladas.

No que diz respeito ao modo como as entidades reguladoras analisam o seu próprio desempenho, constatamos que tem havido, ao longo do período analisado (2003–2017), um crescimento no número e na diversidade de indicadores usados. Todavia, concluímos que é difícil isolar o efeito específico da entrada em vigor da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. De facto, se na ERSE é plausível que esta lei tenha contribuído para aumentar o número de indicadores de desempenho reportados, já que não houve alteração de mandato da presidência do conselho de administração, na ANACOM o aumento do 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 Autoridade da Concorrência o padrão de evolução dos indicadores é mais volátil, tornando particularmente difícil perceber os motivos das variações.

Finalmente, quanto à criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o cenário global não é

especialmente positivo. Verificamos que houve impactos positivos no âmbito dos recursos das decisões dos reguladores cuja jurisdição passou a ser deste tribunal, mas estas melhorias são atenuadas pelo facto de uma percentagem significativa do contencioso dos reguladores continuar a não ser da competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Se este tribunal levou a uma justiça mais célere para os processos sobre os quais decide, não se pode dizer o mesmo a propósito dos outros tribunais cujas competências foram para ele transferidas. Também não podemos afirmar com segurança que se tenha verificado uma melhoria da qualidade da justiça, embora notemos a ausência de «seguidismo» dos reguladores, o que só pode ser visto como positivo.

Na verdade, não se verificou um aumento significativo do grau de especialização da justiça, sobretudo na dimensão respeitante à especialização dos juízes, dados os critérios dos movimentos judiciais e a elevada rotação dos magistrados. Quanto à proximidade da justiça aos cidadãos, não nos parece que tenha sido fomentada com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e a sua localização (exclusiva) em Santarém. Ainda assim, é de salientar como um aspeto muito positivo o desenvolvimento de uma relação de maior proximidade entre juízes do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e advogados, economistas, académicos e outros especialistas, o que contribui para a construção de uma comunidade profissional detentora de conhecimento em matérias de concorrência, regulação e supervisão.



# Apêndice

Indicadores	Tipos de indicadores
Indicadores de <i>input</i>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Orçamento: orçamento para política regulatória e supervisão por parte da entidade reguladora; valor do orçamento; resultado líquido; investimento em equipamento; viaturas</li><li>• Funcionários: número de funcionários utilizados na supervisão da política regulatória na entidade reguladora; número de novos trabalhadores</li><li>• Formação: número de funcionários da entidade reguladora que participam em formação em política regulatória e de supervisão; número de horas de formação</li><li>• Alterações nos processos burocráticos; planos para reduzir a <i>red tape</i> (ou seja, o excesso de procedimentos administrativos); criação de novos regulamentos e revisão de regulamentos existentes</li></ul>
Indicadores de <i>output</i>	<ul style="list-style-type: none"><li>• N.º de licenças/registos/autorizações atribuídos</li><li>• N.º de consultas públicas</li><li>• N.º de inspeções</li><li>• N.º de processos judiciais e de execução fiscal</li><li>• N.º de presenças em congressos, reuniões e seminários; conferências (presenças e organização)</li><li>• N.º de atos normativos, leis/regulamentos/decretos/diretivas publicados</li><li>• N.º de pareceres emitidos</li><li>• N.º de processos concluídos</li><li>• N.º de auditorias realizadas</li><li>• N.º de ações de fiscalização</li><li>• N.º de campanhas informativas e de brochuras informativas</li><li>• N.º de novos processos judiciais</li><li>• N.º de decisões judiciais</li><li>• N.º de leis/decretos/diretivas publicados</li><li>• Planos futuros</li></ul>

(cont.)

Indicadores	Tipos de indicadores
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Avaliação de impacto regulatório (RIA): âmbito, alcance, qualidade, percepção</li> <li>• N.º de estudos realizados internamente e realizados por consultores externos</li> </ul>
Indicadores de final <i>outcomes</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• N.º de solicitações</li> <li>• N.º de reclamações</li> <li>• N.º de denúncias processadas</li> <li>• N.º de pedidos de informação</li> <li>• N.º de recursos contenciosos tratados</li> <li>• N.º de objetos expedidos</li> <li>• N.º de novos assinantes</li> <li>• Realização orçamental</li> <li>• Impactos no serviço (quantidade e qualidade)</li> <li>• N.º de coimas aplicadas</li> <li>• Montante total das coimas aplicadas</li> <li>• Investimento</li> <li>• Produtividade</li> <li>• Custos</li> <li>• Preços</li> <li>• Bem-estar</li> <li>• Indicadores de output e consumo</li> <li>• Indicadores de eficiência</li> <li>• Indicadores da qualidade do fornecimento</li> <li>• Indicadores de desempenho financeiro</li> <li>• Indicadores de capacidade, investimento e manutenção</li> <li>• Indicadores de preços</li> <li>• Indicadores de concorrência</li> <li>• Indicadores sociais</li> </ul>

## Agradecimentos

Os autores agradecem à Fundação Francisco Manuel dos Santos a iniciativa de realizar este resumo e o estudo que lhes deu origem, bem como todo o apoio que lhes foi dado, em particular durante o difícil período de confinamento devido à pandemia de COVID-19.

Um agradecimento especial é dirigido a Gonçalo Saraiva Matias, diretor de Estudos da Fundação à época em que o estudo teve início e atualmente presidente do Conselho de Administração e da Comissão Executiva, bem como a Carlos Jalali, pelos seus valiosos contributos e recomendações. Este agradecimento é também dirigido a Nuno Garoupa, que impulsionou a realização deste trabalho quando não era ainda membro do Conselho de Curadores da Fundação, cargo que atualmente ocupa. Um agradecimento especial é ainda devido a João Tiago Gaspar, coordenador da equipa de investigação e comunicação de ciência da Fundação, pelo constante acompanhamento e pela atenção e gentileza com que sempre respondeu às questões levantadas no decurso do trabalho.

Os autores agradecem igualmente aos colegas que colaboraram na recolha, no tratamento e na sistematização de dados e informação, nomeadamente Filipa Mota, José Sá Reis, Mariana Cunha, Rafael Dias e Sandra Coelho. Sem o seu trabalho minucioso e o empenho para alcançar os objetivos propostos não teria sido possível realizar este estudo.

Este agradecimento é extensível às pessoas que, na Direção-Geral da Política de Justiça e na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, em especial Filipe Santos, diretor jurídico desta entidade, colaboraram na disponibilização de dados e no esclarecimento de questões sobre o funcionamento dos tribunais. O seu apoio contribuiu de modo muito significativo para as análises efetuadas.

É também devido um agradecimento aos especialistas anónimos que, por iniciativa da Fundação nos estudos que promove, leram e partilharam comentários e sugestões às versões preliminares do estudo aqui resumido. O rigor e cuidado com que levaram a cabo o seu trabalho de revisão enriqueceu a reflexão dos autores.

Por fim, mas não menos importante, cabe uma palavra de reconhecimento a todos os que apoiaram, direta e indiretamente, a realização deste trabalho, em especial às famílias dos autores.

# Abreviaturas

**ANACOM** Autoridade Nacional de Comunicações

**CDS-PP** Centro Democrático Social-Partido Popular

**CEE** Comunidade Económica Europeia

**CMVM** Comissão de Mercado de Valores Mobiliários

**ERSE** Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

**FMI** Fundo Monetário Internacional

**OCDE** Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico

**PPD/PSD** Partido Popular Democrático/Partido Social Democrata

## Para saber mais

**Confraria, J.** (2020). *Regulação e Concorrência: Desafios do século XXI*. 3.<sup>a</sup> edição revista e atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

**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.

**Radaelli, C. e Fritsch, O.** (2012). *Measuring Regulatory Performance: Evaluating regulatory management tools and programmes*. OECD Expert Paper n.º 2. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

## Autores

**Lourenço, Ana** (Coordenação) é professora associada na Católica Porto Business School. Doutorada em Gestão pela Universidade de Cambridge, no Reino Unido.

**Castro, Raquel Brízida** é professora auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Coroado, Susana** é 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** é professor auxiliar convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Gonçalves, Ricardo** é professor associado na Católica Porto Business School. Doutorado em Economia pela Universidade de York, no Reino Unido.

**Rodrigues, Vasco** é 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** é assistente convidada na Católica Porto Business School. Doutorada em Sociologia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

**Cunha, Mariana** é professora auxiliar convidada na Católica Porto Business School. Doutorada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

**Dias, Rafael** é assistente na Católica Porto Business School. Mestre em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

**Mota, Filipa** é assistente convidada na Católica Porto Business School. Doutorada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

**Reis, José Sá** é 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).

## Resumos da Fundação

- 1. Igualdade de Género ao Longo da Vida**  
Coordenação: Anália Torres
- 2. Encerramento de Multinacionais**  
Coordenação: Pedro de Faria
- 3. Dinâmica Empresarial e Desigualdade**  
Coordenação: Rui Baptista
- 4. Diversificação e Crescimento da Economia Portuguesa**  
Coordenação: Leonor Sopas
- 5. Qualidade da Governação Local em Portugal**  
Coordenação: António Tavares e Luís de Sousa
- 6. Identidades Religiosas na Área Metropolitana de Lisboa**  
Coordenação: Alfredo Teixeira
- 7. As Mulheres em Portugal, Hoje**  
Coordenação: Laura Sagnier e Alex Morell
- 8. Sustentabilidade do Sistema de Pensões Português**  
Coordenação: Amílcar Moreira
- 9. Cultura Política e Democracia**  
Coordenação: Tiago Fernandes
- 10. Dívida Indexada ao PIB na Economia Portuguesa**  
Coordenação: Gonçalo Pina
- 11. As Empresas Portuguesas no Comércio Internacional**  
Coordenação: João Amador
- 12. Faces da Pobreza em Portugal**  
Coordenação: Fernando Diogo
- 13. Crise e Crédito: Lições da Recessão de 2008-2013**  
Coordenação: Carlos Carreira
- 14. Sistemas de Transportes em Portugal: Análise de Eficiência e Impacto Regional**  
Coordenação: Carlos Oliveira Cruz
- 15. O Mercado Imobiliário em Portugal**  
Coordenação: Paulo M. M. Rodrigues
- 16. Impactos da Pandemia de COVID-19 em Portugal**  
Coordenação: Carlos Jalali
- 17. Apoio a Empresas em Tempos de Crise e Recuperação**  
Coordenação: Clara Raposo
- 18. Os Grupos de Interesse em Portugal**  
Coordenação: Marco Lisi
- 19. Financiamento do Empreendedorismo em Portugal**  
Coordenação: Miguel Ferreira
- 20. O Estado Regulador em Portugal**  
Coordenação: Ana Lourenço

**Como tem evoluído o Estado  
Regulador, em Portugal?**

**As reformas de 2011 e 2013  
foram positivas?**

**As entidades reguladoras  
dão sinais de independência?**

**A Justiça melhorou com  
a criação do Tribunal da  
Concorrência, Regulação  
e Supervisão?**



9 789899 118133

ISBN 978-989-9118-13-3