

AS SEMELHANÇAS E AS DIFERENÇAS: REGULAÇÃO, CONCORRÊNCIA E *ALL THAT JAZZ*

VICTOR CALVETE

Quando se elege um critério para segmentar um qualquer universo plural (v. g.: sexo, altura, peso, grau de instrução, rendimento...), as restantes diferenças — que poderiam fundar segregações alternativas se tivessem sido adoptadas como critério — são obnubiladas. A inexistência de um critério claro (v. g., porque os conjuntos obtidos a partir de dois diferentes critérios — peso e massa corporal, por exemplo — são, na amostra de partida, coincidentes), ou a utilização de critérios diferentes como se fossem iguais (*idem*) gera naturalmente zonas de inconsistência onde os resultados da aplicação dos critérios pressupostos diverja (como sempre há-de divergir, desde que os critérios sejam, de facto, diferentes).

A área da regulação económica, ocasionalmente tratada em conjunto com a regulação não-económica, tem contornos indefinidos e entendimentos contraditórios, em grande medida em resultado do sincretismo de critérios de definição diversos.

Numa altura em que o próprio poder judicial — paradoxalmente acusado de insuficiente legitimidade democrática — é alvo de formatação no pensamento único por entidades sob o seu controlo (leia-se: “acções de formação” a cargo de “reguladores” que, por vezes, concentram poderes normativos, executivos e adjudicativos — sem que, ainda assim, suscitem reservas de legitimidade), um artigo sobre o que as generalidades comumente aceites deixam debaixo da linha de água pode ser um grão de areia na engrenagem (passe a metafórica contradição, especialmente adequada ao caso).

I — O ESTADO DA (P)ARTE

Com o domínio de algumas noções elementares, qualquer pessoa se poderia intitular especialista em matéria de concorrência e regulação. Lendo a imprensa até se poderia pensar que é isso que acontece. Em contrapartida, quais sejam essas noções elementares não parece inteiramente claro. Em tese geral, *i*) qualquer entidade independente ou instituto público é visto como um regulador; *ii*) os reguladores, por grosso, são, por um lado, tidos como verdadeiramente independentes — e, por outro, como integrando a estrutura unitária do Estado; *iii*) a regulação económica inclui a “regulação da concorrência” e serve de paradigma fundador de toda a regulação, mesmo social, ou meramente técnica, já que a intervenção do “*Estado regulador*” — incluindo ou anexando o “*Estado garante da concorrência*” — é dita assentar na existência de “falhas de mercado”; e, *iv*) apesar das queixas acumuladas com os desa-

gradáveis resultados sociais do funcionamento de sectores “regulados” (banca, seguros, transportes), não pára a tendência para mais “regulação” — em novas áreas já cobertas por entidades administrativas mais ou menos independentes, ou mesmo em outros sectores (o da educação parece ser o próximo, depois de ter sido criada uma entidade reguladora para a saúde¹).

Embora fosse tentador, não se vão beliscar todos os mitos enunciados: há uma certa graduação nas certezas, e um mínimo grau de efabulação é co-natural a vários ramos do Direito². O que segue, destinado a um público especializado na ciência jurídica (sendo uma prudência, o Direito é também uma ciência) mas presumivelmente pouco versado nestas específicas matérias, é apenas um contributo preliminar para tentar prevenir que a crescente unanimidade a propósito de ideias feitas se sedimente sem contraditório³

¹ Entidade Reguladora da Saúde (criada pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, e reestruturada pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio). Antes já havia um regulador na área: o INFARMED, I.P., cuja Lei Orgânica foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 269/2007, de 26 de Julho.

O artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 2 de Julho, criou (pelo menos o embrião de) outro: o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (tem competências normativas e adjudicativas, mas não sancionatórias — em parte, decerto, porque a actividade sujeita à sua supervisão, quando desconforme com essa lei, é punida como crime — artigos 34.º a 43.º; em parte, talvez, por ser um órgão “eventual”: sendo composto por 9 membros em *part time*, depende do apoio técnico e administrativo da Assembleia da República. Assim, mesmo nos casos em que os desvios à referida lei são punidos como contra-ordenação — artigo 44.º — não lhe foram atribuídas competências sancionatórias).

Naturalmente, a evolução do sector da saúde — transitando em larga medida da lógica de serviço público para a lógica de mercado — constituiu o pretexto e justificação para a criação (e reestruturação) da ERS. No preâmbulo do referido Decreto-Lei n.º 309/2003 justificava-se a sua criação com duas consequências das reformas em curso: “*parte das entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS, sejam públicas, sociais ou privadas, por delegação ou concessão de serviço público, deixam de estar sujeitas ao comando administrativo do Estado, como até agora sucedia.*”; e “*uma vez que a generalidade dos estabelecimentos do SNS vão estar sujeitos a uma lógica empresarial, e a depender portanto da quantidade e qualidade dos serviços que consigam produzir e prestar, tal gera, potencialmente, factores de competição indesejáveis que só podem ser prevenidos e corrigidos por intervenção de uma autoridade externa.*”

Na medida em que a educação se inscreva no mesmo trajecto evolutivo (em curso no ensino superior), o aparecimento de uma entidade reguladora (mais ou menos independente) constituirá a forma de reproduzir a tendência (dita “neo-liberal”) de passagem do “*Estado de serviço público*” para o “*Estado regulador*” — cfr. v. g., GONÇALVES/MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in MOREIRA, Vital (Org.), *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, *maxime* pp. 180-183.

² Para uma crítica da sabedoria convencional a propósito de um, aliás estreitamente conectado com a matéria da regulação, v. SANCHES, Saldanha, *Direito Económico — Um projecto de reconstrução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

³ Embora, no que mais nos importa na ocasião (a separação entre a AdC e os “reguladores”), o contraditório esteja já feito com o estudo “A Regulação Sectorial da Economia — Introdução e Perspectiva Geral”, de FERREIRA/MORAIS, que abre a obra colectiva *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009 — e também, embora de forma não consistente (demonstram as nítidas diferenças entre a lógica da actuação da AdC e a dos reguladores, mas tratam uma e outra como “regulação”), com a obra colectiva de MARQUES/ALMEIDA/FORTE, *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Um tratamento especializado das tendências da regulação económica num domínio especí-

— e um contributo que pode ser seguido sem recurso ao lastro de fundamentação que vai em nota (hábito que — literalmente — faz o monge). Mas é também um investimento — para empregar aqui um termo que a (falha de) regulação financeira consagrou —, “*de retorno absoluto*”⁴: se o adjectivo “*privados*” se volveu em substantivo comum, não serão “*os públicos*”, mesmo que magistrados, que vão servir de dique a uma tão avassaladora corrente de dedos espetados⁵.

II — A (IN)DISTINÇÃO DOS REGULADORES

Sendo — indevidamente — tributárias da sinonímia entre “entidades reguladoras” e “entidades administrativas independentes”, as fronteiras da categoria dos “reguladores” padecem da indeterminação daquela. Ainda que, na acepção comum, todos os (*putativos candidatos a*) “reguladores” sejam pardos (*ie*: pareçam pertencer a uma mesma estirpe⁶), há profundas diferenças entre eles — de estatuto e regime, naturalmente, mas sobretudo de natureza⁷. Em primeiro lugar podemos identificar *entidades administrativas independentes*, que visam assegurar o livre exercício de direitos políticos⁸ (o caso

fico também pode encontrar-se agora na tese de doutoramento de CATARINO, L. Guilherme, *A Hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais — Da Justiça Administrativa às Autoridades Administrativas Independentes*, 2009. Aí se escreve, certamente, sobre o *pavlovianismo* da difusão regulatória e de como “*a falta de uma cultura regulatória geral nacional ou de comunidades epistémicas leva ao mimetismo “transnacional” ou cross-nationality das respostas a um determinado estímulo, embora raramente esta interacção ou “olhar para o outro” se manifeste entre reguladores internos ou nacionais (cross-domain)*” (p. 10).

⁴ Ou seja, na prática, irrecuperável em tempos menos propícios.

⁵ O que corresponde, claro, a outra metáfora tresmalhada: a do dedo no dique.

⁶ A Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro (Lei Quadro dos Institutos Públicos), confere uniformidade organizativa a uma parte das entidades ditas “reguladoras” — as que se integram na administração indirecta do Estado, sujeitas a superintendência e tutela ministerial.

Embora tenha sido apresentado em 2002 um projecto de diploma uniformizador das entidades reguladoras independentes (v. MOREIRA/MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes — Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003), tal projecto nunca chegou a ser aprovado em Portugal — ao contrário do que aconteceu em Cabo Verde, onde foi transformado na Lei n.º 20/VI/2003, de 21 de Abril (Lei-quadro das agências reguladoras independentes).

⁷ SILVA, N. Calvão da, *Mercado e Estado — Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 145, distingue “*dois tipos de autoridades administrativas independentes (AAI): as AAI vocacionadas, directa e imediatamente para a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos; e as ARI [autoridades reguladoras independentes], dirigidas primacialmente à regulação dos mercados*”.

Nas primeiras refere apenas a ERC (que também desempenha funções das segundas), a CADA (admitindo que as suas competências — essencialmente de emissão de pareceres — a desqualifiquem como “*autoridade administrativa*”), e a CNPD (a CNE e o Provedor de Justiça são mencionados em nota [385, p. 147], a propósito da qualificação deste último como “*órgão auxiliar da Assembleia da República*”, que não deve “*ser incluído na categoria das autoridades administrativas independentes*”).

⁸ A pertinente oposição de FERREIRA/MORAIS (nota 3), pp. 29-31, a este conceito (“*mau grado a aparente aceitação geral que parece recolher na nossa doutrina administrativista*”) deve

da Entidade Reguladora para a Comunicação Social⁹ e da Comissão Nacional de Eleições¹⁰), ou que têm por principal missão a defesa de direitos, liberdades e garantias (o caso da Comissão Nacional de Protecção de Dados¹¹, e da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos^{12 13}); em segundo

ser entendida, supomos, no quadro estrito das suas reflexões: a *regulação da economia*. A partir desse enfoque mais limitado, o *trade off* que propõem (no binómio “administrativa”/“reguladora”, por uma banda, e na dicotomia “independência”/“autonomia”, de outra) não surge como inadequado. Já, até face aos dados legais, quando se sai do campo da regulação económica (cfr. as notas 9 a 12 — e embora se entenda que as classificações legais não vinculam a doutrina), parece ser preferível manter essa designação (para as entidades de defesa de direitos referidas em texto).

Também, sem assim separar as águas, MORAIS, Carlos Blanco de, “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, ROA, Ano 61, Janeiro de 2001, p. 103, define as “autoridades administrativas independentes” como “*toda a instância de natureza pública criada pela Constituição ou pela lei tendo em vista o exercício predominante da função administrativa, sem que, para esse efeito, o mesmo centro de poder ou os seus membros se encontrem sujeitos a vínculos de subordinação a qualquer órgão jurídico-público, ou a interesses organizados que respeitem ao domínio sobre o qual incide a actividade*”. Em contrapartida, nota que a fórmula “*prevista na Constituição não restringe ou circunscreve o seu âmbito aplicativo, aos órgãos independentes que integram a administração activa*”.

Por conseguinte, não existem fundamentos para excluir deste sector da administração todos os órgãos independentes, que exercendo a função administrativa*, se restrinjam a tarefas de consulta, de vigilância ou de fiscalização” (*Nota suprimida). Se assim for, há um argumento adicional para distinguir tais entidades dos “reguladores”.

Para uma panorâmica de outros entendimentos nacionais sobre essa figura, v. CARDOSO, José Lucas, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 19-25.

⁹ Prevista no texto constitucional (artigo 39.º) e criada pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, que igualmente lhe aprovou os Estatutos. No n.º 2 do artigo 1.º daquela lei (e no n.º 1 do artigo 1.º desses Estatutos) é definida como “*uma pessoa colectiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente*”. Nos seus Estatutos (artigo 3.º) define-se-lhe o regime supletivo (o aplicável aos institutos públicos) e estabelecem-se-lhe as competências normativas (alínea c) do n.º 2 do artigo 24.º Cfr., também, artigos 62.º, 63.º e 65.º).

¹⁰ A CNE foi criada pela Lei n.º 71/78, de 27 de Dezembro (sucessivamente alterada, a última das quais pela Lei n.º 4/2000, de 12 de Abril), como “*um órgão independente*” que “*funciona junto da Assembleia da República*”. Não tem competências normativas e, portanto, carece do primeiro requisito para poder ser considerada um “regulador”.

¹¹ Lei n.º 43/2004, de 18 de Agosto, por força do disposto no artigo 26.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Os seus sete membros são designados nos termos previstos no artigo 25.º desta última lei, que a caracteriza (artigo 21.º) como “*uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República*”. É duvidoso que a competência de “*Fixar o tempo da conservação dos dados pessoais em função da finalidade, podendo emitir directivas para determinados sectores de actividade*”; (alínea f) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma) configure uma verdadeira competência normativa, mas a CNPD não tem outra.

¹² A Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos foi criada pelo n.º 1 do artigo 18.º da Lei do Acesso aos Documentos Administrativos (Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho, e pela Lei n.º 19/2006, de 12 de Julho), sendo definida no n.º 2 desse mesmo artigo como “*uma entidade pública independente, que funciona junto da Assembleia da República e dispõe de serviços próprios de apoio técnico e administrativo*”. O seu Regulamento Orgânico foi aprovado em anexo à Lei n.º 8/95, de 29 de Março.

Se tivesse passado das páginas do *Diário da República*, a Comissão de Fiscalização criada pelo artigo 13.º da Lei n.º 6/94, de 7 de Abril (Lei do Segredo de Estado), teria a mesma exacta configuração (cfr. o n.º 2 desse artigo 13.º).

O sem sentido da correspondência biunívoca entre entidades administrativas independentes e “reguladores” (como derivação, ou não, das funções de “regulação”), a que se aludiu na

lugar, aparecem “*órgãos constitucionais autónomos separados*” com funções de gestão e disciplina puramente “interna” (*i.e.*, limitada a um corpo especial) — como é o caso do Conselho Superior da Magistratura¹⁴, do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais¹⁵ e do Conselho Superior do Ministério Público¹⁶; em terceiro lugar, podemos identificar entidades, com dife-

nota 8, que se mencionou a propósito da CNE (nota 10), e que se poderia suscitar a propósito da CNPD (nota 11), mais se evidencia no caso da CADA e da Comissão de Fiscalização referida no parágrafo anterior: em ambos os casos a questão da qualificação como entidade administrativa independente tem de ser vista como totalmente distinta da qualificação como “regulador” (ou da actividade de “regulação”), atenta a ausência de outras competências que não as de emissão de pareceres. *Cfr. infra*, nota 39.

- ¹³ Em contraste com as entidades reguladoras no domínio económico (cujos titulares são de “*génese monolítica*”), as entidades administrativas independentes de defesa de direitos, liberdades e garantias têm, entre nós, “*uma composição de natureza geneticamente mista ou plural, isto é, para a designação dos seus titulares concorrem, por regra, órgãos integrantes dos vários poderes de Estado*”. — CARDOSO, José Lucas, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 374-378. A mais disso, *em geral* incluem magistrados entre os seus membros. No mesmo sentido, SILVA, N. Calvão da (nota 6), pp. 145-146, que sublinha que a presidência de tais comissões estava “*normalmente confiada a magistrados, para assim se assegurar a imparcialidade necessária nas áreas, sensíveis, dos direitos fundamentais dos cidadãos*”. Ainda mais longe vai MORAIS, Carlos Blanco (nota 8), p. 124: “*Não faria na verdade sentido qualificar como independente um órgão cujo membros fossem nomeados na base de critérios de confiança política apenas por um outro órgão, mormente de carácter executivo, pese a existência de garantias estatutárias de não dependência jurídica em relação a este último órgão durante o exercício da sua actividade.*

É que, tal permitiria ao Governo ou à sua bancada parlamentar, mediante decisão tomada por maioria simples, criar «quangos» dissimulados e constelados de titulares partidariamente vinculados que, sob a capa da neutralidade, desdobrariam tarefas governamentais imunizadas ao controle político parlamentar ou mesmo ao controle financeiro do Tribunal de Contas, sendo a responsabilidade dos mesmos assegurada por uma invisível hierarquia partidária de carácter paralelo.”

A ERC — ao contrário da Alta Autoridade para a Comunicação Social, que a antecedeu — é, em ambas as características, um sintoma do asfíxiante domínio dos partidos: em vez de resultante de vários órgãos de soberania, é uma pura emanção da Assembleia da República (quatro dos seus membros são por ela eleitos — em lista única, que necessita de 2/3 dos votos expressos, desde que superior a metade dos deputados eleitos — e o quinto é co-optado por eles), e deixou de haver a inclusão legal de um magistrado na sua composição. Pelo mesmo “depuramento” de magistrados passou a constituição da entidade decisora em matéria de concorrência (na passagem do Conselho da Concorrência para a Autoridade da Concorrência) e passaria a (virtual) Comissão de Fiscalização do Segredo de Estado, se a alteração à Lei n.º 6/94 não tivesse sido vetada, em 5 de Julho de 2009, pelo Presidente da República — o que é evidentemente revelador de uma tendência. No caso, a dita comissão perderia também o seu estatuto de “*entidade independente*”, sendo convertida num “*órgão da Assembleia da República*”.

- ¹⁴ Previsto nos artigos 217.º, n.º 1, e 218.º da Constituição, é designado na Lei n.º 36/2007, de 14 de Agosto (*Aprova o regime de organização e funcionamento do Conselho Superior da Magistratura*), como “*serviço autónomo*” (artigo 1.º), dotado de “*autonomia administrativa e financeira*” e “*orçamento próprio*” (artigo 2.º). A expressão “*órgãos constitucionais autónomos separados*”, utilizada pelo Tribunal Constitucional espanhol para designar os chamados “*órgãos de autogoverno dos magistrados*” foi colhida em CANOTILHO, Gomes, “A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta”, *AD VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 254.

- ¹⁵ Previsto no artigo 217.º, n.º 2, da Constituição, e no Título III (artigos 74.º a 84.º) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

- ¹⁶ Previsto no n.º 2 do artigo 220.º da Constituição, e composto por “*membros eleitos pela Assembleia da República e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público*”, mas integrado na Procuradoria-Geral da República.

rentes configurações institucionais¹⁷, a que se atribuem funções de regulação — na área financeira (Banco de Portugal¹⁸, Instituto de Seguros de Portugal¹⁹ e Comissão de Mercado de Valores Mobiliários²⁰), na área dos transportes (Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres²¹, Instituto Nacional de Aviação Civil²², Instituto Português e dos Transportes Marítimos²³

¹⁷ No fundo, e considerando as entidades “permanentes” (há também Conselhos “eventuais”, que parecem só existir quando se reúnem — dir-se-ia que sem personalidade jurídica), há-as de quatro tipos: a) *peçoas colectivas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira e património próprio*; b) *peçoas colectivas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira e património próprio que têm como regime subsidiário o das entidades públicas empresariais*; c) *peçoas colectivas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira e património próprio que têm como regime subsidiário o dos institutos públicos*; e d) *institutos públicos integrados na administração indirecta do Estado, dotados de autonomia administrativa e financeira e património próprio (ou dotados só de autonomia administrativa*.

¹⁸ O artigo 1.º da sua Lei Orgânica (aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 118/2001, de 17 de Abril, 50/2004, de 10 de Março, e 39/2007, de 20 de Fevereiro), define-o como “*uma peçoas colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e património próprio*”. As suas competências normativas decorrem do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 16.º, no artigo 17.º, na alínea b) do artigo 21.º e nos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º

¹⁹ Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro. O Estatuto aprovado por esse diploma define-o como “*uma peçoas colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*.” As suas competências normativas têm assento no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3, e na alínea b) do artigo 11.º desse estatuto.

²⁰ O seu Estatuto foi aprovado Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 232/2000, de 25 de Setembro, e 183/2003, de 19 de Agosto, e alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 169/2008, de 26 de Agosto. Define a CMVM como “*uma peçoas colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*” (artigo 1.º) “*sujeita à tutela do Ministro das Finanças, nos termos do presente Estatuto e do Código de Mercado de Valores Mobiliários*” (n.º 2 do artigo 2.º). A legislação de aplicação subsidiária é a referente “*às entidades públicas empresariais*” (n.º 1 do artigo 2.º). As competências normativas da CMVM vêm referidas nas alíneas n) e o) do artigo 9.º e na alínea a) do n.º 3 do artigo 12.º desse Estatuto.

O Conselho de Supervisores Financeiros, um ente de 2.º grau que reúne os dirigentes do BdP, CMVM e ISP, e foi criado pelo Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de Setembro (com as alterações do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro), não é relevante para os efeitos aqui visados.

²¹ Decreto-Lei n.º 147/2007, de 27 de Abril. Segundo o seu Preâmbulo, o IMTT, I. P., “*congrega, na sua totalidade, as atribuições e competências da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais (DGTTF), do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF), (...) que se extinguem, e assume, em matéria de veículos e de condutores, as atribuições que têm vindo a ser exercidas pela Direcção-Geral de Viação (DGV), (...)*”.

Tem de comum com os outros institutos cujas orgânicas foram aprovadas por diplomas da mesma data (*infra*, notas 22, 24 e 28) ser “*um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio*”, e prosseguir as atribuições do Ministério onde está integrado “*sob superintendência e tutela do respectivo ministro*”. Possui competências normativas (cfr. artigos 13.º, alíneas c), d) e f) do n.º 2, e 14.º, alínea e) do n.º 1).

²² Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril. Sobre a sua natureza jurídica, cfr. a nota anterior. As suas competências normativas vêm expressamente previstas na alínea b) do n.º 4 do seu artigo 6.º e nas alíneas a) a f) do seu artigo 15.º

²³ Decreto-Lei n.º 146/2007, de 27 de Abril. Sobre a sua natureza jurídica, cfr. nota 21. Nos termos do disposto na alínea n) do n.º 3 do seu artigo 3.º, da alínea c) do n.º 4 do seu artigo 5.º e das alíneas b), c), e), g), i), j) e m) do seu artigo 16.º, dispõe de competências normativas.

e Instituto das Infra-Estruturas Rodoviárias²⁴), na área da energia (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos²⁵), das telecomunicações (Instituto Nacional das Comunicações — ANACOM²⁶), do ambiente (Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos²⁷), ou na área da construção e das obras públicas (Instituto da Construção e do Imobiliário²⁸). A meio caminho entre a protecção de direitos e a intervenção económica encontramos as entidades com funções de regulação no domínio da saúde²⁹.

²⁴ Decreto-Lei n.º 148/2007, de 27 de Abril. Sobre a sua natureza jurídica, cfr. nota 21 — com a especificidade de que o InIR, I. P., é “dotado apenas de autonomia administrativa”. Segundo o disposto na alínea b) do n.º 1 do seu artigo 16.º, incumbe-lhe “aprovar os regulamentos para os quais a lei lhe confira competência expressa”, cabendo-lhe (enigmáticamente, em função do recorte dessa sua competência), nos termos da alínea seguinte, “Emitir recomendações e directivas de carácter genérico, sempre que não se torne necessária a emissão de regulamentos”.

²⁵ Os seus novos Estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril. O n.º 1 do artigo 1.º desses Estatutos define a ERSE como “uma pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio”. No n.º 1 do seu artigo 2.º, determina-se que lhe seja aplicável, subsidiariamente, o “regime jurídico das entidades públicas empresariais, ressalvadas as regras incompatíveis com a natureza daquela”, e no n.º 2 desse normativo, que “A ERSE é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores de política energética fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e no presente diploma”. As suas competências normativas decorrem do disposto nos artigos 8.º, alínea a); 10.º, alíneas a), b) e f); 14.º, n.ºs 3 e 4; 15.º, n.º 2; 16.º, n.ºs 1 e 3; 17.º, n.º 1; 23.º; 31.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, alínea a); 43.º, n.º 2, alíneas b) e c), e n.º 3, alínea a); e 48.º, n.º 1.

²⁶ O Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, aprovou os seus novos Estatutos. O seu artigo 1.º define o ICP-ANACOM como “uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio”. No seu artigo 3.º, determina-se que lhe seja aplicável, subsidiariamente, o “regime jurídico das entidades públicas empresariais, ressalvadas as especificidades previstas nos presentes Estatutos, bem como as regras incompatíveis com a natureza não empresarial daquele”. “O ICP-ANACOM é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei, 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.” O disposto nos seus artigos 11.º e 16.º, alínea a), enquadra o exercício das suas competências normativas.

²⁷ Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro, que reestruturou o anterior Instituto Regulador de Águas e Resíduos. O artigo 1.º define-a como “um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira e património próprio”. Nos termos do n.º 1 do seu artigo 19.º, “A produção de efeitos dos regulamentos com eficácia externa da ERSAR, I. P., depende da sua homologação pelo ministro da tutela (...)”. A alínea b) do n.º 2 do seu artigo 8.º prevê a emissão desses regulamentos “em matérias tarifárias, de qualidade de serviço e dos procedimentos regulatórios, no quadro do presente decreto-lei e dos regimes jurídicos cuja execução e supervisão compete à ERSAR, I. P., (...)”. (Cfr. artigo 5.º, n.º 1).

²⁸ Decreto-Lei n.º 144/2007, de 27 de Abril. Sobre a sua natureza jurídica, cfr. *supra*, nota 21. Porque este instituto carece de competência regulamentar, pode ser considerado um “fiscalizador”, até um “supervisor” — mas não um “regulador”.

²⁹ Cfr. *supra*, nota 1. O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 127/2009 define a ERS como “uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio”, subsidiariamente regida “pelo regime jurídico dos institutos públicos”. A competência normativa é-lhe atribuída pelo artigo 39.º daquele diploma.

O INFARMED — Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P., é considerado no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 269/2007, de 26 de Julho, como “um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio” (n.º 1), que “prossegue as atribuições do Ministério da Saúde, sob

O que FERREIRA/MORAIS notam a propósito do conceito amplo de “regulação económica” (“*não apresenta uma função analítica útil*”³⁰) vale, parece-nos, para a noção paralela de “regulador”. Num primeiro momento, nada aconselha a que a *questão jurídico-institucional da natureza da entidade* se confunda com a *questão funcional da natureza da sua actividade*: nada exclui que as entidades administrativas independentes (ou as figuras que lhe são aparentadas) sejam também reguladoras, mas também *nada o impõe*. A primeira condição (*institucional*) não é suficiente para o preenchimento da segunda (*funcional*) — embora adiante se proponha que tal condição institucional seja considerada uma condição necessária para a existência de “regulação” (*tout court*), ou regulação “em sentido técnico” (distinta quer da “regulamentação”, quer da “auto-regulação”).

Que uma entidade administrativa dotada, estatutariamente, de “independência” e de poderes de controlo de um quadro legal da actividade económica não é, *ipso facto*, um “regulador” vai exemplificar-se com a Autoridade da Concorrência (AdC)³¹ — que (ainda) é normalmente incluída entre as entidades reguladoras (a expressão “regulador da concorrência” é usada como sinónimo de AdC, até no seu *site*, até pelos seus responsáveis). Porém, então — com base em razões que seriam em tudo idênticas (independência e poderes de controlo de um quadro legal da actividade económica) — devia dizer-se do Ministério Público que é um “regulador”³².

Há, de facto, uma série de razões para conferir à AdC um lugar central em matéria de regulação: a sua actuação “transversal” fá-la intervir em todos os sectores económicos, “regulados” ou não; o essencial do financiamento da AdC advém-lhe da transferência de parte das taxas cobradas pelas “*entidades reguladoras sectoriais*”³³; nalguns dos domínios regulados a presença

superintendência e tutela do respectivo ministro” (n.º 2). As suas competências normativas estão previstas nos n.ºs 6 a 9 do artigo 16.º daquele decreto-lei.

O CNPMA “*funciona no âmbito da Assembleia da República*” (artigo 32.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006), mas não lhe é atribuída personalidade jurídica. As suas competências normativas resultam das alíneas *b*) e *f*) do n.º 2 do artigo 30.º dessa lei.

³⁰ FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 21.

³¹ Os seus Estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. O artigo 2.º deste diploma (cfr. também o artigo inaugural dos Estatutos), considera-a “*uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de órgãos, serviços, pessoal e património próprios e de autonomia administrativa e financeira*”. Sobre as suas competências normativas (decorrentes da sua invenção legislativa como “reguladora”), cfr. *infra*, nota 78.

³² Como se diz, com base no mesmo equívoco, do Tribunal de Contas: NUNES, Rui, “A Regulamentação Independente na Saúde”, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 646, refere-se a “*reguladores transversais — tal como o Tribunal de Contas ou a Autoridade da Concorrência*” e a “*reguladores sectoriais, nomeadamente a Entidade Reguladora da Saúde, a Direcção-Geral da Saúde, ou a Inspeção-Geral das Actividades em Saúde*”.

³³ No artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que aprovou os Estatutos da AdC, são enumeradas, “*entre outras*”, nove entidades reguladoras sectoriais: aquelas cuja articulação com a AdC mereceu uma expressa precaução do legislador. Porém, no Decreto-Lei n.º 30/2004, de 6 de Fevereiro, considerando “*que a independência das entidades reguladoras em geral requer uma forma de financiamento autónoma e previsível e, tanto quanto possível, independente do Orçamento do Estado*”, o legislador só nomeou sete ao determinar a

do regulador é expressamente considerada como transitória, visando a criação de condições para o funcionamento “não regulado” do mercado³⁴; e a própria AdC, pelas suas competências sobrepostas às dos reguladores sectoriais, pela tributação que lhes foi imposta em seu benefício, e pela *hubris* da sua (só primeira?) direcção, se considera um *über*-regulador. Ainda assim — e a menos que tal designação não tenha conteúdo específico algum —, não parece que haja argumentos, como se verá *infra*, para a considerar um “regulador”. Numa imagem: se a defesa da concorrência e a regulação pertencem ao mesmo círculo, como se diz, é porque são nele o *Yin* e o *Yang*.

O discurso devia ser completado com um outro estudo de caso, mostrando que o conceito de “regulação” — e, conseqüentemente, de “regulador” — não tem préstimo fora do perfil institucional de entidades independentes do (ou, pelo menos, autónomas em relação ao) aparelho administrativo sob a direcção do Governo: para esses casos é que se põe instantemente o problema da sua legitimação. Por razões de tempo e de espaço, o tratamento desse reverso da questão terá, porém, de aguardar por outra oportunidade. Por ora, teremos de nos limitar a chamar a atenção para o paralelismo com a noção de “serviço público”, que convoca, a mais de um “elemento objectivo”, uma “nota subjectiva ou orgânica”³⁵.

III — A RELAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E REGULADORES

Embora “*não exist[am] qualquer acordo quanto ao significado do termo*”³⁶, KIP/VISCUSI/HARRINGTON³⁷, propõem uma noção de regulação que pode servir

transferência para a AdC de uma fracção “*das taxas cobradas no último exercício em que tenham contas fechadas, pelas seguintes entidades reguladoras sectoriais:*”

- a) *Instituto de Seguros de Portugal (ISP);*
- b) *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE);*
- c) *ICP — Autoridade Nacional de Comunicações (ICP — ANACOM);*
- d) *Instituto Regulador das Águas e Resíduos (IRAR);*
- e) *Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF);*
- f) *Instituto Nacional da Aviação Civil (INAC);*
- g) *Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário.”*

A diferença deste elenco em relação ao anterior é a omissão do Banco de Portugal e da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários. Ele há reguladores e reguladores.

³⁴ No que diz respeito à Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com alterações de 2007, 2008 e 2009), o n.º 3 do artigo 59.º dispõe do seguinte modo: “*Caso a ARN conclua que um mercado é efectivamente concorrencial deve abster-se de impor qualquer obrigação regulamentar específica e, se estas existirem, deve suprimi-las, informando antecipadamente do facto as partes abrangidas.*” Quer na análise d(o grau de concorrência n)os mercados, quer na averiguação da existência de “*poder de mercado significativo*” (que justifica a aplicação, pela ANACOM, de “*imposição, manutenção, alteração ou supressão*” de obrigações específicas às empresas que dele disponham, nos termos dos artigos 66.º e 85.º dessa lei), tem de haver um parecer prévio da AdC (conforme disposto no artigo 61.º do mesmo diploma).

³⁵ GONÇALVES/MARTINS (nota 1), p. 184.

³⁶ FERREIRA, Paz, *Direito da Economia*, Lisboa: AAFDL, 2001, p. 393, citando uma obra de 1998 de Robert Baldwin/Collin Scott/Christopher Hood. No mesmo sentido, expressamente para um con-

como uma delimitação inicial da matéria: “... *the key resource of government is the power to coerce. Regulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economic agents.*” Tendo em conta que as outras categorias de instrumentos de intervenção do Estado são a realização de despesas e a cobrança de receitas³⁸, a regulação equivaleria então, antes de mais, ao poder de emitir *normas*³⁹ (e — o que se pode dizer que constitui uma consequência necessária da natureza imperativa destas — de as fazer cumprir⁴⁰). Esta *assimilação da regulação à normação pública* (legislação e regulamentação dessa legislação)⁴¹, não se afigura conceptualmente

ceito técnico-jurídico de regulação da economia, invocando George Stigler, FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 21, que dão nota de “*um sentido muito amplo — impróprio — de regulação*” (mas, por outro lado, porque dotado de um sentido *exclusivamente económico*, ainda insuficientemente amplo), “*como conceito que compreenderia toda a intervenção do Estado na actividade económica*”.

³⁷ *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd ed., Cambridge: The MIT Press, 2000, p. 297.

³⁸ SAMUELSON/NORDHAUS, *Economia*, 14.^a ed., Lisboa: Mcgraw-Hill, 1993, p. 348, também citado por FERREIRA, Paz (nota 36), p. 394.

³⁹ Como escreveu GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 39, “*Regulação em sentido amplo pode ser entendido como o estabelecimento de regras*”.

Em “Os impulsos modernos para uma teoria da legislação”, *LEGISLAÇÃO — Cadernos de Ciência da Legislação*, n.º 1, 1991, p. 8, e no seu “Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIII, 1987, p. 424-425, CANOTILHO, Gomes, falava já de uma “*teoria geral da regulação jurídica*” (no primeiro caso visando “*captar as dimensões comunicativas do processo de legiferação/aplicação das normas*” — p. 8, no segundo incluindo no seu âmbito a “*legislação, jurisdição e administração*” — p. 425).

⁴⁰ AA. há, que, como ARAGÃO, Alexandre, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 24, sublinham que há “*três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações.*” No mesmo sentido, mas sem fazer depender expressamente a “*regulação*” dessa “*tríade regulatória*”, FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 31.

⁴¹ Esse é o sentido em uso nas reflexões patrocinadas pela OCDE sobre a “*regulatory reform*”. Essa é, também, a concepção de vários AA. brasileiros (cfr. STUCHI, Carolina, “*Regulação e Desregulação diante dos Princípios da Administração Pública*”, in DI PIETRO, Maria S. Z. (Org.), *Direito Regulatório — Temas Polémicos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 95: “*“Regular” significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.*”). Quando se passa para um sentido restrito, porém, a regulação tende a ser circunscrita pelo seu objecto: “*é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por meio de lei ou outro ato normativo).*” — CARVALHO, Vinicius, “*Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto Sobre a Prestação de Serviços Públicos*”, na mesma obra de DI PIETRO, p. 144.

Nalguns passos da exposição de KIP/VISCUSI/HARRINGTON (nota 37. V. g.: pp. 308 ss.), a relação entre legislação e regulação é diferente: falam então em “*regulatory (e “deregulatory”) legislation*”, sendo que a “*regulatory legislation*” (“*The first stage [in the regulation of an industry] entails that the U.S. Congress, a state legislature, or a local government body like a city council enact a piece of legislation that establishes regulatory powers over a particular industry.*” — p. 308) é dita desempenhar duas tarefas preliminares: “*it states which bureaucratic agency has jurisdiction over regulating certain dimensions of an industry.*” e “*outlin[es] the powers of the regulatory agency.*” (p. 309). Note-se, porém, que, por causa da referência aos agentes económicos (nas passagens reproduzidas no texto), ou à indústria (nas reproduzidas nesta nota), a assimilação da regulação ao uso do poder coercivo do Estado parece ficar aquém da cobertura de todo o espectro da normação (social, ambiental, téc-

útil⁴², ao menos no nosso quadro jurídico⁴³, e pode ser fonte de equívocos: sem prejuízo de alguns pontos de contacto⁴⁴, a “legística” — a ciência da legislação — aborda problemas e percorre caminhos diversos dos que são relevantes para a “regulática” — como se poderia designar a ciência da regulação⁴⁵ — e (mais ainda) distantes de uma sua sub-disciplina, a da “regulação independente”, ou “regulação *tout court*”.

Se a diferenciação entre “regulação” e “legislação” não se afigura problemática⁴⁶ (quer os entes produtores de normas legais, quer os tipos destas, são limitados e típicos), é possível, entre nós, ceder a uma tentação supletiva: a de assimilar “regulação” a “regulamentação”, equiparando a primeira a toda a intervenção normativa (*primária* ou em desenvolvimento de anterior normação *primária*) do Estado ou de outras pessoas colectivas de Direito público (com mais ou menos independência face ao

nica, ...): nos domínios em que a actuação dos destinatários das normas não coubesse no paradigma de actuação dos agentes económicos, ou não visasse uma actividade económica, a sobreposição de noções seria problemática. Noutros pontos da sua exposição, porém, os AA. parecem dispensar essa qualificação adicional — como ocorre também em algumas passagens do artigo de SANCHES, Saldanha, “A regulação: história breve de um conceito”, ROA, Ano 60, 2000, p. 18, nota 30: “No caso da regulação o bem público produzido é apenas a actividade legislativa.”

42 O velho princípio da *navalha de Occam* adverte-nos da inconveniência de usar dois conceitos para uma mesma realidade, sobretudo se com essa redundância se perde a oportunidade de utilizar cada um para uma realidade diferente. O ponto está, então, em apurar se tais realidades são, ou não, diferentes. Num percurso paralelo, a propósito das relações entre áreas mais contrastantes, MOREIRA, Vital, “Economia e Direito — Para uma visão estrutural das suas relações”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XIX, 1972, pp. 71-72, propunha que se considerasse: “(1) a noção teórica de cada um; (2) a sua autonomia recíproca; (3) a sua interacção ou interdependência; (4) a sua colocação no mesmo plano teórico.” O nosso trajecto terá de ser muito mais abreviado.

43 A pertinência dos conceitos depende da sua ancoragem num quadro conceptual compatível. Por exemplo: a concepção brasileira (cfr. nota 39) de que o conceito de regulamentação é mais estreito do que o de regulação depende do artigo 84, IV, da Constituição Brasileira, que considera o poder regulamentar um exclusivo (indelegável) do Chefe do Poder Executivo.

44 Nomeadamente no que diz respeito à “tecnologia de produção de normas” e à avaliação do seu impacto. Nos quadros propostos em 1987 por CANOTILHO, Gomes (nota 39), pp. 426-427, a “analítica” (da “lei” e da “regulação”), a “táctica” (idem) e a “metódica” (idem) seriam totalmente diversas.

45 Dando-lhe um âmbito de cobertura das “normações jurídicas de qualquer género”, como, por exemplo, contratos, sentenças, convenções colectivas de trabalho, normas privadas das empresas e de associações (ex: federações desportivas) e até o “direito achado na rua”, v. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 703, ecoando uma fórmula que usara em 1991, p. 12 (*supra*, nota 38). O mesmo A., “O princípio democrático [sob] a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, p. 100, chama a atenção para a progressiva troca do “direito constitucional com os seus dogmas democrático-legitimatórios das decisões político-administrativas” pela “«nova ciência do direito administrativo» — agora convertida a ciência das instâncias politicamente decisório-executivas” — o que remeteria para esta disciplina o estudo da actividade regulatória e dos seus sujeitos.

46 E, em consequência, também não a distinção entre legisladores e reguladores (“*regulators replace legislators as central actors at the implementation stage*”) — KIP/VISCUSI/HARRINGTON (nota 37), p. 308. Na medida em que o quadro legal não seja fechado, serão os “*regulators*” a determinar também as fases normativas intermédias.

Governo)⁴⁷, por vezes apenas no domínio económico⁴⁸, outras vezes também *em outros domínios*⁴⁹.

Pelo contrário, a distinção da “regulação” face à “regulamentação” (situada esta num plano infra-legal) pode fazer apelo a um maior ou menor número de atributos — o mais imediato dos quais a natureza do órgão de que emanam. Ora, a relação entre “regulação” e “reguladores” pode ser *biunívoca* (se uma classificação implicar a outra), ou independente (se puder haver “reguladores” sem que haja “regulação”, e, ou, “regulação” não oriunda de “reguladores”). Neste último caso, dir-se-ia que seríamos remetidos para uma *segunda edição* do problema tratado na secção anterior: enquanto aí estava em causa a equiparação do estatuto (funcional) de “regulador” a uma certa natureza da pessoa jurídica em causa, agora estaria em causa a equiparação entre a actividade (de “regulação”) desenvolvida, e o estatuto (funcional) de “regulador”. Mas há uma diferença de monta: o *critério da natureza jurídica da entidade* difere do *critério de classificação da sua actuação* — enquanto que o *critério da sua actuação* e o da sua *classificação por causa dessa actuação* têm necessariamente de coincidir. Convenhamos que não faria sentido que os “reguladores” não fizessem “regulação” — tal como não o faria que houvesse “regulação” sem “reguladores”: seria o mesmo que admitir diferenças de extensão entre os conceitos de “legislação” e “legisladores”⁵⁰.

⁴⁷ Sob a epígrafe “Regulação”, o Capítulo III do Título VII do Código dos Valores Mobiliários trata de “Regulamentos da CMVM” (artigo 369.º), de “Recomendações e pareceres genéricos” (artigo 370.º), da “Publicação consolidada de normas” (legais e regulamentares — artigo 371.º) e da “Auto-regulação” (com a menção de que essas regras “estão sujeitas a registo na CMVM, para controlo de legalidade e de respeito pelos regulamentos” — artigo 372.º).

⁴⁸ Como demonstrativo deste sentido de *regulação como norma* — no caso em forma de lei e com base em matriz supra-nacional —, sirva o exemplo do comunicado à imprensa do Conselho de Ministros de 30 de Abril de 2009, que exalta (e antecipa a terminologia de) uma “Proposta de Lei que *autoriza o Governo a regular o acesso à actividade das instituições de pagamento e a prestação de serviços de pagamento, bem como a definir um quadro sancionatório no âmbito da actividade de prestação de serviços de pagamento, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno*”. (Ênfase aditada).

⁴⁹ Sobre a “regulação do risco” nos domínios ambiental e da saúde pública, que convoca fundamentos diversos para dissociar a actividade das instituições políticas da actividade “regulatória”, v. GONÇALVES, M. Eduarda, “Regulação do Risco e «Risco» da Regulação — O caso dos organismos geneticamente modificados”, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 441-471.

⁵⁰ Pelas mesmas razões invocadas por FERREIRA/MORAIS (nota 3), pp. 13-14 e 21-22, para recusar um conceito amplo de “regulação” “*que compreenderia toda a intervenção do Estado na actividade económica, independentemente do tipo de instrumentos utilizados e dos fins prosseguidos*”, deve recusar-se o recurso (excepto como delimitação prévia) a uma noção ampla de “regulação” que identifique “*essencialmente três níveis distintos de instâncias públicas de regulação, compreendendo, a saber:*

- (i) *O nível governamental incluindo Ministério e múltiplos departamentos governamentais na área económica;*
- (ii) *Um segundo nível de organismos reguladores relativamente dependentes, os quais correspondem, no essencial, no quadro dos sistemas administrativos de tipo continental,*

Uma possível fórmula para essa convergência é a proposta por CABRAL DE MONCADA⁵¹: “a regulação é o controlo estatal sobre a actividade económica privada (e pública) levada a cabo por entidades dotadas de acentuado grau de independência face ao Governo e visando corrigir as deficiências do mercado.” Assim sendo, e a contrario, poderia entender-se a regulamentação⁵² como toda a “intervenção indirecta do Estado”⁵³ que “não pressupõe o mercado como modo de ser da decisão económica”⁵⁴.

Nesta concepção, a “regulação” requer a conjugação, não de dois, mas de três tipos de atributos: uma específica natureza do seu objecto (“actividade económica privada (e pública)”), uma especial natureza do seu emissor (“entidades dotadas de acentuado grau de independência face ao Governo”),

*a institutos públicos com alguma autonomia funcional e financeira, mas sujeitos a superintendência governamental ou a formas de tutela mais intensa,**

(iii) *Um terceiro nível que uma parte significativa da nossa doutrina qualifica como organismos reguladores independentes.** (* Notas suprimidas. Idem, p. 28).

Os AA. esclarecem que se concentram “bem entendido, à luz das considerações precedentes, neste terceiro nível”. A nosso entender, as questões específicas da “regulação” — e, portanto, a utilidade conceptual do binómio “regulação/reguladores” — só começam (embora não acabem) neste último plano.

⁵¹ *Direito Económico*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 52. Ressalve-se que o A. parece bastar, noutras passagens do seu texto, com menos critérios distintivos da “regulação” — v. g., pp. 54-55: “A regulação estatal é assim uma nova forma de controlo (estatal) sobre actividades sobretudo, mas não só, de alcance económico que subentende o reconhecimento da capacidade privada para o exercício de actividades mesmo das que ficam enquadradas por uma constelação de interesses públicos.”

⁵² Ao menos num primeiro plano, já que a abordagem da “regulação” se desdobra (admitamos, para já: normalmente) por dois outros: o da supervisão da normação especializada, e o do “julgamento” e sancionamento dos desvios a essa normação. FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 31, falam na atribuição cumulativa, “em geral”, de “três tipos de poderes públicos” (normativo, executivo e parajudicial). Além de um sentido “horizontal”, teria, portanto, também um sentido “vertical” (constituiria uma “fileira”). Normalmente, de “regulamentação” fala-se quando está em causa o estrito plano da emissão de normas (ou seja, num sentido puramente “horizontal”. Admitindo o entendimento mais restritivo de “regulação” — que deixasse de fora a intervenção dos institutos públicos (e das entidades que a eles fossem reconduzidos) —, seria preferível, então, alargar “verticalmente” a noção de regulamentação para cobrir essa sua actividade global). Cfr. *infra*, nota 55.

⁵³ O A. não utiliza a expressão “regulamentação”, embora ao circunscrever a “regulação” à actuação de controlo estatal exercida por entidades independentes do Governo careça de um outro termo para o controlo estatal exercido por entidades dele dependentes. Na sua exposição, em ambos os casos haveria intervenção “indirecta” — por oposição à intervenção “directa”, que se traduziria na actuação do Estado como agente económico, i.e., produzindo bens e serviços (por si mesmo ou através da “prestação dos bens através de entidades públicas directa ou indirectamente controladas pelo Estado” — idem, p. 48).

⁵⁴ Idem, p. 48. Entender-se-ia por “intervenção indirecta do Estado” a intervenção que não fosse levada a cabo por entidades independentes, qualquer que fosse o seu objecto ou teleologia, e a que, sendo conduzida por essas entidades, não pressupusesse o “mercado como modo de ser da decisão económica” — o que serviria como uma delimitação da actividade “regulatória” das actividades não-económicas (sociais, políticas, etc.), e das que, mesmo no quadro de actividades económicas, tivessem outra motivação que não a correcção de “falhas de mercado”. Nesta perspectiva, a correcção dos resultados do funcionamento eficiente do mercado não faria parte da “regulação” — o que implicaria uma interpretação restritiva do propósito de “corrigir as deficiências do mercado”.

e uma particular *teleologia* (“*visando corrigir as deficiências do mercado*”). Onde faltasse um destes três elementos, não haveria “regulação”⁵⁵, mas sim “regulamentação”.

Entre a visão “mínima” da “regulação” como a conjugação de um específico objecto, de um particular emissor e de uma especial teleologia, e a visão ampla da “regulação” como “regulamentação”, ficam as diversas concepções que usam apenas um daqueles índices como critério da actividade regulatória, seja o “institucional” (regulação é o que as entidades reguladoras fazem) — que a identifica com a intervenção de uma entidade autónoma do Estado-central⁵⁶ —; seja o “económico” (“a ortodoxia dominante define regulação como o conjunto das intervenções governamentais destinadas a eliminar as falhas de funcionamento do mercado, de modo a assegurar o máximo de bem-estar social”⁵⁷) — que a faz depender da intenção de aproximar do paradigma da concorrência o sector sob intervenção⁵⁸.

A par dessas visões enviesadas pelo enfoque do Direito Económico⁵⁹, surgem outras concepções da actividade regulatória, seja a “procedimental” (regulação seria um método de definição de políticas e tomada de decisões que dependeria de um “suporte mais alargado e complexo de estruturas e agentes” e da negociação dos “fins e meios de actuação com os gover-

⁵⁵ Consequentemente, e por definição, inexistiria uma “regulação social” — o grosso da normação emanada por entidades administrativas distintas do Estado nos domínios do ambiente, da segurança e saúde (públicas ou estritamente laborais), e da tutela do consumidor (mesmo quando visando a actuação de agentes económicos).

⁵⁶ Muito perto disto anda FERREIRA, Paz (nota 36), p. 396, que escreve: “*pode dizer-se que fundamental é a existência de organismos autónomos dotados de independência e de poderes para imporem os comportamentos pretendidos («os garantes das regras»).*” Terá de se deixar em aberto, neste momento, o tipo de autonomia que é assim pressuposto — questão que, no fundo, se volve em incluir ou não os institutos públicos entre os reguladores.

⁵⁷ SOARES, José Fernandes, *Teorias Económicas de Regulação — Grupos de interesse, procura de renda e aprisionamento*, Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p. 20. Um exemplo pode encontrar-se em ROQUE, Ana, *Regulação do mercado — novas tendências*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 11: *regulação é “uma solução de recurso para fazer face à inevitabilidade das falhas de mercado”.*

⁵⁸ Essa a posição defendida por LEITE, Nogueira, “*Lição Inaugural do I Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública*”, in MOREIRA, Vital (Org.), *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 495: “*nós sabemos como é que o equilíbrio se produziria caso o mercado funcionasse, e portanto o que temos a fazer são aproximações a esse equilíbrio hipotético, nas circunstâncias em que ele naturalmente, devido a falhas, não se verificaria.*” O A. admite expressamente “*a regulação governamental directa, que é efectuada directamente pelo Estado ou pelos seus representantes directos*” (idem, pp. 512-513), a par da regulação por entidades reguladoras independentes e por entes em posição intermédia (p. 513).

⁵⁹ Quer o Manual de SANTOS/GONÇALVES/MARQUES (*Direito Económico*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006), quer o de MONCADA, Cabral de (nota 51), quer o de FERREIRA, Paz (nota 36), abordam a questão regulatória pelo prisma desse não menos nebuloso conjunto de temas diversos, que perdeu densidade dogmática com o esvaziamento da Constituição-dirigente. É muito duvidoso que se possa construir uma teoria da regulação cingida ao domínio económico, sobretudo se os fundamentos dessa teoria não são compagináveis com os que servem para fundar outras teorias da regulação (nos domínios social, ambiental, da saúde pública ou outros).

nados”⁶⁰) — que a autonomiza com base num conjunto de procedimentos supostamente diferenciados dos adoptados noutras actividades de produção normativa —; seja a “temática” (*regulação seria uma forma de os Estados — ou as instituições supra-nacionais — lidarem com problemas, genéricos ou específicos, designadamente no que concerne “a protecção do ambiente, a segurança alimentar e de um modo mais geral, a defesa do consumidor”*⁶¹) — que lhe encontra o traço identitário em áreas de competência onde pesam constelações de valores próprias.

Por pouco que se prezem as abordagens “conceptualistas” — de facto, pouco sintonizadas com as concepções pós-modernas —, quando na mesma noção vão envolvidas aporias evidentes (como acontece quando se define “regulação” com base no uso do poder coercivo do Estado e se deixa de fora o tratamento [por exemplo] do Direito Fiscal; ou se define a regulação a partir das falhas de mercado, por um lado, e se admite a sua extensão para áreas em que o mercado é irrelevante, por outro; ou quando se inclui a defesa da concorrência no âmbito da regulação), o mais certo é — como diz a sabedoria popular — acabar por se perder o fio à meada. Sem descurar um fundo comum, é então vantajoso circunscrever, em primeiro lugar, o domínio da *regulação*, distinguindo-o quer do da *legislação* (a actividade de produção de normas pelo Parlamento, pelo Governo e pelas instâncias internacionais constitucionalmente legitimadas para tal⁶²), quer do da *regulamentação* (em termos genéricos, toda a actividade de produção — e, eventualmente, também de imposição — de *outras* normas por parte da administração directa e indirecta do Estado, e de outros entes públicos), quer do da *auto-regulação*⁶³; e, em segundo lugar, distinguir diversos domínios *dentro da “regulação”*⁶⁴, quer quanto à sua teleologia⁶⁵, quer quanto ao seu objecto⁶⁶.

⁶⁰ GONÇALVES, M. Eduarda (nota 49), p. 443. No mesmo sentido, os AA. que, segundo ARAGÃO, Alexandre, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 25, “«dão ênfase à migração dos aspectos de modelação e controlo para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente», qualificando aqueles como «regulamentação», e estes como «regulação».”

⁶¹ GONÇALVES, M. Eduarda (nota 49), p. 443.

⁶² Cfr. o artigo 8.º da nossa Constituição.

⁶³ Sobre esta, v. MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

⁶⁴ A regulação só constituiria uma instância problemática autónoma enquanto *forma infra-legal* (para a distinguir do plano de intervenção dos legisladores) de *hetero-regulação* (para a distinguir da auto-regulação), *emanada de entidades desinseridas da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo* (para distinguir a legitimidade das entidades independentes, ou autónomas, da legitimidade democrática deste).

⁶⁵ Adentro do domínio económico, ecoando a distinção de Eberlein, GOUVEIA, Rodrigo (nota 39), p. 40, nota 27, designa por “*regulação de primeira ordem*” a que visa a imitação do resultado que seria obtido em condições óptimas de mercado (correção das falhas de mercado), e por “*regulação de segunda ordem*” a que pretende afastar-se mais dele (correção de uma percebida falha do mercado). FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 23, falam antes num “*corpo nuclear de regulação económica orientada para a promoção de valores de mercado e de abertura de determinados sectores económicos à concorrência*” (mais “*dinâmico*” e “*de inspiração comunitária*”) e num outro “*através do qual se procuram*

IV — A RELAÇÃO ENTRE A CONCORRÊNCIA E A REGULAÇÃO

Na maior parte dos casos o referente que se faz corresponder aos significantes “regulação” e “entidades reguladoras” não é explicitado, tornando a troca de argumentos nebulosa. Só nesse quadro se compreende que a AdC (e, por extensão, a actividade de defesa da concorrência) seja vista como uma entidade reguladora (e, por extensão, que a sua actividade seja referida como “*regulação da concorrência*” ou “*do mercado*”): como referem KIP/VISCUSI/HARRINGTON⁶⁷, “*The essence of free enterprise is that individual agents are allowed to make their own decisions*”. A defesa do funcionamento do mercado — e, portanto, a missão das autoridades *antitrust* — tem, para certos AA., esse exacto sentido⁶⁸. Ora, “*In contrast, in its role as regulator, a government literally restricts the choices of agents. More formally, regulation has been defined as «a state imposed limitation on discretion that may be exercised by individuals or organizations, which is supported by the threat of sanction»*”⁶⁹.

Mesmo tratando-se, no caso da actuação da AdC, de uma *intervenção de uma entidade independente, no domínio económico, e nalguns casos com o propósito de corrigir falhas de mercado*⁷⁰, aquela entidade, ao contrário do

determinados equilíbrios entre valores de mercado e outros valores correspondentes a interesses públicos”.

⁶⁶ Um possível tema unificador seria o “risco”, mas mesmo num sentido muito amplo não seria suficientemente dúctil para permitir a recondução a ele de toda a regulação: v. g., a do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (que tem, pelo menos algumas características objectivas de “regulação”: aprovação e *enforcement* de normas; e é efectuada por uma entidade que tem algumas características orgânicas de independência do poder do Estado e do sector regulado), por um lado, e a da ERSE, por outro. Apesar da visão pan-económica de FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 24, não vemos vantagem em reconduzir certas formas de regulação (designadamente em defesa de direitos políticos, mas também sociais) a uma lógica estritamente económica.

⁶⁷ *Supra* (nota 37), p. 297.

⁶⁸ Thurman Arnold, o “*antitrust entrepreneur*” que reabilitou o *Sherman Act* da sua prática irrelevância, pode ser aqui invocado. O mercado é visto, em consequência, como uma forma de diluir o poder dos agentes económicos — uma concepção que Giuliano Amato, por exemplo, também subscreve. Mesmo sem públicas adesões a esta concepção, facto é que a entranhada oposição a práticas como a fixação de preços de revenda (“*Resale Price Maintenance*”) só ganha consistência no pressuposto de que a defesa do mercado implica a defesa da plena autonomia dos agentes económicos (um possível legado Ordo-liberal que vai de par com a rejeição da sua herança — e que nos levaria demasiado longe). O caso é que para se defender a liberdade de actuação de uns agentes económicos tem de se limitar a liberdade de actuação de outros — um problema com que, durante um certo período (o do designado *Lochner Court*), o Supremo Tribunal norte-americano se enredou, mas que não vem aqui ao caso. Para uma primeira abordagem a estas questões, ora periféricas, v. o nosso artigo “Da Ilícitude como uma das Belas Artes”, a ser publicado no Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias.

⁶⁹ Como já se referiu, a menos que esta noção de “regulação” inclua, como espécies, tanto o conceito de “legislação”, como o da fixação judicial de precedentes, algo terá de a distinguir, no caso americano, da intervenção do Congresso e da dos tribunais.

⁷⁰ Não é verdade que a intervenção das autoridades de defesa da concorrência, mesmo quando em defesa do funcionamento do mercado (o que nem sempre sucede, diga-se, como os

que se assume — e, com toda a propriedade, pode acrescentar-se: “por defeito” —, não é uma autoridade reguladora, nem a (defesa da) concorrência e a regulação são intermutáveis. Bem ao invés: quando passamos do funcionamento do mercado, garantido pela AdC, para os sectores regulados, geridos pelos respectivos reguladores, “*Passamos da mão invisível para uma outra mão com uma natureza largamente ablativa*”, na conhecida expressão de SALDANHA SANCHES⁷¹.

Na verdade, embora se possa admitir que as “falhas de mercado” estejam, muito genericamente, na base da justificação de uma e outra forma de intervenção⁷², a diferença entre ambas não é meramente quantitativa: a relação entre regulação e defesa da concorrência (devia dizer-se, remontando às origens históricas e geográficas: “regulação e *antitrust*”) não é de *mais* (na regulação, porque as falhas são tantas ou tamanhas que o mercado não funciona) para *menos* (na defesa da concorrência, onde a correcção das falhas permite o funcionamento do mercado). Regulação económica e defesa da concorrência são essencialmente *coisas diferentes*⁷³.

penosos processos de avaliação das OPA da SONAECOM sobre a PT e do BCP sobre o BPI evidenciaram), seja essencialmente destinada a corrigir falhas deste. A existência de externalidades e de custos de transacção, a assimetria de informação, a opacidade dos mercados, ou inadequações do mercado de capitais ou de risco, por exemplo, são falhas de mercado que não são remediáveis com os meios à sua disposição, e boa parte do registo das intervenções dessas autoridades não se pode fundar, mesmo para os mais entusiastas, numa “falha” do mercado.

⁷¹ SANCHES, Saldanha (nota 41), p. 6. Imediatamente a seguir concretiza essa caracterização: “*E mão ablativa (...) no sentido de uma sistemática actividade de atribuição de direitos/redução de direitos no que podemos chamar a criação de mecanismos de «expropriação parcial»*”. Tirando eventualmente o caso do controlo de concentrações, a actividade da AdC não passa por atribuir/reduzir direitos dos agentes económicos.

⁷² E, como refere FERREIRA, Paz (nota 36), p. 394, também de algumas formas de intervenção directa do Estado na produção de bens. Isso é que permite considerar a produção directa e a regulação como alternativas (adoptadas sucessivamente na Europa). Os próprios auxílios de Estado — uma das matérias colocadas sob controlo ou vigilância de (algumas) entidades de defesa da concorrência — são ocasionalmente justificados com a correcção de falhas de mercado.

⁷³ Em 1999, VASCONCELOS, Jorge, “O Estado Regulador: Principais Características e Perspectivas de Evolução”, reproduzido em *Anos-Luz — A Regulação da Energia em Portugal*, entrelinhas, Lisboa, 2006, pp. 71-72, chamava a atenção para os dois contextos e dois objectivos distintos da acção de regulação económica (o da correcção dos “*market failures*” para aproximar as condições de mercado das de concorrência perfeita, e o das situações de monopólio, para proteger os consumidores) e traduzia a definição que dela era dada no *Glossário de economia industrial e de direito da concorrência* da OCDE:

“Em sentido lato, a regulação económica consiste na imposição de regras emitidas pelos poderes públicos, incluindo sanções, com a finalidade específica de modificar o comportamento dos agentes económicos no sector privado. A regulação é utilizada em domínios muito diversos e recorre a numerosos instrumentos, entre os quais o controlo de preços, da produção ou da taxa de rentabilidade (lucros, margens ou comissões), a publicação de informações, as normas, os limiares de tomada de participação. Diferentes razões têm sido avançadas a favor da regulação económica. Uma delas é limitar o poder de mercado e aumentar a eficiência ou evitar a duplicação de infra-estruturas de produção em caso de monopólio natural. Outra razão é proteger os consumidores e assegurar um certo nível de qua-

Assim, regulação e defesa da concorrência não apenas partem de pressupostos inversos⁷⁴, como têm histórias distintas (a regulação desenvolveu-se a partir da legitimação da interferência do Estado na vida económica em geral⁷⁵ e na formação dos preços em particular⁷⁶, a defesa da concorrência evoluiu a partir da defesa ostensiva do mercado⁷⁷), e formas de actuação opostas:

- “Regular é, em sentido estrito, fazer normas, disciplinas.”⁷⁸, e se essa é actividade essencial das diversas entidades reguladoras sectoriais, não é, de todo, a actividade das autoridades *antitrust*⁷⁹;

lidade assim como o respeito de certas normas de comportamento, nomeadamente em matéria de deontologia para algumas profissões liberais como os médicos ou os advogados. A regulação pode também ser adoptada para impedir a concorrência excessiva e proteger os fornecedores de bens e serviços (...).”

- ⁷⁴ Escrevem SANTOS/GONÇALVES/MARQUES (nota 59), p. 207: “Na sua essência, o conceito de regulação pública económica implica a alteração dos comportamentos dos agentes económicos (produtores, distribuidores) em relação ao que seriam se esses comportamentos obedecessem apenas às leis de mercado ou a formas de auto-regulação.”
- ⁷⁵ No caso seminal, *Munn v. Illinois*, de 1877, o *Supreme Court* dos EUA considerou que “*property does become clothed with public interest when used in a matter to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for common good*”. A passagem desse direito estadual de interferência com a propriedade privada em casos de monopólio ou *public utilities* generalizou-se a casos de produção de bens em situações de mercado com outra decisão daquele tribunal — *Nebia v. New York*, de 1934: “*state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare*.” Estava em causa, recorde-se, a condenação de um lojista pela venda de duas garrafas de leite a um preço inferior ao fixado pelo *Milk Control Board* instituído pelo Estado de Nova Iorque, condenação essa que o *Supreme Court* confirmou.
- ⁷⁶ Como recordou VASCONCELOS, Jorge, em 2004 (“A regulação em Portugal — Arte nova, arte degenerada ou arte pobre?”), reproduzido em *Anos-Luz — A Regulação da Energia em Portugal*, entrelinhas, Lisboa, 2006, p. 163, “Nos Estados Unidos da América foi criada, em 1887, a *Inters-tate Commerce Commission* com o objectivo de evitar a prática de preços discriminatórios e outras formas de concorrência destrutiva entre empresas ferroviárias”. Desde o seu início os objectivos ostensivos da regulação e da defesa da concorrência foram diversos — se é que não opostos.
- ⁷⁷ Apesar da prioridade temporal de leis *antitrust* em diversos Estados americanos e no Canadá, a genealogia da defesa da concorrência leva directamente ao *Sherman Act* norte-americano, de 1890. Se, e em que medida, a iniciativa legislativa que lhe deu origem, e a sua versão final, eram uma adequada roupagem desses propósitos declarados, é questão diversa, de que agora não importa cuidar.
- ⁷⁸ MONCADA, L. Cabral de (nota 51), p. 50.
- ⁷⁹ Embora estejam cometidos poderes de regulamentação à AdC, nos termos dos respectivos estatutos (artigo 7.º, n.º 4) e da LDC (artigo 21.º), não houve, até agora, emissão de outros regulamentos que não os respeitantes às relações entre os agentes económicos e a própria AdC (taxas a pagar e procedimentos a adoptar para obter a sua pronúncia — como os referidos na nota seguinte). Como bem se compreende: a proposta e homologação de códigos de conduta e manuais de boas práticas (alínea c) do n.º 4 do artigo 7.º dos Estatutos da AdC) só contribuiria para diminuir a concorrência, pela uniformização da actuação dos agentes económicos. Adaptando terminologia inglesa, a AdC seria um “*watchdog*”, ao passo que os reguladores seriam “*shepards*”.

- a regulação actua *ex ante*, enquanto que a intervenção das entidades de defesa da concorrência é tipicamente *ex post*⁸⁰;
- a regulação é contínua, ao passo que a intervenção das entidades de defesa da concorrência é tipicamente instantânea⁸¹;
- a regulação é *positiva* (há quem diga: *prescritiva*), mas a intervenção das entidades de defesa da concorrência é *negativa* (há quem diga: *proscritiva*)⁸²;
- os instrumentos da regulação são essencialmente a *fixação* de preços, de taxas de rentabilidade, a pré-determinação de quantidades e, ou, qualidades a produzir, e o controlo da entrada (mais raramente: da saída) do mercado; os propósitos da defesa da concorrência são *evitar que haja fixação* de preços ou de taxas de rentabilidade, que se pré-determinem quantidades ou qualidades e que se controle a entrada (ou, mais raramente, a saída) do mercado;
- a mais de sectorial, a regulação profusamente emanada pelas entidades encarregues do sector é normalmente extremamente técnica e especializada; a defesa da concorrência não carece de normas adicionais *destinadas a pautar a conduta dos agentes económicos entre si*: é o mercado que regula, não a entidade que se limita a zelar pelo funcionamento do mecanismo regulador⁸³;
- mesmo quando se espera das entidades reguladoras sectoriais a criação de uma “*concorrência virtual*” entre os regulados, um dos objectivos que lhes pode ser expressamente cometido é a “*salvaguarda da viabilidade económica dos operadores e dos seus legíti-*

⁸⁰ Neste sentido, FERREIRA/MORAIS (nota 3), p. 22. V. também o nosso “De que falamos quando falamos de política da concorrência”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Lisboa: Universidade Católica ed., 2002, p. 1498.

A excepção, dentro das competências da AdC, é o controlo (obrigatório, desde que preenchidas certas condições) de operações de concentrações de empresas (artigos 8.º a 12.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho — Lei de Defesa da Concorrência —, e Regulamento n.º 120/2009 da AdC), e, também a avaliação prévia (facultativa) de acordos ou práticas concertadas (artigo 4.º, n.º 2, da LDC e Regulamento n.º 9/2005, da AdC).

⁸¹ Cfr. o nosso estudo (nota anterior), p. 1499. Uma comparação corrente é a da administração de um remédio para uma doença crónica (na regulação) e uma intervenção cirúrgica (na defesa da concorrência). De modo *aparentemente* diferente, v. MARQUES/ALMEIDA/FORTE (nota 3), p. 21, consideram a “*regulação da concorrência*” “*permanente*” (mas confrontada a sua grelha — *infra*, nota 90 — depreende-se que é diferente o sentido de “*permanente*” e de “*contínuo*”. O que chamamos intervenção “*instantânea*”, para a AdC, é por eles designado como “*pontual*”, por oposição à intervenção “*contínua*” da regulação).

⁸² V. o nosso estudo (nota 80), pp. 1498-1499. Enquanto os reguladores fixam normas para a actuação subsequente dos agentes económicos, dirigindo o seu comportamento (“*seek to promote*”), é suposto que a AdC se limite a verificar se eles actuaram, ou criaram regras de actuação, em prejuízo do mercado, e a evitar que o comportamento de uns seja desse modo dirigido (constrangido) por outros (“*seek to prevent*”).

⁸³ Uma outra característica distintiva que, por vezes, assoma ao tratamento destas matérias — e que pode bem ser vista como a sua súmula — tem a ver com a inclusão do Direito da Concorrência no âmbito do Direito Privado e a recondução do Direito Regulatório ao perímetro do Direito Público.

*timos interesses*⁸⁴, dando-lhes a fruir o que J. R. HICKS considerava a melhor renda de monopólio: “*uma vida tranquila*”⁸⁵. Quanto às autoridades *antitrust*, e não obstante os muitos desvios à sua proclamada missão, o seu compromisso não é (não devia ser) garantir lucros a nenhum agente económico, nem proteger os concorrentes⁸⁶;

- a partir daquilo que alguns AA.⁸⁷ consideram ser as instituições (opostas) básicas de organização da economia — o mercado e o plano — poderia até reconduzir-se a defesa da concorrência à concretização do primeiro⁸⁸ e a regulação à aplicação do segundo num âmbito limitado⁸⁹.

⁸⁴ A fórmula constante do n.º 2 (para os titulares de licença vinculada de distribuição e produção de energia eléctrica e para a concessionária da Rede Nacional de Transporte) e do n.º 3 (para as entidades concessionárias e licenciadas no sector do gás) do artigo 3.º dos Estatutos da ERSE (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril), é garantir “*a existência de condições que lhes permitam, no âmbito de uma gestão adequada e eficiente, a obtenção do equilíbrio económico-financeiro necessário ao cumprimento das obrigações previstas no contrato de concessão e nas respectivas licenças*”. Cfr. também a alínea *b*) do artigo 5.º do Estatuto do IRAR (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro).

⁸⁵ “*The best of all monopoly profits is a quiet life.*”

⁸⁶ A aplicação, pela AdC, de uma medida cautelar de suspensão da iniciativa de fidelização de clientes por parte da ZON (que se traduzia em permitir aos portadores do cartão de cliente dos serviços de TVcabo a entrada gratuita nos cinemas ZON-Lusomundo) parece inequivocamente *dirigida* à protecção dos concorrentes. (Cfr. o seu Comunicado n.º 01/2009, de 6 de Janeiro de 2009).

⁸⁷ FRANCO, A. Sousa/MARTINS, G. d’Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa — Ensaio Interpretativo*, Coimbra: Almedina, 1993, pp. 240 e ss. Não obstante as referências amplas à regulação, os AA. consideram que “*Não oferece hoje dúvidas a consagração do mercado como instrumento fundamental de regulação e ajustamento na vida económica*” (p. 251): o mercado, note-se, não as entidades encarregues da sua defesa — ao contrário, podia dizer-se, das que suprem a sua ausência.

A dicotomia ecoa os tipos ideais de coordenação de Walter Eucken (cfr. NUNES, Avelãs, *Os Sistemas Económicos — Génese e Evolução do Capitalismo*, Coimbra: SAS da UC, 2009, pp. 24-25): a economia de mercado (“*os indivíduos traçam autonomamente os seus planos, cuja coordenação se opera no mercado*”) e a economia de direcção central (“*dirigida a partir do centro, com base num plano único imposto pelo estado (ou por uma entidade central) às unidades técnicas de produção e aos consumidores, cabendo ao estado (ou à entidade central) determinar os objectivos a prosseguir, os meios a utilizar, os preços a fixar*”).

⁸⁸ “*O mercado é, pois, a instituição que consiste no livre ajustamento dos meios aos fins, dos recursos às necessidades através da recíproca negociação de sujeitos económicos que apropriam individualmente os bens e decidem livremente sobre a sua afectação, contratando com os outros segundo os seus interesses.*” (idem, p. 241).

⁸⁹ “*No plano há atribuição fundamental da afectação dos recursos escassos às necessidades, dos meios económicos aos fins sociais, mediante uma decisão da autoridade central, que interpreta as necessidades individuais, sociais ou colectivas e, com maior ou menor participação antes e durante a decisão, com maior ou menor flexibilidade na fase de execução, decide centralmente e para diversos períodos de tempo quais necessidades serão satisfeitas, (em termos absolutos e em termos relativos de preferência ou prioridade) e quais recursos lhes serão afectados, impondo a vontade dessa autoridade central à vontade dos indivíduos ou dos grupos.*” (idem, p. 241).

A conclusão — para o signatário⁹⁰ — é a de que a AdC não é um “regulador”, e que não é “regulação” o que (normalmente) faz — tanto porque não exerce, na prática, o primeiro poder distintivo dos reguladores (o poder de editar normas de direcção da actuação dos agentes sujeitos à sua intervenção), como porque o sentido da sua intervenção se inscreve numa lógica diversa da que rege a actuação dos reguladores sectoriais. E, naturalmente, cada uma das razões é o reverso da outra: fosse essa lógica idêntica, e lá viria necessariamente o exercício dos poderes regulamentares que o legislador lhe atribuiu; fossem estes levados à prática, e lá estaria a inversão da lógica de defesa do mercado — e, aí sim, a indesejável conversão da AdC num “regulador”.

V — CONCLUSÕES

I. A classificação de um ente dotado de personalidade jurídica como “entidade administrativa independente” (ou semelhante) depende da verificação de um conjunto de atributos de carácter organizatório e institucional. A classificação de um ente dotado de personalidade jurídica como “regulador”

⁹⁰ No nosso estudo referido na nota 80 ainda admitíamos que pudesse haver “*regulação sem entidade reguladora*”, sob a reserva de que “*Normalmente, uma coisa implicará a outra*” (p. 1497, nota 39), ainda que, nessa altura, não cuidássemos da conveniência em dispor de um conceito técnico de regulação; mas já então contestávamos que pudesse “*haver entidade reguladora sem poderes de regulação*” (entendidos estes como, em primeiro lugar, de emissão de normas).

MARQUES/ALMEIDA/FORTES (nota 3), pp. 20-21, apesar de mostrarem que “*À regulação de um ou de outro tipo subjazem, com efeito, objectivos diferentes*”, apresentam um quadro que contrasta as características de dois tipos de regulação — a “*Regulação da Concorrência*” e a “*Regulação sectorial*”:

- Preservar a concorrência como um processo que produz eficiência v. Substituir a concorrência (ex. fixar preços);
- Filosofia subjacente: intervenção necessária apenas quando a concorrência for restringida v. intervenção indispensável para atingir resultados aceitáveis;
- Soluções pontuais para repor a normalidade v. Regulação contínua;
- Permanente v. Temporária (até mercado funcionar normalmente) ou permanente (em mercados estruturalmente regulados);
- Sobretudo reactiva (ex post) v. Pró-activa (ex ante);
- Conhecimentos e competências sobre concorrência em geral v. Conhecimentos e competências especializadas;
- Riscos de captura baixos v. Riscos de captura elevados.

No sentido de que a lógica da regulação (como a da inclusão do sector ou de empresa(s) no sector público, ou a da adopção de medidas de política industrial) é *activa*, enquanto que “a política de defesa da concorrência é reactiva” v. o nosso estudo referido *supra* (nota 80), onde (p. 1498, nota 43), com base num trecho de MANUEL DE ANDRADE, se invocava uma analogia civilística: “as entidades reguladoras como representantes e as entidades encarregues de defesa da concorrência como assistentes: “A função do representante é activa. A do assistente é apenas inibitória ou completiva (...) da vontade do assistido.”, e (pp. 1491-1492, nota 24) se citava LOBO, Carlos, *Concorrência bancária?*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 53, sobre os “fundamentos tendencialmente contraditórios” da regulação e da concorrência.

depende apenas da verificação do desempenho de uma *actividade integrada* (em princípio, normativa, adjudicativa e sancionatória).

II. Os dois critérios são, naturalmente, diferentes — o que implica que haja “entidades administrativas independentes” (ou semelhante) que não são “reguladores”⁹¹.

III. Supondo adquirida a anterior distinção, os critérios para definição de “regulação” e para definição de “reguladores” têm de coincidir para lhes poder ser conferida utilidade analítica (e, mesmo, operacional).

IV. Assim, mesmo que a actividade de “regulação” fosse, num primeiro momento, apenas *funcionalmente* determinada (o que justificaria uma eventual diferença entre “regulação” e “reguladores”), a sua existência conceptual só é útil se estiver ligada a um particular sujeito: um ente autónomo — *i.e.*, desinserido, por um lado, da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo⁹², e, por outro, da auto-administração dos interesses envolvidos (caso em que se poderá recorrer ao conceito de “auto-regulação”).

V. Do mesmo modo, a definição de um “regulador” terá de passar, para ser conceptualmente útil, tanto pela sua natureza (de um ente autónomo⁹³, desinserido da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo e da auto-administração dos interesses envolvidos), como pela sua actividade específica (*em geral*, em três planos: produção e controlo da aplicação de normas, adjudicação de dissídios na sua aplicação e sanção do seu incumprimento).

VI. A “regulação” não é exclusivamente económica — e isto no duplo sentido de que há regulação em domínios à margem de considerações de mercado, e de que uma parte da regulação (mesmo económica) visa obter resultados diferentes dos que seriam proporcionados pelo eficiente funcionamento do mercado. Como tal, a sua ancoragem na remoção das “falhas de mercado” é, pelo menos, insuficiente.

VII. O ponto de partida da regulação *económica* é a ausência de condições para o — ou a desaprovação dos resultados do — funcionamento do mercado, enquanto que a condição prévia para o recurso a entidades de defesa da concorrência é, não só a possibilidade de o mercado funcionar, como também a adesão aos seus resultados.

VIII. Mesmo quando o objectivo da regulação económica é a criação de condições para o funcionamento do mercado, ou a obtenção dos resultados que presumivelmente se obteriam no mercado, a lógica da intervenção regu-

⁹¹ No mesmo sentido, MARQUES/ALMEIDA/FORTES (nota 3), p. 11.

Considerámos o caso da CADA, que não tem poderes normativos, nem adjudicativos, nem sancionatórios; e o caso da AdC que, tendo-os em teoria, não emite normas de “regulação”, e actua (ou devia actuar, excepto no caso do controle de concentrações de empresas) como um anti-“regulador”: no mesmo círculo *tai chi*, mas em sentido contrário.

⁹² A possível existência de “reguladores” que não são “entidades administrativas independentes” — ou semelhante (os institutos públicos, submetidos — em diferente medida — a tutela e superintendência do Estado) só ao de leve foi abordada, porque exigiria uma análise *ad hoc* da sua inserção nessa pirâmide hierárquica (cfr. *supra*, nota 56).

⁹³ Cfr. nota anterior.

latória (*directiva* — e imputável, como o plano, a uma vontade) é inversa da lógica de intervenção da AdC (*não directiva*, e intencionada — se correctamente interpretada — ao ajustamento impessoal das actuações e planos dos agentes económicos, no mercado).

IX. Em consequência, ao contrário do que acontece com os reguladores (sectoriais), não há — nem faria sentido que houvesse — normação emanada da AdC destinada a pautar a conduta dos agentes económicos entre si. Aliás, a AdC desempenhará tanto melhor a sua função quanto menos “reguladora” for.

X. O essencial da intervenção da AdC ocorre *ex post*, de modo instantâneo, com finalidade proscritiva ou terapêutica — e a missão que histórica e teleologicamente é suposto desempenhar é a de garantia de funcionamento do mercado. O essencial da intervenção dos reguladores (designadamente económicos) ocorre *ex ante*, de modo contínuo, com finalidade prescritiva ou conformadora — e é compatível com qualquer missão (no caso dos reguladores económicos, favorável ou desfavorável ao funcionamento do mercado, completando-o ou tomando o seu lugar). Essa “regulação” em sentido material supõe, pelo menos, o exercício de competências normativas (o primeiro e crucial índice formal da “regulação”).