



# **Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

---

**Marta Vicente**



# **Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Marta Vicente



TÍTULO

Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

AUTOR(ES)

VICENTE, Marta

IMAGEM DA CAPA

Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO  
GRÁFICA

Ana Paula Silva

EDIÇÃO

CEDIPRE  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL  
Tel. | Fax: +351 239 836 309  
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR  
ESTE ESTUDO

VICENTE, Marta, "Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão", *Publicações CEDIPRE Online* - 11 <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Abril de 2012

Coimbra  
Abril | 2012

**COMENTÁRIO À LEI N.º 46/2011, DE 24 DE JUNHO,  
QUE CRIA O TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA,  
REGULAÇÃO E SUPERVISÃO**

- I. É nossa intenção gizar algumas considerações sobre a Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão (doravante, TCRS). Parece-nos de toda a conveniência ensaiar alguns esclarecimentos sobre as mais relevantes e também mais palpáveis alterações introduzidas pela dita lei – e que hão-de versar, fundamentalmente, sobre as competências atribuídas ao tribunal que assim se cria e sobre a *ratio* subjacente a uma tal criação.
- II. Assim, a Lei n.º 11/2006 traz, desde logo, alterações e aditamentos à Lei n.º 58/2008, de 28 de Junho, que aprova a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (doravante, LOFTJ), e à Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, que, segundo uma posição doutrinal confirmada legislativamente, não foi *totalmente* revogada por aquela primeira.<sup>1</sup> Antes de elencar essas alterações, cumpre recordar que os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e têm competência para julgar as causas que não sejam

---

<sup>1</sup> Recordamos que, aparentemente, a julgar pela redacção do artigo 186.º, al. *d* da LOFTJ, a Lei n.º 3/99 teria sido revogada *em bloco*. No entanto, o artigo 187.º avança que a nova LOFTJ é apenas aplicável às comarcas piloto referidas no artigo 171.º, n.º 1, a saber, as comarcas do Alentejo Litoral, Baixo-Vouga e Grande Lisboa Noroeste. Ora, a doutrina entende esta ressalva no sentido de que a nova LOFTJ vigora apenas nas novas comarcas, continuando a Lei n.º 3/99 a vigorar nas restantes, no limite, até Setembro de 2014. Daí ter o legislador sentido necessidade de alterar, revogar e produzir aditamentos em ambas as leis (Ferreira, 2010).

atribuídas a outra ordem jurisdicional<sup>2</sup>. A doutrina fala a este propósito de um princípio da *competência jurisdicional residual* dos tribunais judiciais (Canotilho/Moreira, 2010). Os tribunais de comarca que são, em regra, os tribunais de primeira instância, são tribunais de competência genérica e especializada<sup>3</sup> e é no quadro desta opção de especialização que devemos enquadrar a criação de um novo tribunal de competência especializada: o tribunal da concorrência, regulação e supervisão (v. artigos 74.º, n.º 2, al. f da LOFTJ e 78.º, al. f da Lei n.º 3/99, na redacção que lhes deu a Lei n.º 46/2011).<sup>4</sup>

- III. Ora, o cerne da reforma legislativa empreendida está no aditamento, à LOFTJ, do artigo 122.º-A e no aditamento, à Lei n.º 3/99, do artigo 89.º-B, preceitos que elencam as competências do futuro TCRS,<sup>5</sup> e que levantam mediata ou imediatamente uma série de questões. É sensato dividi-los, para efeitos de exposição, em dois segmentos, coincidentes com os n.ºs 1 e 2, respectivamente.
- IV. No n.º 1, os novos preceitos atribuem ao TCRS competência para “julgar e conhecer questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processos de contra-ordenação”, de uma série de entidades administrativas, a saber, a Autoridade da Concorrência (al. a), o ICP-Anacom (al. b), o Banco de Portugal (al. c), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários<sup>6</sup> (al. d), a Entidade Reguladora da Comunicação<sup>7</sup> (al. e), o

---

<sup>2</sup> Cf. o artigo 211.º, n.º 1 da CRP, o artigo 26.º, n.º 1 da LOFTJ e os artigos 18.º e 77.º da Lei n.º 3/99.

<sup>3</sup> V. os artigos 210.º, n.º 3 e 211.º, n.º 2 da CRP, os artigos 26.º, n.º 2 e 72.º da LOFTJ, e os artigos 62.º e 64.º da Lei n.º 3/99.

<sup>4</sup> A Lei n.º 46/2011 altera ainda o artigo 57.º da LOFTJ, passando este a admitir, quando a complexidade do serviço o justifique, a criação de secções de concorrência, regulação e supervisão. O n.º 3 adianta que, não existindo uma secção em matéria de concorrência, regulação e supervisão, cabe ao Tribunal da Relação da sede do distrito judicial, ou, consoante os casos, do distrito mais próximo onde existam tais secções, julgar os recursos das decisões nas respectivas matérias. A mesma possibilidade está prevista no artigo 51.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 3/99. Realce ainda para os artigos 18.º e 20.º, n.º 1 da Lei n.º 46/2011. O segundo estatui que a mencionada lei entra em vigor a partir da data da instalação do TCRS, ao passo que o primeiro esclarece que os processos já pendentes noutro tribunal à data da entrada em vigor prosseguem aí a sua tramitação. O Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de Março veio entretanto conferir alguma clareza a aspectos processuais, a saber: (1) a sede do TCRS será em Santarém (cf. Mapa VI do mencionado Decreto-Lei); (2) a competência do TCSR estende-se a todo o território nacional; (3) está previsto o seu desdobraimento em dois juízos (cf., novamente, Mapa VI); (4) o TCSR entrará em funcionamento na data em que for determinada a sua instalação, por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça (artigo 4.º).

<sup>5</sup> A redacção de ambos é sensivelmente igual.

<sup>6</sup> Doravante, “CMVM”.

<sup>7</sup> Doravante, “ERC”.

Instituto Seguros de Portugal<sup>8</sup> (al. f) e demais “entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão” (al. g). Tendo em conta esta redacção, parece-nos de todo o interesse destacar três notas.

- V. A primeira pretende apenas sublinhar que o aditamento dos preceitos mencionados *supra* não representa exactamente nenhuma revolução *copernicana* no que à repartição de competências jurisdicionais diz respeito. Como é sabido, os tribunais judiciais são competentes para julgar os recursos das decisões das autoridades administrativas em processos de contra-ordenação. Trata-se, com efeito, de apenas mais uma daquelas não raras situações em que questões de direito administrativo são conhecidas por tribunais que não pertencem à jurisdição administrativa, concretamente, por tribunais comuns. Esta hipótese, porém, só é constitucionalmente admissível se assumirmos uma certa interpretação do artigo 212.º, n.º 3 da CRP.<sup>9</sup> Portanto, os recursos das decisões de entidades administrativas em processos de contra-ordenação foram e continuam a ser julgados por tribunais judiciais e não por tribunais administrativos.
- VI. A segunda nota que importa avançar tem que ver com a interpretação que deve ser feita da cláusula aberta constante da al. g.<sup>10</sup> Ou seja, trata-se de saber, para este efeito, o que se deve entender por “entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão.” Ora, tradicionalmente, a doutrina portuguesa<sup>11</sup> tende a distinguir dois tipos de autoridades independentes: as autoridades administrativas independentes, associadas ao Parlamento e que garantem certos direitos fundamentais, como é o caso da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, da Comissão Nacional de Eleições, da Comissão para a Fiscalização dos Serviços de Informações e, num certo sentido, da ERC; e as “autoridades reguladoras independentes” (Moreira/Maçãs, 2003) ou “autoridades administrativas reguladoras” (Vieira de Andrade, 2010:99), que chamam a si uma actividade de garantia da própria existência de mercado, enquanto espaço de livre concorrência (Autoridade da Concorrência) ou o correcto – leia-se, *eficiente e constitucionalmente*

---

<sup>8</sup> Doravante, “ISP”.

<sup>9</sup> V., *infra*, p. 11.

<sup>10</sup> Da al. g, leia-se, de ambos os preceitos, isto é, do artigo 122.º-A, n.º 1 da LOFTJ, e do artigo 89.º, n.º 1 da Lei n.º 3/99.

<sup>11</sup> Também em Espanha esta é uma distinção comum, como atesta Garcia Álvarez (2006).

- compatível - funcionamento de mercados sectoriais (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos<sup>12</sup>, ICP-Anacom, CMVM, ISP e Banco de Portugal).
- VII. Dizer que *regulação* é um termo polissémico já se tornou um *lugar comum* no direito administrativo. Apoiando-nos em alguma doutrina, é possível distinguir um conceito (mais ou menos) amplo de regulação e um conceito restrito de regulação, em que esta se identifica com a actividade de *regulação económica*. Ora, um *conceito amplo*, por vezes próximo das ciências económicas, tende a identificar a regulação com *qualquer tipo* de intervenção estadual na economia (Gardella, 2009), seja ela a actividade prestacional (*i*), a actividade de controlo e repressão das restrições à concorrência (*ii*) a regulação económica (*iii*) propriamente dita (Vital Moreira, 2001; Nicinski, 2009; Gardella, 2009) ou a regulação dos sectores do crédito (*iv*).
- VIII. *Em sentido restrito*, a regulação económica pode definir-se como a *actividade* ou tarefa *administrativa*<sup>13</sup> a cargos dos *poderes públicos*, em boa medida *predeterminada* politicamente, que requer o exercício de *poderes formais ou informais*<sup>14</sup> e que, projectando-se sobre os *serviços de interesse económico*

---

<sup>12</sup> Doravante, “ERSE”.

<sup>13</sup> As especificidades do *instrumentarium técnico* da regulação económica bem como o corte com o entendimento tradicional do princípio da legalidade da administração, na sua sub-dimensão de princípio da precedência de lei, fazem com que alguma doutrina coloque em dúvida a natureza administrativa de tal actividade (Tavares da Silva, 2010). Note-se que não se trata de recuperar as considerações da doutrina italiana sobre a natureza jurisdicional ou quase-jurisdicional das autoridades independentes, aliás, definitivamente postas de parte quer pela *Corte di Cassazione*, na sua sentença n.º 7341, de 20 de Maio de 2002, quer pelo *Consiglio di Stato*, na sua sentença n.º 6992/1999, de 17 de Novembro de 2000 (Caringella, 2009; Salvatore, 2009). Este parece-nos ser um debate ultrapassado, produto de uma certa compreensão sobre a discricionariedade administrativa (e sobre a “discricionariedade técnica”) que não (já) tem grandes adeptos entre nós. O problema, verdadeiramente, prende-se com a excentricidade da regulação económica no quadro do “modelo tradicional do direito administrativo”, o qual assenta numa função administrativa entendida como função secundária ou de segundo grau, estruturada em torno das categorias do princípio da legalidade, do controlo jurisdicional e da discricionariedade administrativa.

<sup>14</sup> A regulação é uma *técnica*, que anda ligada às necessidades e à evolução de uma dada actividade. Enquanto técnica, a regulação económica traduz-se num sistema de actos positivos – comandos, recomendações, directrizes – ou negativos – proibições, limitações e advertências (Gonçalves, 2010) – de conteúdo *predominante* vinculativo, pois traduzem a *posição de supremacia* dos poderes públicos, através do qual se pretende influenciar, orientar e determinar o comportamento daqueles que estão no mercado. Os anglossaxónicos designam este tipo de técnicas como “command and control”, e detectam nela relevantes insuficiências para fazer face à globalização e aos seus panarícios (Senn, 2011). Surge, por conseguinte, o conceito de “nova governança” (*new governance*), a qual deve ser entendida como *uma adaptação-evolução da regulação aos desafios que a globalização coloca aos processos de decisão colectiva mediante formas alternativas de regulação e de meta-regulação*.

*geral*,<sup>15</sup> visa combinar optimamente um funcionamento *eficiente* do mercado e certos *mandatos constitucionais*, como a coesão social e a garantia de um mínimo de bem-estar.<sup>16</sup>

- IX. Assim, a cláusula aberta da al. *g* parece exigir a verificação *cumulativa* de dois requisitos para que uma dada autoridade administrativa reentre naquele conceito.
- X. Em primeiro lugar, um requisito quanto à *independência* (autonomia funcional) da entidade em causa; em segundo lugar, um requisito quanto ao *tipo de actividade administrativa* levada a cabo. As razões da independência das autoridades reguladoras são várias e fortemente dependentes do contexto institucional em que medram; em função delas varia também o grau de independência de que efectivamente gozam (D’Alberti, 2010). Nos Estados- Unidos, onde surgiram as primeiras *independent commissions* – por oposição às *executive agencies* – a independência é uma independência relativamente ao executivo e, especialmente, ao bipartidarismo que dominava a política norte-americana (Zoller, 2004; Esteve Pardo, 2009). Já o modelo europeu trilhou uma evolução significativamente distinta. Num primeiro momento, a autonomia funcional dos reguladores justificava-se pela necessidade de conservar a imparcialidade administrativa nos sectores que vinham sendo objecto de liberalização, pelo que só constituía uma *exigência de direito europeu* quando o Estado decidisse manter-se no mercado, como operador, através do seu sector empresarial.<sup>17</sup> Hoje, porém, a independência é compreendida como uma exigência organizatória *estável* ou definitiva, ligada a um imperativo de *boa*

---

<sup>15</sup> Com efeito, a regulação económica, numa perspectiva europeia e continental, é um instrumento próprio dos *serviços de interesse económico geral* (Valentini, 2005). O mesmo é dizer que tal actividade pressupõe a titularidade privada de certos serviços e actividades, noutros termos, pressupõe a existência de um mercado em sectores anteriormente submetidos a um regime de monopólio (Esteve Pardo, 2010; Malaret, 2008).

<sup>16</sup> Neste sentido, Marcou, 2006; Esteve Pardo, 2009; Dellis, 2009. Assim entendida, a regulação económica assume-se como uma actividade *outra* quando comparada com qualquer tradicional taxonomia da actividade administrativa, seja ela a de administração agressiva/prestacional/infra-estrutural (Rebelo de Sousa, 2008), seja a de actividade de polícia/actividade de fomento/actividade de prestação ou de serviço público (Esteve Pardo, 2009). Ou seja, a regulação económica é um “mecanismo para assegurar o cumprimento das tarefas públicas no Estado de garantia” (Esteve Pardo, 2010), afinal o novo modelo de estadualidade que resulta da circunstância de o Estado pretender cumprir os mandatos constitucionais de que se acha incumbido, mas desta feita sem as prerrogativas da propriedade pública de que antes beneficiava (Marcou, 2006).

<sup>17</sup> V. o artigo 3.º, n.º 2 da Directiva 2002/21, de 7 de Março, o artigo 23.º da Directiva 2003/54, de 26 de Junho, e o artigo 25.º da Directiva 2003/55, de 26 de Junho, que actualmente já não estão em vigor.

*governança* e reclamada supranacionalmente por uma estrutura administrativa organizada *em rede* (La Spina/Majone, 2000; D’Alberti, 2010).

- XI. Não obstante a progressiva homogeneização que se vem detectando nesta matéria,<sup>18</sup> o certo é que a face institucional ou organizatória da regulação permanece cambiante e heterogénea nos vários ordenamentos jurídicos que integram o espaço europeu. Essas diferenças prendem-se fundamentalmente com a *repartição de competências* entre os vários actores institucionalmente relevantes, a qual, variando, faz variar também a *relevância* dos regulador no quadro da actividade de regulação (Bellantuono, 2009; Vicente, 2011). Ora, o modelo português é particularmente *generoso* para com os seus reguladores, não só porque lhes confere uma “gama” alargada de competências regulatórias, como porque, na disciplina das respectivas relações com ministro competente (geralmente, o Ministro das Finanças ou o Ministro da Economia), apenas prevê poderes de tutela (e não de superintendência), incidindo estes sobre aspectos alheios a tarefa da regulação propriamente dita.<sup>19</sup>
- XII. O segundo requisito apontado tem que ver com o concreto *tipo* de actividade administrativa levada a cabo pelas entidades administrativas independentes. Desde logo, parece evidente que são computáveis na al. *g* do n.º 1 do artigo 122.º-A (e na al. *g* do n.º 1 do artigo 89.º-B) aquelas entidades administrativas que garantem o *correcto funcionamento de sectores com relevo económico*, sejam eles sectores nos quais não relevam limitações estruturais ao pleno funcionamento da concorrência, como os sectores do crédito, ou sectores que apresentam “limitações congénitas” à plena operacionalidade dos mecanismos do mercado, como, *por ex.*, os sectores de *rede* - transportes, energia, água e telecomunicações (Esteve Pardo, 2009). Depois, aparentemente, os preceitos mencionados não parecem restringir-se à actividade de regulação económica - talqualmente definida *supra* - pelo que aí hão-de igualmente incluir-se as entidades administrativas que exercem tarefas de regulação nos chamados

---

<sup>18</sup> Falamos das mais ou menos recentes transformações institucionais produzidas em Espanha, em França e na Alemanha. Em Espanha, destaca-se a extinção do *Tribunal de Defensa de la Competencia* e a sua substituição pela *Comisión de Defensa de la Competencia*, cujas competências ao nível da apreciação das operações de concentração foram reforçadas. Em França, a *Loi de modernisation de l’économie* (Lei n.º 2008-776, de 4 de Agosto de 2008) veio reforçar os poderes da *Autorité de la Concurrence*. Finalmente, na Alemanha, data de 2005 a introdução de um regulador sectorial, a *Bundesnetzagentur*, que tem a seu cargo, sem prejuízo de níveis de ingerência distintos do ministro competente, os sectores dos transportes, das telecomunicações e da energia.

<sup>19</sup> Cf., a este propósito, o artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, que institui a ERSE, o artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, que institui o ICP-Anacom, ou o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 10 de Janeiro.

*serviços de interesse geral não económicos*, a saber, a saúde, a educação e os serviços sociais.

- XIII. Assim, para efeitos da al. g do artigo 122.º-A deve entender-se que “entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão” são – e são apenas – as pessoas colectivas de direito público que, na concreta prossecução da actividade de regulação ou supervisão de um certo tipo de serviços (2), gozem de autonomia funcional, isto é, estejam subtraídas aos poderes de superintendência e tutela de outras entidades administrativas (1). Por conseguinte, de fora ficam, por um lado, as autoridades administrativas independentes *puras*, porque não exercem a actividade administrativa exigida, e por outro, as entidades administrativas que, não obstante tendo a cargo tarefas de regulação ou supervisão, não gozam do grau de autonomia funcional reclamado<sup>20</sup> – como, por ex., a Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos (ERSAR).<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Se, quanto às primeiras, não parece contestável a opção do legislador, uma vez que o TCSR não será certamente a entidade em melhor posição para a apreciação de actos sancionatórios praticados por aquelas entidades, o mesmo não é transponível para as segundas. Com efeito, envidando a criação do TCSR um aprofundamento da especialização jurisdicional em domínios precisos, como são os da concorrência, da regulação e da supervisão, o seu âmbito de competência deveria revelar-se *indiferente* ao modo ou forma como *institucionalmente* o legislador opta por levar a cabo a *função* em causa, se quisermos, deveria abarcar todas as situações em que aquela *especialização* pudesse reportar-se como necessária. De facto, e referimo-nos por hora à ERSAR, independentemente de se tratar de uma autoridade independente ou de um ente público integrado na administração indirecta do Estado, incumbe àquela entidade “a regulação dos sectores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos” (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro), ou seja, a actividade por ela exercida parece subsumir-se ao conceito *mais ou menos amplo* de regulação adoptado pela Lei n.º 46/2011. Não se vislumbram, de *iure condendo*, boas razões para a exigência cumulativa daqueles dois requisitos, parecendo preferível, em razão da *teleologia* subjacente ao diploma, optar tão-só pelo *requisito funcional*. Pode suceder, porém, que o legislador tenha em mente um *conceito amplo ou aberto* de entidades administrativas independentes (Moreira/Maçãs, 2003: 39), típico do modelo francês, que abarque quer as entidades dotadas de poder decisório, quer entidades dotadas de poderes meramente consultivos (por ex., elaboração de propostas, pareceres, relatórios), e cujo *denominador comum* é uma ideia de *neutralidade, de imparcialidade e independência*. Mesmo nesta hipótese – que nos parece desadequada no panorama nacional, já que aqui a opção não é verdadeiramente entre entidades *com* ou *sem* poder decisório, mas antes entre o modelo de administração indirecta *puro* e um modelo de administração independente *mitigado* – não será clara a inclusão da ERSAR na cláusula geral em análise, pois não obstante os seus membros serem seleccionados de acordo com a sua “idoneidade, independência e competência técnica e profissional” (v. artigo 12.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro), não deixamos de estar perante um instituto público *sujeito à tutela do respectivo ministro* (v. artigo 1.º, n.º 2), o que evidentemente compromete a sua *independência* relativamente ao executivo.

<sup>21</sup> V. Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro, que cria a ERSAR, um Instituto Público integrado na administração indirecta do Estado. Como esclarece Calvão da Silva (2009: 584), “se as opções governamentais delineadas para o sector das águas e resíduos (...) pareciam apontar no sentido da institucionalização de uma entidade reguladora independente para o sector, em bom rigor, a ERSAR acaba por não corporizar qualquer exemplo de administração independente.” Tal entidade dispõe de

- XIV. A terceira nota a que inevitavelmente conduz o n.º 1 do artigo 122.º-A (e o n.º 1 do artigo 89.º-B) prende-se com o *significado* e *fundamento* da lista de autoridades administrativas nele inscrita. Para a disquisição destes aspectos, teria sido útil a inclusão de um preâmbulo mais alargado, que sintetizasse e esclarecesse a específica motivação do legislador. Efectivamente, a técnica legislativa utilizada é algo estranha, porque não integra na lista um candidato “positivo”, como a ERSE, ao mesmo tempo que faz constar do elenco um “candidato neutro” (ou mesmo negativo), como a ERC. Se a ERSE é a autoridade reguladora independente *por excelência* - apesar de, presentemente, não dispor de poder sancionatório<sup>22</sup> - a ERC é para alguns uma “autoridade administrativa independente” (Vieira de Andrade, 2010) – conceito que já abordámos – constituindo, para outros, um *tertium genus* não totalmente reconduzível a nenhum dos elos da taxonomia avançada.<sup>23</sup>
- XV. Compreendemos a lista do n.º 1 do seguinte jeito. Em primeiro lugar, o legislador sentiu necessidade, em obediência ao princípio segundo o qual a *lei geral posterior não derroga a lei especial anterior* (Bronze, 2010), de fazer constar do mencionado elenco as entidades administrativas para cujo conhecimento dos recurso de medidas aplicadas em processo de contra-ordenação estava *expressamente* prevista a competência de um tribunal *em concreto*, geralmente de competência *específica* ou *especializada*.<sup>24</sup> Em

---

poder sancionatório nos termos dos artigos 5.º, n.º 2, al. *a*, *in fine*, e 8.º, n.º 2, al. *e*, e do artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto.

<sup>22</sup> O artigo 61.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, estatui que das decisões aplicadas pela ERSE em processos contra-ordenacionais cabe recurso para os “tribunais judiciais”. Com efeito, ao abrigo dos artigos 11.º e 18.º deste decreto-lei, a ERSE é competente para processar as contra-ordenações e aplicar as devidas coimas e sanções acessórias numa série de matérias. Sucede, no entanto, que estes preceitos devem ter-se por *revogados* a partir do momento em que os diplomas para onde remetiam e que definiam os comportamentos ilícitos (os Decretos-Leis n.º 183/95, 184/95 e 185/95, todos de 27 de Julho) foram substituídos por outros, o mais recente dos quais o Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho. Percebemos, porém, e daí a estranheza com que encaramos a ausência de referência explícita à ERSE na Lei n.º 46/2011, que a competência da entidade para a aplicação de coimas não está totalmente posta de parte. O artigo 58.º, al. *l*, que releva as competências da ERSE no âmbito do Sistema Eléctrico Nacional (SEN), dispõe que esta pode “impor sanções efectivas nos termos do regime sancionatório do artigo 76.º”, preceito que por sua vez remete a disciplina do regime sancionatório em causa para um “decreto-lei específico.”

<sup>23</sup> V. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 613/2008, de 10 de Dezembro, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>24</sup> É isso que sucedia com os recursos de decisões aplicadas em processos de contra-ordenação conduzidos pela Autoridade da Concorrência, nos termos dos artigos 50.º a 54.º do Regime Jurídico da Concorrência (de acordo com a redacção que lhe havia dado a Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto), que deviam ser conhecidos pelo tribunal de comércio da respectiva comarca; pelo ICP-Anacom, nos termos do 13.º, n.º 1 da Lei das Comunicações Electrónicas (nos termos da redacção outorgada pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de Setembro) e do artigo 32.º, n.º 2 da Lei n.º 99/2009, que aprova o regime-

segundo lugar, o legislador decidiu incluir *expressamente* na enumeração do n.º 1 entidades administrativas que só com alguma *resistência* pudessem reconduzir-se à cláusula aberta constante do n.º 2, como a ERC.

- XVI. Subsistem, porém, dúvidas quanto a outras entidades administrativas não expressamente elencadas e cuja inclusão na al. *g* não é totalmente evidente. É o caso da ERS (Entidade Reguladora da Saúde), regulada pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que procedeu à reestruturação da entidade, previamente instituída pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro. No entanto, trata-se indubitavelmente de uma autoridade independente, como assevera uma leitura atenta dos artigos 4.º e 55.º, a quem incumbe, nos termos do respectivo preâmbulo, uma tarefa de “regulação económica” do sector da saúde. Muito embora sejamos refractários a que tal actividade possa integrar-se num conceito estrito de regulação económica, as considerações que vimos tecendo permitem integrar a ERS no conceito de “entidades administrativas independentes com função de regulação e de supervisão.” Concluímos, portanto, que o TCRS é o tribunal competente para conhecer dos recursos das decisões de aplicação de coimas pela ERS, ou seja, que é deste jeito que deve ser compreendido o disposto no artigo 58.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 127/2009.

25

- XVII. O n.º 2 do artigo 112.º-A estatui que o TCRS é ainda competente para conhecer: as decisões emanadas pela Autoridade da Concorrência, seja aquelas proferidas em procedimentos administrativos, seja outras decisões recorríveis nos termos do regime jurídico da concorrência (1), e as decisões ministeriais emitidas ao abrigo do recurso extraordinário previsto no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (2).<sup>26</sup> Ora, também neste domínio não foi grande a alteração movida pela Lei n.º 46/2011. Senão vejamos.

---

quadro das contra-ordenações do sector das comunicações, que deviam ser julgados também pelo tribunal de comércio; pelo Banco de Portugal, nos termos do artigo 229.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedade Financeiras (Decreto-lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro); e pelo ISP, ao abrigo do artigo 94.º do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho, para o julgamento dos quais era competente o Juízo de Pequena Instância Criminal de Lisboa. Portanto, os artigos 7.º a 17.º da Lei n.º 46/2011 procedem à alteração do disposto nos preceitos mencionados, para cada uma das autoridades reguladoras abrangidas, substituindo a referência ao tribunal de competência específica ou especializada antes competente por uma referência ao TCRS.

<sup>25</sup> Dispõe este preceito que “as decisões de aplicação de coimas ou sanções são judicialmente impugnáveis, *nos termos da lei*” (os itálicos são nossos).

<sup>26</sup> Recordamos que o aditamento do artigo 122.º-A à LOFTJ e do artigo 89.º-B à Lei n.º 3/99 provocou a alteração dos artigos 50.º a 54.º do Regime Jurídico da concorrência.

- XVIII. Retrocedendo o estritamente suficiente no *trilho* dos acontecimentos, apercebemo-nos que o Regime Jurídico da Concorrência, antes da fisionomia de que dispõe actualmente em razão da Lei n.º 18/2003, de 11 Junho (sucessivamente alterada),<sup>27</sup> vinha sendo disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro. Este assentava numa divisão ou repartição de competências entre o Conselho da Concorrência, por um lado, e a Direcção-Geral de Concorrência e Preços e o ministro, por um lado.<sup>28</sup> Ao contrário do que sucede actualmente, previa-se uma repartição da competência jurisdicional: se das decisões proferidas pelo Conselho da Concorrência em matéria de práticas restritivas da concorrência cabia recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, as decisões ministeriais relativas ao controlo de operações de concentração de empresas deviam ser conhecidas pelo Supremo Tribunal Administrativo, em sede de “recurso contencioso”. O regime jurídico da concorrência introduzido em 2003 trouxe duas importantes mudanças nesta matéria: em primeiro lugar, criou uma nova entidade administrativa – a Autoridade da Concorrência – concentrando nela as competências antes distribuídas pelo Conselho da Concorrência e pela Direcção-Geral de Concorrência e Preços;<sup>29</sup> em segundo lugar, como dá conta o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003, procede-se a “uma indispensável e progressiva especialização dos nossos tribunais”<sup>30</sup> através da centralização ou unificação, em benefício dos tribunais judiciais, da competência para conhecer as decisões da Autoridade da Concorrência, sejam elas emitidas em procedimentos administrativos ou contra-ordenacionais.
- XIX. Não é nossa intenção, note-se, explicitar o sentido dos artigos da Lei da concorrência cuja redacção é alterada pela Lei n.º 46/2011, designadamente,

---

<sup>27</sup> Ao tempo em que escrevemos este comentário, foi já aprovada pela Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 45/XII, que aprova o Novo Regime da Concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e a Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto. A mesma aguarda agora promulgação pelo Presidente da República, nos termos do artigo 136.º da CRP. A matéria de agora tratamos, que passará a estar tratada nos artigos 84.º, 88.º e 92.º do Regime Jurídico da Concorrência, não sofrerá alterações.

<sup>28</sup> Basta, para constatar isto mesmo, uma leitura atenta dos artigos 12.º, 13.º, 22.º, 23.º, 27.º e 34.º do mencionado decreto-lei. O Conselho da Concorrência não dispunha de poder decisório em matéria de controlo de operações de concentração, mas apenas de poder consultivo (emissão de parecer), cabendo a decisão ao ministro competente.

<sup>29</sup> Ficava assim definitivamente assegurada a garantia de independência da Autoridade da Concorrência, na sua dupla vertente – independência relativamente ao poder público e independência relativamente ao poder económico (Gomes, 2010: 225).

<sup>30</sup> Esta especialização é apoiada por Pereira (2009: 439). O Autor salienta que, face à complexidade das matérias e aos conhecimentos em matéria económica e de direito europeu requeridos, “é do mais elementar bom senso” assegurar um “grau mínimo de especialização”.

os artigos 50.º, 52.º, 54.º e 55.º. A maioria das suas eventuais *obscuridades* foi sendo tratada pela doutrina e pela jurisprudência (Pereira, 2009)<sup>31</sup> e não nos parece que a criação do TCRS altere os esclarecimentos que sobre elas foram fornecidos. No entanto, e porque directamente ligados ao *esforço de especialização* empreendido, não nos parece excessivo sublinhar alguns pontos.

XX. Assim, a solução legislativa de atribuir aos tribunais comuns, ainda que de competência especializada, o conhecimento das decisões emanadas em procedimento administrativo não é absolutamente incomum no panorama europeu congénere, muito embora não seja a mais recorrente.<sup>32</sup> Entre nós, a

---

<sup>31</sup> É de salientar, com efeito, a interpretação restritiva do artigo 54.º, n.º 1 operada pelo STA, no acórdão de 5 de Julho de 2007 (proc. n.º 0223/07), implicitamente confirmada pelos Acórdãos do STA de 11 de Março de 2009 e de 18 de Junho de 2009 (proc. n.º 0222/09) – os quais resolveram questões ligadas ao direito à informação procedimental - todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). O artigo 54.º, n.º 1, recorde-se, estatuiu que “das decisões da Autoridade proferidas em procedimentos administrativos *a que se refere a presente lei*, bem como da decisão ministerial do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, a ser tramitado como acção administrativa especial” (os itálicos são nossos). Ora, considerou o STA que a competência para conhecer do processo urgente de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões não pertence ao Tribunal de Comércio de Lisboa, mas antes aos tribunais administrativos (artigo 4.º, n.º 1, al. *a* do ETAF). Decidiu concretamente o STA, na al. *u* do primeiro acórdão mencionado, que “*uma vez que a recusa de prestação de informações procedimentais não constituiu, no seu sentido imediato, uma questão de concorrência objecto de disciplina especial na Lei da Concorrência, nem reveste a natureza de acto administrativo a praticar no âmbito de qualquer um dos procedimentos administrativos regulados nessa lei, também não se verificam os pressupostos da atribuição de competência especial ao Tribunal de Comércio de Lisboa consignada no artigo 54.º, n.º 1 da citada Lei da Concorrência.*” Com efeito, o pedido de acesso à informação procedimental é um procedimento especial no âmbito do procedimento de controlo de uma operação de concentração mas não se confunde com essa mesma operação, na medida em que não é regulado pela Lei da Concorrência, mas antes pelo Código de Procedimento Administrativo. Daqui decorre que as decisões da Autoridade da Concorrência proferidas em procedimento administrativo a que se refere o artigo 54.º são apenas as que respeitam ao procedimento de controlo de concentrações, e, eventualmente, aos procedimentos administrativos de supervisão que não se confundam com estes (v. Acórdão do STA de 18 de Junho de 2009, proc. n.º 0222/09), precisamente as únicas *a que se refere* o regime jurídico da concorrência (Pereira, 2009: 448).

<sup>32</sup> Em Itália, como veremos melhor *infra*, vale uma regra de jurisdição exclusiva dos tribunais administrativos, não se colocando uma questão análoga à da decisão ministerial do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003 porque, no caso italiano, tal decisão permanece no quadro de competências da Autoridade da Concorrência (v. artigos 4.º e 25.º da Legge n.º 287/1990, de 10 de Outubro), algo que merece críticas de alguma doutrina (Clarich, 2005: 101).

Em Espanha, ao abrigo da disposição adicional quarta da Lei de Jurisdição Administrativa e da disposição adicional sétima da Lei da concorrência (*Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*), os actos do Presidente e da CNC (*Comisión Nacional de la Competencia*) são recorríveis, em única instância, para a sala de contencioso administrativo da *Audiencia Nacional*. O conhecimento dos recursos relativos a actos administrativos dos principais reguladores sectoriais – referimo-nos ao *Banco de España*, à *Comisión Nacional del Mercado de Valores*, à *Comisión del Mercado de Telecomunicaciones* e à *Comisión Nacional de Energia* – cabe igualmente à sala do contencioso

doutrina continua a dividir-se quanto à interpretação do artigo 212.º, n.º 3 da CRP, o qual dispõe, recorde-se, que “compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.” Há quem retire dela uma *reserva material absoluta de jurisdição*, e, portanto, a insusceptibilidade de desvios (Gomes Canotilho/Vital Moreira, 2010), enquanto outros a entendem como “uma regra definidora de um modelo típico” (Vieira de Andrade, 2011: 93), que admite preterições desde que não fique prejudicado o “núcleo caracterizador” do modelo. Mesmo aqueles que preferem esta segunda interpretação não negam que as situações de desvio devem ser *limitadas e justificadas* (Jónatas Machado, 2005). Ora, à luz do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003 e da própria teleologia subjacente à criação do TCRS, a justificação deste duplo desvio<sup>33</sup> à jurisdição normal dos tribunais administrativos tem que ver com um esforço de *progressiva especialização* dos tribunais. Esta é, em nosso entender, uma justificação válida, mas que não apaga o *desconforto* gerado pela possibilidade de tribunais não administrativos poderem vir a controlar actos como a decisão ministerial do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003.<sup>34</sup>

---

administrativo da *Audiencia Nacional*, nos termos dos n.º 1 a 7 da disposição adicional quarta da *Ley de Jurisdicción contencioso Administrativa*.

Em França, a Lei n.º 2008-776, de 4 de Agosto de 2008 (*loi de modernisation de l'économie*) manteve a repartição do contencioso dos actos da entretanto criada *Autorité de la Concurrence* (que substituiu o anterior *Conseil de la Concurrence*). Certas decisões, concretamente, as mencionadas no artigo L. 462-8 (injunções para pôr fim a medidas anti-concorrenciais, aplicação de sanções pecuniárias, decisão de arquivar o procedimento, entre outras) são recorríveis para a *Cour d'Appel de Paris*; nas demais, aplicam-se as regras normais de repartição de competências (Nicinski, 2009), o que significa que os tribunais administrativos são competentes para conhecer das questões de direito administrativo, ao passo que os tribunais judiciais têm competência para julgar a matérias de direito privado (Seiller, 2010).

Finalmente, há que destacar o caso alemão, muito próximo do nosso, no qual o recurso das decisões da autoridade da concorrência (*Bundeskartellamt*) – sejam elas sanções, actos administrativos ou mesmo a decisão ministerial que admite uma concentração proibida pelo direito da concorrência – cabe, de acordo com a secção 63 da Lei de Defesa da Concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), ao tribunal judicial competente em razão do território.

<sup>33</sup> Duplo, entenda-se, porque abrange quer os recursos referentes à aplicação de coimas - algo já usual entre nós, nos termos do artigo 110.º, n.º 2, al. *d* da LOFTJ – quer os recursos relativos a decisões proferidas em procedimentos administrativos.

<sup>34</sup> Trata-se de um recurso inspirado no modelo alemão (cf. secção 42 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), como esclarece o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003. Pereira (2009: 450) esclarece estamos perante um *recurso tutelar impróprio*, qualificação a que se chega “por exclusão de partes”. Como sabemos, a figura do *recurso tutelar* está prevista no artigo 177.º do Código de Procedimento Administrativo, e pressupõe uma ligação entre órgãos de pessoas colectivas diferentes ligadas por relações de tutela ou superintendência. A isto há que acrescentar algumas notas. Para que exista recurso tutelar, é necessário que este esteja expressamente previsto na lei, à semelhança do que

XXI. É mister concluir que a principal alteração promovida pela Lei n.º 46/2011 consistiu mesmo na criação de um tribunal de competência especializada, que pretende não só enfrentar e dar resposta às especificidades que o controlo jurisdicional dos *actos de regulação em sentido amplo* pode motivar,<sup>35</sup> como incutir celeridade no andamento das decisões (v. Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de Março).

vale para a relação de tutela (i) e que, ao abrigo dos poderes de tutela que lhe são confiados, o órgão possa exercer uma faculdade de supervisão (ii). Depois, o recurso tutelar só se estende ao *mérito* da actividade administrativa em causa se a relação tutelar que o sustenta for extensível ao *mérito* dos actos do tutelado, caso contrário respeita exclusivamente à *legalidade* destes (iii); finalmente, nada dizendo a lei expressamente em sentido contrário, o recurso tutelar compreende apenas faculdades de reapreciação ou revisão (iv), e não de modificação ou substituição (Esteves de Oliveira *et al*, 2010: 802; Rebelo de Sousa, 2010: 355). Gizado este quadro, percebe-se que o recurso extraordinário do artigo 34.º não é um recurso tutelar *em sentido próprio*, desde logo porque a relação de tutela recebida pelo artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 10/2003 é restrita aos *aspectos financeiros e orçamentais* da actividade da Autoridade da Concorrência, não abrangendo nem os actos sancionatórios nem os procedimentos de controlo de operações de concentração.

Da configuração assumida por este recurso quer entre nós, quer nos demais ordenamentos jurídicos que o prevêem, decorre que o juízo das autoridades da concorrência em matéria de controlo das operações de concentração, realizado à luz do regime jurídico da concorrência, é *inatacável administrativamente*. Vale por dizer que, no recurso extraordinário, o ministro competente não vai aferir da legalidade da decisão tomada pela autoridade da concorrência nos termos das regras da concorrência, vai – isso sim – apurar *se* e *que* razões de interesse geral justificam a preterição pontual dos efeitos a que a aplicação daquelas regras inevitavelmente conduziria. Caso o não faça, isto é, caso autorize uma operação de concentração com fundamento no direito da concorrência e não em considerações *outras* que estão para além dele, o ministro pratica um acto administrativo *viciado*, por *incompetência absoluta* e *desvio de poder*.

Esta vinculação remete-nos, inclusivamente, para o problema dos *litígios entre pessoas colectivas públicas*, cuja apreciação cabe aos tribunais administrativos, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, al. j do ETAF: estes litígios surgem geralmente entre o ministro e instâncias da administração autónoma, dependendo a legitimidade activa destas da circunstância de serem “titulares de um interesse próprio no exercício e na defesa das suas atribuições e das competências dos seus órgãos” (Gonçalves, 2002). Ora, o controlo administrativo das operações de concentração à luz do direito da concorrência é uma atribuição *própria* ou *exclusiva* da Autoridade da Concorrência e que esta deve poder defender em juízo. Note-se, no entanto, que esta é uma hipótese *quase teórica*, já que só por uma vez, no caso *Via Oeste (Brisa)/Autoestradas do Oeste/Autoestradas do Atlântico* (caso 22/2005), o ministro decidiu inverter, com fundamento em considerações de interesse geral, o sentido da decisão de oposição tomada pela Autoridade da Concorrência (a qual, por sua vez, só muito raramente decide bloquear uma operação de concentração) – v. [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>35</sup> Tratamos em bloco duas questões que não obstante nos parecem diversas. A primeira tem que ver com as vicissitudes levantadas, pela assimetria informativa, ao controlo jurisdicional. Este é um problema que ainda deambula nos limites da “trela” legislativa, isto é, que apesar dos evidentes obstáculos que levanta à *prática dos tribunais*, ainda tem na lei, concessora de discricionariedade, o principal referente de controlo (Rogério Soares, 1998). O mesmo já não acontece – e é esta a segunda questão que ensinamos colocar – quando o princípio da legalidade se limita a um nível *meramente habilitador*, pois aí a sua utilidade na fiscalização da actividade administrativa é *nula* (Tavares da Silva, 2009). É precisamente esse o caso de alguns ordenamentos jurídicos – como o português ou o italiano – que claramente *delegam* no poder administrativo a tarefa de governar certos sectores económicos (Tavares da Silva, 2009).

XXII. A especialização jurisdicional anda ligada à natural “assimetria informativa” que existe entre os actores institucionalmente relevantes do mercado (os operadores e as agências, fundamentalmente), por um lado, e os juízes que são chamados a conhecer dos actos de regulação, por outro. A natureza especificamente técnica (regulação económica) ou económica (disciplina da concorrência) desses actos só com uma adequada especialização jurisdicional pode ser mitigada. Este fosso exprime-se através da *área vocabular hermética* com que o juiz tem de trabalhar e que tem de dominar minimamente se quiser poder pronunciar-se sobre o litígio em causa em termos que não sejam meramente formais-procedimentais: a identificação e compreensão, no caso concreto, das realidades que se reconduzem a conceitos (ainda que precisos) como os de “subestação” ou “frequência da tensão de alimentação” não é certamente evidente para aqueles de nós – a maioria - cujo principal e mais relevante contacto com a temática da energia é provavelmente o de ligar o interruptor ou abastecer o depósito do automóvel.

Os mesmos problemas levanta a concessão de discricionariedade mediante recurso a conceitos imprecisos de “tipo”<sup>36</sup> de carácter técnico ou económico – aquilo que a doutrina e jurisprudência italiana apelidam de “discricionariedade técnica”<sup>37</sup> – os quais nem sempre serão reconduzíveis à categoria dos conceitos classificatórios (Vieira de Andrade, 2010),<sup>38</sup> ou

---

<sup>36</sup> Como se depreende, seguimos aqui um conceito amplo de discricionariedade administrativa, que abarca tanto os espaços de decisão (discricionariedade de decisão) como os espaços de avaliação decorrentes da utilização de conceitos indeterminados concedidos pelo legislador (Vieira de Andrade, 2010).

<sup>37</sup> Ao cabo de alguma evolução, a discricionariedade técnica é hoje entendida, em Itália, como uma “zona cinzenta” entre direito e técnica, isto é, como um espaço de avaliação outorgado à administração e que não se baseia exclusivamente nem em regras jurídicas, nem em regras objectivas. A doutrina afasta-a, assim, da discricionariedade dita *pura*, onde está em causa a *oportunidade* da actuação administrativa, ao contrário do que sucede na discricionariedade técnica, onde se fala de *opinabilidade* (*opinabilità*). Sobre a discricionariedade técnica, o juiz administrativo deve exercer um *controlo intrínseco* (reexame). V., a este propósito, Cintioli (2005: 108) e Caringella (2009). Entre nós, a discricionariedade técnica era tida como uma modalidade de discricionariedade imprópria, uma vez que, contrariamente ao entendimento tradicional sobre a discricionariedade, a administração não gozava, em situações que reclamavam juízos técnico-científicos, de *liberdade de escolha* entre diversas opções igualmente admissíveis. Contudo, superada esta compreensão, entenda-se, encarada a discricionariedade como um “espaço de avaliação e de decisão da responsabilidade da administração”, orientado para a escolha da *melhor solução* para o interesse público, há que concluir que não faz sentido a discriminação entre discricionariedade administrativa *pura* e *técnica*. Assim, Freitas do Amaral (2011: 92) e Vieira de Andrade (2010).

<sup>38</sup> De acordo com este Autor, os conceitos classificatórios, que não concedem discricionariedade administrativa por não se reconduzirem à categoria dos conceitos imprecisos de “tipo”, são, entre outros, aqueles que remetem para conceitos das *ciências exactas* ou em relação aos quais se verifique um *consenso científico*.

mediante previsão de espaços de decisão que implicam a realização de *juízos de prognose* (por ex., o juízo de prognose sobre as consequências de uma operação de concentração de empresas).<sup>39</sup>

- XXIII. Não somos pois optimistas<sup>40</sup> quanto à possibilidade de o juiz, sem a adequada especialização jurisdicional, atingir um grau de *profundidade* quanto aos temas que lhe permita detectar, nas zonas em que em razão de indeterminação legal existe discricionariedade administrativa (e mesmo naquelas em que não exista), o afastamento relativamente ao fim de interesse público imediato ou uma violação do princípio da proporcionalidade<sup>41</sup> (Trillo Torres, 2009).
- XXIV. Ora, dir-se-ia que estas vicissitudes podem ser mitigadas pela progressiva especialização dos tribunais (administrativos ou não) chamados a controlar os actos de regulação, seja mediante a criação de secções especializadas,<sup>42</sup> seja pela repartição das decisões das autoridades reguladoras por diferentes tribunais. Foi esta a opção tomada em Itália, onde cabe ao Tribunal administrativo regional do Lázio conhecer dos actos administrativos praticados pela Agcom (*Autorita per le garanzie nelle comunicazioni*) e pela Agcm (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*), sendo o conhecimento do recurso dos actos da Aereg (*Autorità per l'energia elettrica e il gas*) confiado ao Tribunal administrativo da Lombardia.<sup>43</sup> Aliás, igualmente sintomático da sensibilidade do legislador italiano para o tema é a atribuição de *jurisdição exclusiva* aos tribunais administrativos<sup>44</sup> nos sectores governados por autoridades independentes<sup>45</sup> (Chieppa, 2009).

<sup>39</sup> Trillo Torres (2009).

<sup>40</sup> Em Espanha, Ariño Ortiz (2010) assevera que os tribunais administrativos têm ficado “às portas da regulação económica”, não só porque são muito raras as vezes em que anulam os actos administrativos praticados, como pela “pobre argumentação” que mobilizam para sustentar essa inércia.

<sup>41</sup> Itália é, neste capítulo, uma *feliz* excepção. V., a este propósito, o caso *Enel-Infostrada*, em que a decisão da Autoridade da Concorrência italiana de condicionar a autorização da aquisição da *Infostrada* pela *Enel* (operador histórico italiano na prestação de electricidade) à cessão por esta de uma determinada quota da sua capacidade de produção de energia foi anulada pelo *Consiglio di Stato* (sentença n.º 5156, de 18 de Junho de 2002). O tribunal considerou que as condições ditadas pela Autoridade implicavam uma violação do princípio da proporcionalidade da actividade administrativa, por serem excessivas e não terem justificação à luz das normas do direito da concorrência.

<sup>42</sup> É esta a solução já há muito alardeada por Ariño Ortiz (2010): a criação de uma Sala especial no Tribunal Supremo – uma secção especializada dentro da Terceira Sala (que é, como se sabe, a sala do contencioso administrativo) – que goze de competência em matéria económica.

<sup>43</sup> V. os artigos 14.º e 135.º do Código de Processo Administrativo italiano (*Codice del Processo Amministrativo*).

<sup>44</sup> Como se sabe, a tutela jurisdicional em Itália funciona, regra geral, de acordo com um *regime binário* de distribuição de competências entre juiz ordinário e juiz administrativo. Ao primeiro cabe a

- XXV. Outra solução passa pelo recurso a *peritos*, aquilo que os italianos designam por “consulenza tecnica d’ufficio”<sup>45</sup>. Trata-se, genericamente, da possibilidade de o juiz, *ex officio*, recorrer aos conhecimentos técnicos de peritos para apurar da verificação de factos ou proceder a avaliações que requeiram especiais competências técnicas. Este tipo de auxílio técnico é essencial para que os tribunais consigam fiscalizar o exercício da discricionariedade reguladora no que toca, por ex., ao *erro de facto* ou ao *erro manifesto de apreciação*, ou mais genericamente, para que possam emitir um “juízo sobre o correcto exercício dessas competências técnicas” (Chieppa, 2009). No entanto, o recurso a este mecanismo tem naturalmente os seus críticos, que invocam que estas perícias não são à partida “mais fiáveis” do que as decisões de autoridades reguladoras independentes expressamente constituídas para o efeito, e compostas por profissionais seleccionados em razão das garantias de idoneidade, aptidão e independência demonstradas (Ariño Ortiz, 2010).
- XXVI. Regressando momentaneamente à realidade nacional – e deste jeito terminando este brevíssimo comentário - é interessante notar que a especialização jurisdicional que o legislador pretendeu instituir no controlo dos actos da Autoridade da Concorrência (recorde-se o já mencionado preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003), ao criar o TCRS e ao centralizar nele a fiscalização de todo o tipo de decisões por ela emanadas, não gerou uma preocupação *correlativa* no domínio dos actos de regulação sectorial. Aqui, não só *há* uma bifurcação na repartição jurisdicional de competências consoante estejamos perante actividade administrativa ou ilícitos de mera ordenação social, como *não existem* quaisquer regras específicas de repartição de competências ou secções especializadas.

---

tutela dos direitos subjectivos dos cidadãos, ao segundo, a tutela objectiva da legalidade da actuação administrativa, mediante reconhecimento de interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Portanto, regra geral a jurisdição dos tribunais administrativos *não é exclusiva*, estando condicionada pelo tipo de posição jurídica activa titulada pelos cidadãos.

<sup>45</sup> V. o artigo 133.º do Código de Processo Administrativo italiano (*Codice del Processo Amministrativo*).

<sup>46</sup> V. artigos 19.º, 63.º, parágrafo 4.º e 67.º do Código de Processo Administrativo italiano (*Codice del Processo Amministrativo*). O recurso a peritos não está, bem entendido, vedado entre nós, como se depreende dos artigos 1.º e 90.º do Código de Procedimento Administrativo e dos artigos 568.º e ss. do Código de Processo Civil.

## Bibliografia

- Ariño Ortiz, G., 2010. “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, n.º 182, p. 9-37.
- Bellantuono, G., 2009. *Contratti e Regolazione nei mercati dell’energia*, organização Bellantuono, Il Mulino, Bologna.
- Bronze, F. J., 2010. *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra.
- Calvão da Silva, J. N., 2009. “Regulação das águas e resíduos em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 85, pp. 565-620.
- Canotilho, J. G., Moreira, V., 2010. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Almedina, Coimbra.
- Caringella, F., 2009. “Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell’Autorità Antitrust”, *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti. 7.º Colloquio italiano-spagnolo*, Giuffrè, Milano, pp. 159-192.
- Cintioli, F., 2005. *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato – Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Giuffrè, Milano.
- Chieppa, R., 2009. “El diferente controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziale delle Autorità amministrative indipendenti”, *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti. 7.º Colloquio italiano-spagnolo*, Giuffrè, Milano, pp. 45-92.
- Clarich, M., 2005. *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna.
- D’Alberti, 2010. “Il valore dell’indipendenza”, *Abitri dei mercati. Le Autorità Indipendenti e l’economia*, organização D’Alberti/Pajno, Il Mulino, Bologna, pp. 11-26.
- Dellis, G., 2010. “Régulation et Drois Public Continental – Essai d’une approche synthétique”, *Revue du Droit Public*, n.º 4, pp. 957-978.
- Esteve Pardo, J., 2009. El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público, *Derecho de la Regulación Económica I*.

- Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, organização Muñoz Machado/Esteve Pardo, Iustel.
- 2010. “La recepción en la Europa Continental del Derecho de la Regulación de la Economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus substanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 183, pp. 295-307.
  - Esteves de Oliveira, M., Gonçalves P., Pacheco de Amorim, J., 2010. *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2.ª edição (8.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra.
  - Ferreira, A., 2010. *Curso de Processo de Execução*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra.
  - Freitas do Amaral, D., 2011. *Curso de Direito Administrativo*, vol. 2, 2.ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra.
  - Garcia Álvarez, G., 2006. “Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico”, *Revista de Administración Pública*, n.º 171, pp. 139-179.
  - Gardella, M. D., 2009. “Recepción y desarrollo de conceptos y fórmulas de la regulación”, *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, organização Muñoz Machado/Esteve Pardo, Iustel.
  - Gomes, J. C., 2010. *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra.
  - Gonçalves, P., 2002. “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, *Justiça Administrativa*, n.º 35, pp. 9-23.
    - 2010. “Regulação administrativa e contrato”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 987-1024.
  - La Spina, A., Majone, G., 2000. *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, Bologna.
  - Machado, J., 2005. “Breves considerações em torno do âmbito da justiça administrativa”, *A Reforma da Justiça Administrativa*, *Stvdia Ivridica*, n.º 86, pp. 79-125.
  - Malaret, E., 2008. “Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: La regulación económica”, *Diritto Pubblico*, n.º 2, pp. 535-586.
  - Marcou, G., 2006. “La notion juridique de régulation”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, p. 347 e ss.
  - Moreira, V., 2001. “Serviço Público e concorrência. A regulação do sector eléctrico”, *Os caminhos da privatização da Administração Pública – IV colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2001, pp. 223-247.

- Moreira, V., Maçãs, F., 2003. *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Nicinski, S., 2009. “L’Autorité de la Concurrence”, *Revue Française de Droit Administratif*, novembre-décembre, pp. 1237-1247.
- Pereira, M. M., 2009. *Lei da Concorrência – Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Rebelo de Sousa, M., 2010. *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*, Tomo 1, 3.ª edição – reimpressão, D. Quixote, Alfragide.
  - 2010. *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, Tomo 3, 2.ª edição (reimpressão), D. Quixote, Alfragide.
- Salvatore, P., 2009. “Il controllo del Giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica nell’ordinamento italiano”, *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti. 7.º Colloquio italiano-spagnolo*, Giuffrè, Milano, pp. 29-42.
- Seiller, B., 2010. *Droit Administratif*, vol. 1, 3.ème édition, Flammarion, Paris.
- Senn, M., 2011. *Non-State Regulatory Regimes – Understanding Institutional Transformation*, Springer, Berlin Heidelberg.
- Soares, R., 1998. *Direito Administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/1978*, policopiado, Coimbra.
- Tavares da Silva, S., 2009. “O princípio fundamental da eficiência”, *III Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 30 de Janeiro de 2009.
  - 2010. “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”.<sup>47</sup>
- Trillo Torres, R., 2009. “El control jurisdiccional de los actos de las autoridades de la competencia”, *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti. 7.º Colloquio italiano-spagnolo*, Giuffrè, Milano, pp. 9-28.
- Vicente, M., 2011. *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.
- Vieira de Andrade, J. C., 2010. *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade, Coimbra.
  - 2011. *A justiça administrativa (Lições)*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra.

---

<sup>47</sup><http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/tavares%20da%20silva.pdf>.

- Zoller, E., 2004. “Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie”, *Revue Française de Droit Administratif*, p. 757 e ss.

