

REGULAÇÃO ECONÓMICA INDEPENDENTE NO ECOSISTEMA DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES

João Carvalho* / Eduardo Lopes Rodrigues**

ABSTRACT: This paper is aimed at presenting the ontological and functional profile of this new economic regulator in the institutional and legal framework in Portugal and, in parallel, to associate itself the homage being paid in this issue of Revista Concorrência e Regulação (C&R) to the Competition, Regulation and Supervision Court (TCRS). For ease of understanding, the paper has been organized with the following structure: in Chapter I, the nature and genesis of the Authority for Mobility and Transports (AMT) is addressed. In Chapter II, we look into the systemic paradigm of High Quality Economic Regulation (REEQ), identifying the legal-administrative acts issued by AMT in the exercise of its powers and analysing their respective judicial control, namely by the TCRS. In Chapter III, we provide a synthesis of the activity of AMT since its effective initiation of functions up to the present day. In Chapter IV, we summarize the most relevant conclusions in terms of what may be most significative for the present issue of the C&R.

RESUMO: O presente artigo visa apresentar o perfil ontológico e funcional deste novo Regulador Económico no panorama institucional e jurídico em Portugal e, paralelamente, associar-se à homenagem que este número da Revista Concorrência e Regulação (C&R) presta ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS). Por facilidade de compreensão, organizou-se o presente artigo de acordo com a seguinte estrutura: No Capítulo I trata-se da natureza e génese da AMT. No Capítulo II densifica-se o *paradigma sistémico de Regulação Económica de Elevada Qualidade* (REEQ), identificando-se os atos jurídico-administrativos emitidos pela AMT no exercício dos poderes que lhe estão legalmente cometidos e aferindo-se da correspondente sindicabilidade pelos Tribunais, designadamente pelo TCRS. No Capítulo III faz-se uma síntese da atividade desenvolvida pela AMT desde a sua efetiva entrada em funcionamento até ao momento atual. No Capítulo IV sumarizam-se as conclusões mais relevantes em termos do que poderá ser mais significativo perante a estrutura deste número da C&R.

* Presidente do Conselho de Administração da AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes.

** Vice-Presidente do Conselho de Administração da AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes.

SUMÁRIO: 1. Natureza e génese da AMT. 2. Por uma regulação económica de elevada qualidade. 3. Síntese da atividade desenvolvida pela AMT. 4. Conclusões.

1. NATUREZA E GÉNESE DA AMT

1. A AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes é a primeira Autoridade de Regulação Económica independente criada em Portugal, através da lei-quadro das entidades administrativas independentes¹ com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, com jurisdição no *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes* terrestres, marítimos e fluviais, e respetivas infraestruturas e cadeias logísticas, doravante aqui designado “*Ecossistema M & T*”.

Este conceito que está oficialmente assumido logo no primeiro Plano de Atividades da AMT (2016), e, repetido no de 2017, é desde logo uma originalidade, porquanto congrega realidades de natureza difusa, semelhantes a *clusters* e conglomerados horizontais, verticais e diagonais, de fronteiras indefinidas, de certo modo agregadas em torno do binómio “competitividade e coesão”, ligado por funções de digitalização progressiva, onde, no seu conjunto, o poder de mercado carece de ser equacionado segundo metodologias que podem ultrapassar o formalismo jurídico tradicional.

Para tornar este conceito mais compreensível importa referir que a sua aproximação mais rigorosa é aquela que está subjacente ao artigo 46.º dos Estatutos da AMT, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio.

Na verdade, a lei-quadro das entidades reguladoras, quando aplicada ao supra referido ecossistema, conduziu a que o legislador fizesse publicar no mesmo dia, 14 de maio de 2014, o Decreto-Lei n.º 77/2014 – que reestruturou o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (IMT), no sentido de se transformar num organismo de regulamentação técnica das diferentes atividades associadas a cada modo, ou seja, de licenciamento, de segurança, formação e inspeção técnicas, e de representante do Estado, para efeitos do exercício da sua função concedente – e o Decreto-Lei n.º 78/2014 – que aprovou os Estatutos da AMT, com funções novíssimas de Regulação Económica

1 Aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, alterada pela Lei n.º 12/2017, de 2 de maio, em matérias focadas sobretudo na gestão futura dos recursos humanos.

Independente, com o perfil de Autoridade, nos termos do artigo 267.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP)², para as áreas de regulação económica, em sentido amplo, da mobilidade e dos transportes –, assumindo assim, de forma inequívoca, a dicotomia “Regulamentação” *versus* “Regulação” para dois organismos distintos³.

Cumpre, contudo, enfatizar devidamente que, em qualquer dos referidos organismos, as missões de regulamentação e de regulação que lhes são respetivamente atribuídas devem ser assumidas com o mais elevado padrão de excelência: uma regulamentação técnica de excelência no IMT, em paralelo com uma regulação económica de excelência na AMT.

E só deste modo o País poderá beneficiar com esta solução legislativa que, como é evidente, é distinta da que foi utilizada noutros reguladores, aos quais também se aplica a lei-quadro das entidades reguladoras.

A propósito da Missão da AMT, acresce referir ainda que, nos termos dos seus Estatutos, ela está igualmente vinculada ao regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, o que implica que a AMT subcreve também o objetivo de promoção da concorrência nos diversos mercados relevantes integrados no *Ecossistema M & T*.

Como é evidente, o conceito de regulação utilizado pelo legislador aplica-se a toda a atividade da AMT sobre o referido *Ecossistema M & T*, qualquer que seja a unidade orgânica envolvida, através dos artigos 5.º e 46.º dos Estatutos,

2 O preceito estatui que: “A lei pode criar entidades administrativas independentes”, tendo sido introduzido apenas na Revisão de 1997.

3 Relativamente à polissemia dos termos “regulamentação” e “regulação”, que frequentemente dissemina ambiguidades perversas na economia e na sociedade, poder-se-á dizer que o legislador ter-se-á inspirado num artigo do Professor Eduardo PAZ FERREIRA (2010), publicado precisamente no n.º 1 desta revista C&R, sob o título «*Em torno da regulação económica em tempos de mudança*», em que, entre diversos *iters* analíticos, teoriza sobre as diferenças atribuídas aos termos “regulamentação” *versus* “regulação”.

O termo “regulamentação” representa genericamente a intervenção do Estado nas suas múltiplas configurações através de vias muito diversas que vão desde a Constituição de 1933 até normas avulsas, intrusivas, de ciclo de vida conjuntural, focadas em medidas de efeitos excludentes.

A regulamentação excessiva e enviesada a favor dos protagonistas concorrenciais – sejam eles o Estado nas suas múltiplas metamorfoses, sejam eles os operadores de transporte e/ou as empresas das atividades afins –, mais não é do que uma forma de proteger os interesses instalados em detrimento do interesse público. Numa linguagem, porventura, mais compreensível significa proteger os concorrentes e não a concorrência. Em contraponto, a regulação económica deve sempre “procurar preservar o equilíbrio económico de determinado setor que não seria logrado sem essa intervenção”. O imperativo de equilíbrio económico vem, aliás, ao encontro do conceito de “*concorrência equilibrada*” plasmado no artigo 81.º f) da CRP 1976. Contra aquele excesso de regulamentação pronunciaram-se, por altura da conclusão do Mercado Interno, diversos outros autores, de que se salienta Martin BANGEMANN, então Vice-Presidente da Comissão das Comunidades Europeias – v. Bangemann, 1992.

que abrange um universo da ordem de 29 mil regulados, mensurados a partir da reflexão subjacente ao citado artigo 46.º dos Estatutos.

2. As atribuições, só por si, não são normas habilitantes do exercício de qualquer das áreas de atividade da AMT e, por isso, o legislador, nos artigos 34.º a 38.º, tipificou os poderes jurídico-públicos específicos, na base dos quais esta Autoridade exerce a sua jurisdição no supra referido *Ecossistema M & T*, nomeadamente poderes de regulação, de supervisão, de promoção e defesa da concorrência, de regulamentação, de fiscalização, incluindo poderes de inspeção e auditoria, de emissão de instruções vinculativas e de estabelecimento de medidas cautelares, e, consagrou um capítulo específico – o “V” – ao exercício dos poderes sancionatórios.

Assim sendo, no contexto do exercício destes poderes que são, aliás, muito significativos, exige-se à AMT, como aliás a todos os Reguladores inseridos no perímetro da lei-quadro das entidades reguladoras, grandes obrigações de transparência e de sindicabilidade dos seus atos pelos tribunais, designadamente pelo TCRS.

Também, no que concerne aos grandes princípios constitucionais cogentes e estruturantes da Administração, tais como a igualdade, a proporcionalidade, a imparcialidade e a boa fé (nesta incluída uma dimensão de tutela da confiança), os mesmos vinculam inequivocamente a discricionariedade do decisor regulamentar.

Cumpre, todavia, assinalar que estas exigências assumem uma particular acutilância para a AMT, uma vez que é a primeira vez que um ecossistema com uma dimensão da ordem de 29 000 regulados se depara com uma entidade pública com funções de regulação económica independente.

Adianta-se, desde já, que, tanto quanto é do conhecimento do Conselho de Administração da AMT, à data de 30 de maio, ainda não se registou nenhum recurso. No entanto, é previsível que possam vir a aparecer recursos de todos os atos que afetam, de forma real ou potencial, os interesses e as estratégias concorrenciais de diferentes *stakeholders* do *Ecossistema M & T*.

2. POR UMA REGULAÇÃO ECONÓMICA DE ELEVADA QUALIDADE

3. Não obstante os prazos fixados no referido Decreto-Lei n.º 78/2014, e sua alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 18/2015, de 2 de fevereiro, a criação da AMT só se efetivou, de facto, com a designação do seu primeiro Conselho de Administração, o que aconteceu com a Resolução do Conselho de Ministros

n.º 38-D/2015, de 23 de julho, após cada um dos seus membros ter sido avaliado pela CRESAP, não como um gestor público, mas como titular de um órgão de regulação económica independente, e foi nesse estatuto que também foi objeto de uma Audição na Assembleia da República, em 16 e 17 de julho de 2015.

O Conselho de Administração da AMT entrou, por conseguinte, em funções a 23 de julho de 2015.

4. Para bem cumprir a missão⁴ que a Lei confere à AMT, há que promover e proteger o interesse público da mobilidade inclusiva, eficiente e sustentável.

A compreensão semiótica dos qualificativos deste interesse público está ancorada nas seguintes ideias: (a) “inclusiva” contempla a segurança individual e coletiva, bem como a abrangência territorial e social; (b) “eficiente” congrega as exigências de competitividade e do combate ao desperdício, tudo integrado numa perspetiva de *benchmark* nas diferentes dinâmicas heterogêneas da globalização; e, finalmente, (c) “sustentável” reúne a exigência ambiental e financeira numa ecologia integral, focada em superar a corrosão do tempo.

Em ordem a operacionalizar estes conceitos é necessário refletir nos seguintes domínios:

- ✓ Procura da mobilidade inclusiva, eficiente e sustentável, enquanto direito de cidadania, em oposição ao interesse corporativo que decorre da Lei de Coordenação dos Transportes Terrestres – Lei 2:008, da Presidência da República, publicada no Diário do Governo, de 7 de setembro de 1945 –, em que a mobilidade é definida como um espaço de convergência dos interesses corporativos da época, que se têm mantido até à nossa contemporaneidade, ainda que com algumas metamorfoses.

Neste diploma o interesse público advém de acordos entre empresas concorrentes de diferentes modos e o Governo, de forma a estabelecer-se aquilo que é qualificado como uma “*concorrência regrada*”.

4 Em linha como o disposto no Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, cabe à AMT a missão de “*definir e implementar o quadro geral de políticas de regulação e de supervisão aplicáveis aos setores e atividades de infraestruturas e de transportes rodoviários, ferroviários, fluviais e marítimos, num contexto de escassez de recursos e de otimização da qualidade e da eficiência, orientadas para o exercício da cidadania, numa perspetiva transgeracional, de desenvolvimento sustentável*”.

Como é evidente, está por realizar um imenso trabalho de regulação económica independente visando, entre outros objetivos, afastar as sequelas deste paradigma de “*concorrência regrada*” e, em seu lugar, construir o paradigma de concorrência não falseada, tal como é exigido pela nossa presença no sistema das Comunidades Europeias, a partir de 1966.

- ✓ Cumprimento do direito comunitário, materializado na conclusão do Mercado Interno nos diferentes modos de transporte.

O interesse público subjacente ao direito comunitário é lapidarmente definido pelo acórdão⁵ do Tribunal de Justiça das Comunidades, suscitado por uma queixa do Parlamento Europeu contra o Conselho e em que este é condenado pelo Tribunal pela sua inércia em não cumprir as obrigações previstas no artigo 75.º, 1.º parágrafo, alíneas a) e b) do Tratado da Comunidade Europeia, no que visam a concretização efetiva da liberdade de prestação de serviços de transporte, sem discriminação, na base da nacionalidade do transportador.

Nesta matéria é igualmente oportuno referir o Acórdão “*Nouvelles Frontières*”, de 30 de abril de 1986, que claramente explicita que o ecossistema dos transportes é também subsumível às regras de concorrência do Tratado.

Por conseguinte, relativamente a esta dimensão do “interesse público” que cabe à AMT prosseguir, afigura-se extremamente oportuno o artigo 39.º dos Estatutos da AMT que, relativamente aos poderes sancionatórios, expressamente estatui que os mesmos se aplicam “*ao direito da União Europeia, cuja observância seja assegurada pela AMT*”.

5. Para melhor compreender esta vertente do referido interesse público importa recordar o seguinte:

Não obstante o Ato Único Europeu, que entrou em vigor em 1 de julho de 1987, ter fixado a data precisa de 31 de dezembro de 1992 para a conclusão do Mercado Interno, no sentido de serem eliminadas todas as fronteiras internas à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, a verdade é que nos diversos modos de transporte, subsistia ainda, nessa data, um mosaico de barreiras protecionistas, associadas a condicionalismos de ordem social, económica e de segurança das ligações, que impediam a integral ocorrência das externalidades positivas advenientes da concretização desse mesmo mercado.

5 Processo n.º 13/83, Parlamento contra Conselho, acórdão de 22 de maio de 1985.

Em rigor, no modo rodoviário, em 1 de janeiro de 1993, apenas se registava a liberalização do transporte de mercadorias internacionais de um Estado para outro, continuando a subsistir barreiras associadas à cabotagem que, tendo vindo a ser removidas ao longo dos anos seguintes, ainda hoje em dia não se podem considerar totalmente eliminadas. Igualmente, a atividade de transporte fronteiriço continuou a ser dificultada pela existência de várias modalidades de tributação (IVA), decorrentes de diferenças existentes a nível de matéria coletável e da taxa a aplicar.

No caso do transporte ferroviário, à data de 31 de dezembro de 1992, nenhum dos serviços, seja de mercadorias ou de passageiros, se encontrava liberalizado, tendo, em Portugal, os primeiros passos apenas sido dados já na segunda metade da década de 1990, com a separação entre o gestor de infraestrutura (REFER) e o operador público (CP), e, nos finais dessa mesma década, com o surgimento do primeiro operador privado (FERTAGUS). Por sua vez, na atualidade apenas se encontra liberalizado o serviço de mercadorias e o serviço internacional de passageiros, havendo ainda barreiras protecionistas ao serviço doméstico de passageiros.

Apesar do transporte marítimo a nível internacional ser uma atividade liberalizada, apenas a partir de 1 de janeiro de 1993 foi introduzida progressivamente a cabotagem marítima de acordo com as etapas estabelecidas em 1992, (Regulamento (CEE) n.º 3577/92, de 1992.12.07), e que permitia derrogações a determinados serviços de transporte marítimo, a última das quais até ao início de 2004. Os serviços de cabotagem marítima estão limitados aos armadores comunitários que tenham os seus navios registados num Estado Membro e arvorem pavilhão desse Estado Membro.

É este mosaico de fronteiras internas que torna urgente a Regulação Económica Independente no âmbito do *Ecosistema M & T*, como foi reconhecido no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (Memorando da TROIKA, abreviadamente MoU), quando especificamente prevê a constituição da entidade reguladora independente, que viria a ser a AMT.

De certo modo a ideia da criação da AMT, subjacente ao MoU, enquadrou-se nas metodologias designadas inicialmente por “*Better Regulation*” e mais recentemente por “*Smart Regulation*”.

Ambos os conceitos foram reunidos numa decisão do Conselho, de 16 de março de 2016, visando, pela primeira vez, um acordo interinstitucional (Parlamento Europeu, Conselho, Comissão) determinante para uma prática

de Regulação em ordem à competitividade e sustentabilidade da Economia da União.

6. O cumprimento da plenitude da MISSÃO da AMT, enquanto Regulador Económico Independente, é realizado através da implementação nos diferentes mercados relevantes da mobilidade de um novo *paradigma sistémico* de Regulação Económica de Elevada Qualidade (REEQ).

Muito embora esta *ideia* de *regulação* se possa inscrever nas melhores perspetivas da OCDE⁶ e da UE⁷ e também se possa aproximar do conceito de *regulação jurídica da economia* (“RJE”), difundido pelos Professores Eduardo PAZ FERREIRA e Luís SILVA MORAIS, em 2008⁸, a verdade é que esta *regulação económica de elevada qualidade* é verdadeiramente um conceito original da AMT que está circunscrita às atividades subjacentes ao *Ecossistema M & T*.

Assim justifica-se pensar numa solução de regulação económica independente dos diferentes “*espaços de transação e situações concorrenciais*” da economia portuguesa.

Esclareça-se, contudo, que a expressão “regulação económica de elevada qualidade” é corrente nalguma doutrina especializada focada na “*better regulation*” e no consenso de Washington, e também na relativa ao processo de construção europeia, sobretudo a partir do artigo seminal de Giandomenico MAJONE (1994)¹⁰.

O que é original na metodologia de regulação adotada pela AMT é a estrutura específica deste paradigma sistémico de regulação económica de elevada qualidade (REEQ), ou seja, a realização prévia do exercício de *compliance*, e, de atualização permanente do conhecimento do *Ecossistema M & T*, a que se seguem três pilares estratégicos.

Trata-se, por conseguinte, de uma ambição, que nos parece legítima, de conceber um paradigma sistémico até então inexistente.

Neste sentido, é oportuno citar João CARVALHO (2017: 34)¹¹, quando escreve “*O cumprimento da plenitude da Missão da AMT, enquanto Regulador Económico*

6 OCDE, 2013.

7 Baldwin, Cave & Lodge, 2011.

8 Paz Ferreira & Silva Morais, 2008.

9 Lopes Rodrigues, 2007: 110 e segs.

10 Majone, 2004:77-101.

11 Carvalho, 2017.

Independente, baseia-se num modelo de atuação, designado por REEQ, e que disciplina qualquer intervenção da AMT, seja na emissão de pareceres, pronúncias ou recomendações e instruções, seja na sua forma de atuação”.

Esta metodologia inicia-se por um exercício prévio (a) de *compliance* que deve ser o mais diversificado e exaustivo possível, em todas as vertentes determinantes da função competitividade para o *Ecosistema M & T*, e, (b) de atualização permanente do conhecimento mais compreensivo desta realidade, a que se segue a aplicação dos seguintes três pilares estratégicos fundamentais:

- A. Suprir falhas de mercado;
- B. Sem gerar falhas de Estado, incluindo as de regulamentação. Muitas delas geram “distorções à concorrência”, expressamente interditas pelo artigo 4.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE);
- C. Promover a confluência dos equilíbrios dinâmico e resiliente, de três racionalidades:
 - ✓ A dos Investidores
 - ✓ A dos Profissionais/Consumidores/Utilizadores e/ou Cidadãos
 - ✓ A dos Contribuintes.

Estas racionalidades são não aditivas, embora as suas dinâmicas se possam reforçar mutuamente, devendo a sua avaliação ser efetuada de forma integrada numa Visão Holística das mesmas.

Esta metodologia tem natureza interdisciplinar e, nesse sentido, faz apelo a diferentes áreas científicas, relevando-se neste artigo apenas a economia industrial e o direito da regulação e da concorrência de matriz comunitária.

As características já conhecidas do referido ecossistema permitem antecipar, com elevada probabilidade, a enorme pertinência da aplicabilidade das teorias contemporâneas de regulação económica, bem ilustradas nos trabalhos de Alfred KAHN¹², Jean TIROLE¹³, e, também Luis CABRAL¹⁴.

São frequentes contratos incompletos, com períodos de vigência porventura de longevidade excessiva, perante as falhas de mercado decorrentes das assimetrias de informação, em paralelo com uma diversidade de falhas de

¹² Kahn, 1988.

¹³ Tirole, 1988.

¹⁴ Cabral, 2000.

regulamentação, típicas de uma presença excessiva do paradigma “Estado Empresário” ou “Interventor”.

A boa aplicação deste paradigma sistémico de REEQ contribui para a consolidação de um ambiente incentivador do investimento produtivo e sustentado, quer na componente pública quer no setor privado, assente:

- Na adoção de regras e procedimentos claros, assertivos, coerentes, credíveis, transparentes, com um elevado ciclo de vida, sindicáveis, que tenham impacto positivo nos mercados relevantes da mobilidade, que promovam a competitividade.
- Na inovação e na antecipação de novos mercados, procurando sempre construir um paradigma de concorrência inclusiva – que corresponde ao descrito nos Tratados fundacionais da Construção Europeia pela expressão “concorrência não falseada” – sem restrições decorrentes das estratégias empresariais nem distorções decorrentes das entidades e políticas públicas.

7. No exercício das suas atribuições, a AMT emite atos jurídico-administrativos regulatórios de hierarquia variável, recorrendo aos poderes que os seus Estatutos lhe consagram, que, na grande maioria dos casos, são atos administrativos “*tout court*”, e, noutros casos, são atos integradores de um processo de contraordenação, sujeitos ao regime e garantias próprias de um Estado de Direito Democrático, que se caracteriza, em particular, por um património de direitos, liberdades e garantias, assegurado pelo controlo judicial das suas decisões¹⁵ (a que se refere o artigo 43.º, n.º 1 dos Estatutos), que produzam efeitos externos na esfera jurídica de terceiros.

Atenta a Lei Orgânica do TCRS serão passíveis de recurso todos os atos administrativos da AMT que venham a dar origem a contraordenações.

Ora, nos termos do artigo 40.º dos Estatutos da AMT, estas sistematizam-se nos seguintes grupos:

- Incumprimentos de atos jurídico-administrativos regulatórios da AMT [alíneas a), b), c), d) e j)];

¹⁵ “Decisões” são todos os atos administrativos que contenham a solução de um determinado caso concreto, *in* Freitas do Amaral, 1989: 149. Em sentido amplo, “ato administrativo” abarca o procedimento administrativo e a decisão como último momento do *iter* procedimental. Em sentido estrito, ato administrativo é sinónimo de decisão administrativa.

- Violações de regras gerais definidas pela AMT ou, decorrentes do direito nacional ou da União Europeia, dentro das respetivas atribuições [alíneas e), f) e g)];
- Não prestação de informações ou prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, pelos responsáveis das entidades reguladas, quando requeridas pela AMT no uso dos seus poderes de autoridade [alínea h)];
- Recusa de colaboração com a AMT, designadamente no acesso ao exercício das suas atribuições de supervisão, de monitorização, de auditoria e de ações inspetivas e de fiscalização [alínea i)].

Conhecidos os atos jurídico-administrativos impugnáveis perante o TCRS importa reiterar que, iniciado um processo de contraordenação, os atos praticados pela AMT – que fora desse contexto seriam atos administrativos *stricto sensu*¹⁶ – passam a ser regulados pelo subsistema jurídico constituído pelo direito contraordenacional¹⁷.

Assim sendo, torna-se inevitável aplicar o Regime Geral das Contraordenações (RGCO), com o cuidado de, contudo, precluir a sua deriva penal, tal como aconteceu por imposição do MoU no que concerne à Autoridade da Concorrência (AdC), como se refere mais detalhadamente no ponto 12. *infra*.

8. A atuação da AMT, de elevada complexidade técnica, está materialmente subordinada ao controlo judicial, segundo mecanismos diferenciados em função de cada uma das categorias de “atos” regulatórios, em sintonia com o princípio da oportunidade, no sentido que lhe é conferido pelo artigo 7.º do Regime Jurídico da Concorrência, constante da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

8.1. No grupo de atos suscetíveis de constituírem contraordenações impugnáveis perante o TCRS (artigo 40.º) sumariamente identificados no ponto 7. *supra*, inclui-se qualquer decisão ou determinação da AMT, emitida no exercício dos seus poderes de regulação, em sentido amplo, destacando-se, em particular:

16 De acordo com o artigo 148.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, “consideram-se actos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.”

17 Assim sendo, quando um ato de uma autoridade administrativa possa ser visto simultaneamente como um ato administrativo e um ato integrador de um processo de contraordenação, o seu regime jurídico, nomeadamente para efeitos de impugnação, deverá ser, em princípio, o do ilícito de mera ordenação social, mas não o regime do Código do Procedimento Administrativo, sob pena de se criar o risco de um bloqueio completo da atividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas.

- Pareceres prévios vinculativos, a que se reporta o artigo 34.º, n.º 2, al. b);
- Instruções vinculativas, previstas no artigo 36.º;
- Medidas cautelares ou provisórias, cuja disciplina consta do artigo 37.º;

8.2. A AMT emite outros atos que, embora correspondam ao exercício dos seus poderes regulatórios,¹⁸ não são suscetíveis de desencadear diretamente a abertura de um processo de contraordenação, sendo, por isso, insuscetíveis de recurso judicial.

É o caso das Pronúncias e dos Pareceres, a pedido do Governo, da Assembleia da República, ou *ex officio*, que, integrando recomendações, de natureza meramente opinativa, instrutória e consultiva, correspondente a juízos valorativos de uma dada realidade, técnica ou jurídica, desempenham uma função típica dos Poderes Exortativos, cujos elementos não vinculativos, podem ser invocados, a todo o tempo, em qualquer processo judicial, por qualquer entidade (partes envolvidas ou terceiros).

8.3. A AMT tem ainda competência para produzir atos normativos (normas administrativas)¹⁹, de natureza geral (indeterminabilidade de destinatários) e abstrata (aplicação sucessiva ou permanente), nuns casos com eficácia meramente interna, esgotando os seus efeitos no seio da organização, noutros – em relação às entidades reguladas – com efeitos externos.²⁰

Estes atos são passíveis de recurso para os Tribunais competentes em função da matéria, mas não para o TCRS, tal como se refere em 11.2. *infra*.

18 Em sentido amplo, inclui a regulação económica, a promoção e defesa da concorrência e a supervisão dos mercados da mobilidade.

19 Sobre a distinção entre ato administrativo e regulamento administrativo, cfr. Freitas do Amaral, 1989: 36-37, “Por via de regra, a distinção é bem fácil de fazer, e reconduz-se à distinção entre norma jurídica e acto jurídico. Tanto o regulamento como o acto administrativo são comandos jurídicos unilaterais emitidos por um órgão da Administração no exercício de um poder público de autoridade: mas o regulamento, como norma jurídica que é, é uma regra geral e abstracta, ao passo que o acto administrativo, como acto jurídico que é, é uma decisão individual e concreta. A norma jurídica é geral, isto é, define os seus destinatários por meio de conceitos ou categorias universais, sem individualização de pessoas; e é abstracta, isto é, define as situações de vida a que se aplica também por meio de conceitos ou categorias. Pelo contrário, o acto administrativo é individual, isto é, reporta-se a uma pessoa ou a algumas pessoas especificamente identificadas; e é concreto, isto é, visa regular uma certa situação bem caracterizada”.

20 O artigo 135.º do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) ao definir, pela primeira vez, “regulamento”, acrescenta uma nova característica da norma regulamentar centrada no âmbito da sua eficácia (externa), concretizando o entendimento praticamente unânime, há muito assumido, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. O preceito estatui que: “Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”.

9. Uma das contraordenações que, nesta fase, tem maior potencialidade de gerar recursos é precisamente a que se refere à violação do dever de colaboração referido no ponto 7. *supra*.

As empresas, assim como todas as outras entidades, abrangidas pelo perímetro do artigo 46.º dos Estatutos, devem, a pedido, fornecer **informações factuais e meios de prova documentais**²¹, que podem vir a ser usados em processo de contraordenação.

O dever de colaboração²², refletindo a tensão que sempre se manifesta entre o interesse público na descoberta e investigação de infrações e o direito de não autoincriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”), gera complexos desafios práticos às empresas, no âmbito dos processos sancionatórios.

Para superar estes desafios a AMT tem vindo a desenvolver nestes primeiros meses da sua existência uma fase pedagógica, privilegiando os Poderes exortativos, visando consolidar hábitos de boas práticas, em sintonia com o cumprimento escrupuloso das normas legais aplicáveis, no âmbito do direito comunitário e nacional, e sempre tomando como base a aplicação do paradigma sistémico de REEQ que “*disciplina qualquer intervenção da AMT*”, conforme já se referiu²³.

21 A colaboração das empresas e dos seus representantes é imposta por lei, constituindo contraordenação a falta de prestação de informações ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AMT, bem como a não colaboração com a AMT ou a obstrução ao exercício por esta dos poderes de supervisão ou sancionatórios, conforme o disposto no artigo 40.º, n.º 1, al. h) e i) dos Estatutos da AMT.

22 O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) já teve ocasião de se pronunciar sobre o alcance e limites do dever de colaboração das empresas, no âmbito dos processos instaurados pela Comissão Europeia. No acórdão do TJCE de 18-10-1989, no Proc. n.º 374/87 (Orkem vs. Comissão), o Tribunal declarou que “*a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa*”. Donde decorre que “*a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão*”. A “*jurisprudência Orkem*” marcou o rumo da subseqüente jurisprudência comunitária. Também a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem vindo a densificar o princípio *nemo tenetur*. Para o caso em apreço, importa referir o Acórdão do TEDH, de 25-02-1993 (Funke vs. França) que fazendo apelo à “*jurisprudência Orkem*” do TJCE, considera, sumariamente, que o dever de colaboração não pode significar que os abrangidos possam ser obrigados a autoincriminar-se. Entre nós, o Supremo Tribunal Administrativo (STA), designadamente no recente Acórdão n.º 360/2016, de 04-01-2017, decidiu que “*após notícia do ilícito, os reguladores podem intimar os supervisionados visados a fornecer documentação, sob cominação de sanção por incumprimento do dever de colaboração, fora do quadro de um processo sancionatório formalmente organizado, podendo essa documentação assim obtida, ser utilizada como prova contra o visado/Arguido e/ou outros, em processos sancionatórios futuros*”.

23 Carvalho, 2017.

Ao refletir sobre a panóplia diversificada de potenciais recursos dos atos da AMT é inevitável endogeneizar algumas reflexões sobre o RGCO.

A aplicação automática do RGCO à AMT, enquanto entidade administrativa independente, confronta-se com uma grande dificuldade, devido à inexistência de regulamentação setorial específica, clara e previsível, inspiradora de confiança dos investidores e consumidores/cidadãos na atuação administrativa, impondo, além do mais, especiais cautelas na aplicação analógica de regras gerais a questões específicas para as quais o RGCO não foi gizado e cujas soluções nem sempre se revelam as mais adequadas à solução do caso concreto.

Efetivamente, a aplicação de direito subsidiário pressupõe necessariamente uma omissão – não propositada – do direito primário sobre a questão a regular, conformador de um Regime Sancionatório Especial que, embora “alicerçado” no RGCO, seja substantivado em regras próprias.

Por tudo isto, onde sobressai a ausência de regras processuais próprias e autónomas da Missão do Regulador, acabaria por se gerar “entropia de litigância”²⁴, tal como aconteceu com o Regime Jurídico da Concorrência, na base das diferentes gerações de diplomas, *maxime* pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

Na verdade, o RGCO “*só tem sentido para pequenas infrações, facilmente investigadas, com implicações sociais limitadas, e sujeitas a penas ligeiras (por exemplo, as infrações ao Código de Estrada. (...) Cabe aqui destacar que, no tocante à punição e factos ilícitos, o direito administrativo de polícia se encontra, noutros domínios (financeiro, ambiental, etc.) numa condição lastimável, que resultou precisamente de se ter adotado o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.*”²⁵

Daí que, como afirma Paulo de Sousa Mendes, o RGCO “*não é adequado à missão das autoridades reguladoras independentes, nem foi originariamente pensado para isso.*”²⁶

A emergência do paradigma regulatório nas economias de mercado contemporâneas determinou a evolução do próprio Direito, no sentido da adoção de instrumentos diferentes do sistema clássico de aplicação de “penas” administrativas e criminais, que exigem regras processuais específicas, que o regime do ilícito de mera ordenação social não talhou, e que só a consagração de um novo

24 Lopes Rodrigues, 2007.

25 Veloso, 2005: 59.

26 Sousa Mendes, 2009: 212.

ramo do Direito, estribado em bases sólidas, se mostra capaz de dar resposta às exigências da economia contemporânea²⁷.

Esta tarefa é naturalmente dificultada, por um lado, pela aplicação subsidiária de regras gerais e abstratas, cuja arquitetura não tomou em devida conta as especificidades próprias de cada setor de atividade, e, por outro, pela natureza reconhecidamente híbrida do processo contraordenacional.

De facto, as dificuldades suscitadas pela complexidade do exercício dos vastos poderes legais que estão confiados às entidades administrativas independentes convoca a especialização e a autonomia do regime contraordenacional aplicável às entidades administrativas independentes face ao Direito Administrativo, ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, fundado num quadro sancionatório especial e de cujo sucesso depende a abertura da economia à competitividade das empresas e ao fomento da confiança dos diversos agentes económicos.

10. Neste contexto, a criação de um tribunal de competência especializada pretendeu não só enfrentar e dar resposta às especificidades que o controlo jurisdicional dos atos (jurídico-administrativos) de regulação em sentido amplo motiva, como imprimir celeridade no andamento das decisões²⁸.

É verdade que só uma adequada especialização jurisdicional pode mitigar as vicissitudes suscitadas pela “assimetria informativa” ao controlo jurisdicional e os evidentes obstáculos à prática dos tribunais, em particular aos juízes que são chamados a conhecer dos atos regulatórios e *compelidos* a dominar minimamente a terminologia técnica específica da atividade para poderem pronunciar-se sobre o mérito da causa, em termos não apenas meramente formais-procedimentais.

Mas, não é menos verdade que a especialização depende do grau de estabilização das entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal e do conhecimento aprofundado dos diplomas legais intrínsecos à regulação económica e à disciplina

27 Em linha com o que se considera que deve ser interpretada a melhor Cultura a desenvolver para uma nova Política de Concorrência, Paulo de Sousa Mendes argumenta que: “*O regime legal do procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência afasta-se em muitos aspetos, das garantias de defesa do processo penal, e do processo de mera ordenação Social*”. É legítimo, mais do que bradar ao escândalo, perguntar se não estamos a assistir ao nascimento de um novo ramo de direito, uma espécie de direito de intervenção a cargo das Autoridades Reguladoras Independentes. Mas é preciso então cortar as amarras com o direito penal e o direito de mera ordenação social. Sendo assim, muito está ainda por fazer ...”

28 Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março, que instituiu o tribunal da propriedade intelectual e o tribunal da concorrência, regulação e supervisão, tribunais com competência territorial de âmbito nacional para o tratamento das questões relativas à propriedade intelectual e à concorrência, regulação e supervisão.

da concorrência, cujo papel de garante cabe, em primeira linha, à jurisprudência dos Tribunais de recurso, em especial ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e ao Tribunal Constitucional.

11. Sem embargo do que a prática processual do TCRS, fortemente influenciada pela jurisprudência do STJ, tem vindo a demonstrar, é interessante notar que a especialização jurisdicional que o legislador pretendeu instituir no controlo dos atos da Autoridade da Concorrência, ao criar o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão e ao centralizar nele a fiscalização de todo o tipo de decisões por ela emanadas²⁹, não gerou uma preocupação correlativa no domínio dos atos de regulação setorial.

Aqui, não só há uma bifurcação na repartição jurisdicional de competências consoante estejamos perante atividade administrativa ou ilícitos de mera ordenação social, como não existem quaisquer regras específicas de repartição de competências ou secções especializadas.

11.1. Como é sabido, os tribunais judiciais são, nos termos do artigo 130.º, n.º 1, al. e) da LOSJ³⁰, residualmente competentes, *“na respetiva área territorial, tal como definida em decreto-lei, quando as causas não sejam atribuídas a outros juízos ou tribunal de competência territorial alargada”* para julgar os recursos das

29 Seja as decisões proferidas em procedimentos administrativos, seja outras decisões recorríveis nos termos do regime jurídico da concorrência, e as decisões ministeriais emitidas ao abrigo do recurso extraordinário previsto no artigo 34.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

Esta matéria passou a estar tratado no artigo 92.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, não tendo sofrido alterações, na sequência da criação do TCRS, operada pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho.

Cfr. Vicente, 2012: *“O Regime Jurídico da Concorrência, antes da fisionomia de que dispõe actualmente em razão da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (sucessivamente alterada), 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 Direção-Geral de Concorrência e Preços e o ministro, por outro lado. 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 Direção-Geral de Concorrência e Preços; 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” 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 contraordenacionais.”*

30 Lei da Organização do Sistema Judiciário.

decisões das autoridades administrativas em processos de contraordenação (como sucede com as contraordenações rodoviárias ou ambientais).

Mas há um conjunto de competências específicas que vêm contrariar aquela regra, impondo o recurso para tribunais especializados que julgam como se fosse *ex novo* com jurisdição plena³¹.

11.2. Neste contexto, a AMT, no âmbito do exercício dos respetivos poderes, está sujeita a três ordens de jurisdição:

- Ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) relativamente às questões de recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação³². A competência deste Tribunal abrange os respetivos incidentes e apensos, bem como a execução das decisões;
- Aos Tribunais Administrativos quando estejam em causa atos praticados no exercício de funções públicas de autoridade³³ e contratos de natureza administrativa³⁴;
- Aos Tribunais Comuns em matéria de litígios laborais, considerando o regime regra do contrato individual de trabalho para as entidades reguladoras³⁵, bem como para outros litígios emergentes de atos e contratos regidos pelo direito privado.

31 Cf. artigos 111.º/1-e), 112.º, 113.º/1-t) e 126.º/2 da LOSJ e o artigo 53.º RGIT.

32 Artigo 112.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, que aprovou a Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), nos termos do qual compete ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação: da Autoridade da Concorrência; da Autoridade Nacional de Comunicações, do Banco de Portugal; e demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão. Sendo certo que a competência daquele Tribunal abrange os respetivos incidentes e apensos, bem como a execução das decisões.

33 Do n.º 2 do artigo 266.º da CRP resulta a subordinação de todos os órgãos e agentes da administração à Constituição e à lei, abrangendo implicitamente esta previsão, toda a administração independente, especialmente os órgãos desta natureza que integram a administração ativa. Da vinculação dos órgãos administrativos independentes ao princípio da legalidade resulta a faculdade de os administrados poderem impugnar contenciosamente junto da jurisdição administrativa, todos os atos administrativos e regulamentos administrativos aprovados pelas mesmas instâncias que violem os seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.ºs 4 e 5 da CRP).

34 Alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º da lei-quadro das entidades reguladoras.

35 Artigo 32.º da lei-quadro das entidades reguladoras, conjugado com a alínea d) do n.º 3 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativo e Fiscais.

11.3. Existe ainda nos termos constitucionais, a faculdade de impugnação contenciosa de atos normativos (regulamentos internos e externos da AMT) junto do Tribunal Constitucional com fundamento na violação da Lei Fundamental, seja em sede de fiscalização abstrata sucessiva (al. a) do n.º 1 do artigo 281.º da CRP) seja no âmbito da fiscalização concreta (al. a) e b) do n.º 1 do artigo 280.º).

12. Respondendo à necessidade de clarificação do regime jurídico da concorrência, no sentido de o dotar de um elenco de regras processuais autónomas no âmbito do processo contraordenacional, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio³⁶, veio, em conformidade com uma “orientação imperativa” do MoU³⁷, contrariar expressamente qualquer deriva para o penal no sentido de *«aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de recurso judicial de decisões da Autoridade da Concorrência»*.

Assim, foram desenhadas novas regras processuais autónomas, com separação clara das regras processuais penais, bem patente na substituição da figura do “arguido” pelo conceito alternativo de “visado no processo”, e *«harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE»*.

13. Para além do escrutínio judicial dos atos praticados pela AMT, o paradigma sistémico de Regulação Económica de Elevada Qualidade, almejando uma maior harmonização com o direito da União Europeia, exige também o envolvimento e a participação direta dos diferentes atores sociais no processo de decisão pública, na fiscalização da atividade regulatória e na prestação de contas (*accountability*), cumprindo uma função de legitimação e de transparência decisória.

Concomitantemente, viabiliza uma intervenção robusta que, indo ao encontro das expetativas da sociedade e da compreensibilidade dos *stakeholders*,

36 Em conformidade com o artigo 2.º dos Estatutos: “A AMT rege-se pelo direito internacional e da União Europeia, pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprova a lei-quadro das entidades reguladoras com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, doravante designada por lei-quadro das entidades reguladoras, pelo regime jurídico da concorrência, pelos presentes estatutos, pela legislação setorial e disposições legais que lhe sejam aplicáveis e pelos respetivos regulamentos internos.”

37 No âmbito do ponto 7.20 i e ii do MoU, o Estado Português vinculou-se a “adoptar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência” tendo-se comprometido em particular a “estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial” e a “propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE”.

proporciona a obtenção de ganhos de bem-estar, essenciais à credibilidade e à confiança em que assenta o investimento e o desenvolvimento da economia.

Em certo sentido cabe convocar as novas formas de construção cooperativa do conhecimento baseado na inteligência coletiva³⁸ dos diferentes atores envolvidos no desenvolvimento de um desafiador e disruptivo processo dialético de comunicação e partilha de conhecimento, as quais reclamam mudanças profundas na esfera política, social e, principalmente, no plano educacional, que viabilizem o acolhimento da inovação e de novos modelos de regulação económica.

3. SÍNTESE DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELA AMT

14. A atividade que tem sido desenvolvida pela AMT desde a sua operacionalização em meados de 2015 tem-se centrado numa abordagem inovadora e pedagógica às grandes questões regulatórias *suscitadas pelo Ecosistema M & T* que vinham de décadas de um Estado onnipotente, focado em regulamentações de fins opacos, excessivamente intrusivo na iniciativa privada e, em certo sentido, também provocando distorções da concorrência, extensivas a qualquer dos modos de transporte.

15. No contexto dos objetivos específicos deste artigo, em homenagem ao 5.º aniversário do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, importa apresentar uma síntese dos principais atos regulatórios da AMT que, pelo menos potencialmente, são passíveis de recurso.

16. Assim, apresentar-se-ão numa primeira categoria apenas os atos recoráveis, identificados no ponto 8.1. *supra*, designadamente:

38 Este conceito de “inteligência Coletiva” tem sido examinado, a partir da intervenção seminal do filósofo francês Levy, 2007. Para este autor a inteligência coletiva é: [...] *uma inteligência distribuída por toda a parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta uma mobilização efetiva das competências* [...].

No fundo, traduz o contributo da inteligência de cada um para o saber de todos, tornando-se um processo de crescimento coletivo, interligado por meio de tecnologias de comunicação, numa perspetiva antropológica de longa duração, em que o vínculo social se expande através do intercâmbio de conhecimentos.

No recente artigo de Saunders & Mulgan, 2017, é abordado o tema da inteligência coletiva enquanto estratégia para governar, independentemente do grau de desenvolvimento de cada país, e formuladas recomendações práticas para a aplicação da inteligência coletiva como fator de eficiência e de criação de valor no Estado, num contexto de participação ativa dos diferentes atores sociais.

16.1. Pronúncias sobre as propostas de regulamentos de tarifas das Administrações Portuárias do Continente, cujos destinatários são as próprias Administrações Portuárias que estão naturalmente dentro do perímetro do artigo 46.º dos Estatutos da AMT.

16.2. Pronúncias com pareceres vinculativos sobre peças de procedimento de formação dos contratos de concessão ou de prestação de serviços públicos nos setores regulados, ou sobre alterações promovidas aos contratos em vigor, nos termos e para os efeitos previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º dos Estatutos da AMT, dos quais se destacam até ao momento:

16.2.1. Contratos relativos às subconcessões rodoviárias do Baixo Alentejo e do Algarve Litoral), nomeadamente:

- 3.º Relatório Final da Comissão de Renegociação nomeada pelo Despacho n.º 16198-F/2012;
- Acordos de Alteração aos Acordos de Aditamento;
- Primeiro Aditamento ao 3.º Relatório Final da Comissão de Renegociação (apenas relativo à subconcessão do Baixo Alentejo).

16.2.2. Contrato de concessão do direito de exploração comercial, em regime de serviço público, da atividade de movimentação de carga geral fracionada e granéis nos cais convencionados do porto de Leixões, também objeto de renegociação.

Atentos os processos atualmente em curso de renegociação dos contratos de concessão de terminais portuários para a prestação do serviço público de movimentação de cargas nos principais portos comerciais do continente, cujos trabalhos se encontram em avançado estado de desenvolvimento, está prevista a emissão a curto de prazo de vários outros pareceres vinculativos neste contexto.

16.2.3. Contrato da Sociedade de Transportes Coletivos do Porto, S.A. (STCP), no âmbito do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 9 de junho.

A breve trecho é expectável a emissão de um parecer vinculativo equivalente sobre o contrato da CARRIS.

Será também de realçar a emissão de uma Pronúncia específica sobre a Deliberação do Conselho de Administração do IMT relativo ao período de

transição para os serviços de transporte de passageiros por modo rodoviário, anteriormente titulados por “autorizações RTA”, em conformidade com o Regulamento (CE) n.º. 1370/2007, de 23 de outubro, permitindo a implementação, em tempo útil, do RJSPTP.

16.2.4. Contrato Programa celebrado entre o Estado e a Infraestruturas de Portugal (IP), no contexto das obrigações de serviço público e compensações da gestão da infraestrutura da Rede Ferroviária Nacional.

17. Numa segunda categoria de atos, caracterizados no ponto 8.2. *supra*, temos um conjunto de Pronúncias que não se dirigem diretamente a nenhum *stakeholder*, mas que visam alterar as condições gerais de concorrência que caracterizam uma determinada parte do *Ecossistema M & T*.

Quer isto dizer que destas Pronúncias podem vir a gerar-se atos específicos com um destinatário concreto e, consequentemente, poderão, em tese, vir a ser objeto de recurso.

17.1. Como um exemplo desta última categoria poder-se-ão citar as Pronúncias sobre a UBER e Táxis no contexto das plataformas tecnológicas para a mobilidade, elaboradas para o Governo e Assembleia da República, bem como sobre o Projeto de Diploma relativo às Plataformas de Mobilidade e Transporte de Passageiros em Veículos Não Caracterizados a partir de Plataformas Eletrónicas (TVDE), cujas linhas gerais se sumarizam da seguinte forma:

- A AMT considerou que a entrada da UBER no mercado português, desde 2014, é ilegal e, como tal, o primeiro requisito que é exigido é que a UBER cumpra a legalidade imposta pelo ordenamento jurídico português. Com efeito, a AMT alertou para o facto da atividade prestada pela UBER não se cingir à prestação de serviços de sociedade de informação, abrangendo atividades subsumíveis ao quadro legal aplicável aos serviços de mobilidade e transporte, numa abordagem disruptiva em relação ao pensamento corrente da altura (2016).³⁹

39 De referir que, sobre a UBER, o Advogado Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia, referiu, recentemente, que “[...] the service offered by the Uber platform must be classified as a ‘service in the field of transport’ [...]” – (Opinião do AG no Caso C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain, SL*), vinculando a Uber ao cumprimento da legislação em cada Estado, em matéria de exercício da atividade de transporte.

- Após esta fase, poderá então pronunciar-se sobre a configuração concreta da UBER reconfigurada para avaliar da sua *compliance* perante as regras do direito de regulação e de concorrência em Portugal e na União Europeia;

17.2. Distorções da concorrência na operação portuária, decorrentes da disparidade da organização dos sistemas portuários na Europa e associadas à transposição da Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, e à proposta de Regulamento que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos, no âmbito da qual foram formuladas medidas conducentes a:

- Nivelar os requisitos das concessões portuárias privadas e públicas;
- Eliminar o limite máximo de 30 anos para a duração dos contratos de concessão portuária, que deverá ser estabelecida de acordo com as regras da Diretiva 2014/23/UE, tendo em conta, nomeadamente, os investimentos necessários aos objetivos contratuais da concessão e o retorno e remuneração do capital investido;
- Conceder maior flexibilidade e responsabilidade às Administrações Portuárias quanto à implementação do modelo de operação.

17.3. Recomendação da adoção e concretização urgente de uma estratégia efetiva e calendarizada de implementação do ERTMS – Sistema Europeu de Gestão do Tráfego Ferroviário em Portugal no contexto mais alargado da implementação do Espaço Ferroviário Europeu Único, em *compliance* com o normativo e calendários estabelecidos pela UE, tendo especialmente em consideração o que está a ser efetuado no Corredor Atlântico, particularmente em Espanha, e promovendo a interoperabilidade e a integração na Rede Transeuropeia de Transportes.

18. Cabe ainda uma especial referência, como elemento transversal essencial de suporte a toda a atividade regulatória da AMT e respetiva interação, especificamente com o universo dos regulados, no âmbito do artigo 46.º dos Estatutos, o desenvolvimento em curso do Observatório dos Mercados da Mobilidade, Preços e Estratégias Empresariais, de cuja laboração vai seguramente advir um repositório de informação e do conhecimento que se afigura relevante para o exercício do controlo judicial.

4. CONCLUSÕES

19. Para além das conclusões que foram ficando sedimentadas ao longo do texto, enfatizam-se aqui as seguintes:

19.1. O sistema português de transportes, tal como o sistema europeu, só muito tardiamente, foi objeto da regulação económica, decorrente dos princípios gerais de uma economia mista de mercado, no quadro do direito comunitário de regulação e de concorrência, designadamente do artigo 106.º, n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

19.2. Em Portugal, o MoU levou à adoção de compromissos específicos, não só na criação de um regulador económico independente, mas também no que tange a objetivos operacionais de empresas públicas e de empresas privadas que exercem serviços públicos de transporte.

19.3. A AMT tem vindo a dedicar ao ecossistema uma prioridade sistemática que vai ser seguramente consolidada através da competência especializada do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Neste sentido, congratula-se vivamente com a entrada em funções do TCRS, cujo quinto aniversário é celebrado neste número da revista C & R, e está totalmente disponível para adotar quaisquer metodologias que se revelem mais profícuas no desenvolvimento da sua missão.

Apesar da aparente juventude, o TCRS já conta 5 anos de vida quando a AMT, e mais importante do que isso, a própria Regulação Económica Independente aplicada ao *Ecossistema M & T*, celebra 2 anos apenas em 23 de julho.

Todavia, a AMT confronta-se com um quadro legislativo processual muito diferente do da AdC e também de outros reguladores setoriais, exatamente porque, na ausência de regras processuais autónomas, está obviamente obrigada a aplicar o RGCO com todas as dificuldades que são generalizadamente conhecidas.

19.4. A Regulação Económica de Elevada Qualidade da AMT, não obstante se inspirar nas matrizes de exigências das melhores práticas de regulação focada nos resultados de origem quer da OCDE quer da UE, substantiva a marca identitária da AMT que lhe advém das particularidades e da idiossincrasia do *Ecossistema M & T* que é suposto regular.

19.5. Porventura não existe na “inteligência coletiva” portuguesa o reconhecimento de que há determinadas características de protecionismo arreigado que têm raízes nos Estados Membros com maior dimensão da União Europeia e que se têm refletido na lentidão e na inércia com que as políticas de conclusão do Mercado Interno e de aplicação efetiva do paradigma de concorrência não falseada e demais estruturas jurídicas dos Tratados Fundacionais têm vindo a ser implementadas.

19.6. A AMT tem perfeita consciência de que num Estado de Direito Democrático os atos do Regulador não são definitivos e que carecem de uma adequada sindicância por parte do sistema judicial para garantir uma equilibrada separação de poderes no quadro constitucional.

19.7. No exercício dos seus poderes de regulação, em sentido amplo, a AMT emite atos administrativos com efeitos externos que, se constituírem contra-ordenações, são suscetíveis de impugnação perante o TCRS.

19.8. No exercício dos poderes exortativos da AMT têm sido emitidas Pronúncias claramente inovadoras e disruptivas em diferentes domínios, de que se destacam a atividade das Plataformas Tecnológicas de Mobilidade, no contexto do Transporte de Passageiros em Veículos Não Caracterizados, distorções de concorrência na operação portuária e a instalação do ERTMS na rede ferroviária nacional.

Sendo óbvio que elas em si mesmas são irrecorríveis perante qualquer instância judiciária, não deixam de ser também um instrumento relevante para o próprio TCRS ter uma visão rigorosa das características do *Ecossistema M&T* em Portugal com as possíveis externalidades positivas noutras funções.

BIBLIOGRAFIA

BALDWIN, CAVE & LODGE

2011 *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford Press.

BANGEMANN, M.

1992 “L’Europe contre la «furie réglementaire»”, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1992.

CABRAL, Luís M. B.

2000 *Introduction to Industrial Organization*, Cambridge: The MIT Press.

CARVALHO, João

2017 “O Setor tem de ter confiança no Regulador”, in *Transportes em Revista*, ano XVI – número 169, março/abril 2017.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

1989 *Direito Administrativo*, Volume III, Lisboa.

KAHN, E. Alfred

1988 *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*, Cambridge: The MIT Press, 1988, II vols. first published (1970-1971), New York: John Wiley & Sons, Inc.

LEVY, Pierre

2007 *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*, Edições Loyola.

LOPES RODRIGUES, E. R.

2007a *Políticas Públicas de Promoção da Concorrência*, Lisboa: ISCSP, pp. 110 e segs.

2007b “Política de Concorrência focada na Competitividade e, na Confiança dos Cidadãos”, 2007, in *Boletim do Ministério Público*, n.ºs 113, pps15-45, e 114, pps 85-117.

MAJONE, Giandomenico

2004 “The Raise of the Regulatory State in Europe”, *West European Politics*, 17:77-101.

OECD

2013 “Better Policies For Better Lives”, *Principles for the Governance of Regulators*.

PAZ FERREIRA, E. & SILVA MORAIS, L.

2008 “A Regulação Setorial da Economia, Introdução e Perspetiva Geral”, in PAZ FERREIRA, E., e, SILVA MORAIS, L. + ANASTÁCIO, G., (Organiz.) (2009), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina.

SAUNDERS, Tom & MULGAN, Geoff

2017 “Governing with Collective Intelligence”, *NESTA*, janeiro de 2017.

SOUSA MENDES, Paulo de

- 2009 “O Procedimento Sancionatório Especial Por Infrações Às Regras de Concorrência”, in FERNANDA PALMA, M., SILVA DIAS, A. & SOUSA MENDES, P. (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra Editora.

TIROLE, Jean

- 1988 *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge: The MIT Press.

VELOSO, José António

- 2009 “Aspetos inovadores do Projeto de Regulamento da Autoridade de Concorrência”, ALBUQUERQUE, R. & MENEZES CORDEIRO, A. (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 29-106.

VICENTE, Marta

- 2012 “Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, *Cedipre Online*, n.º 11, p. 10.