

Presidente

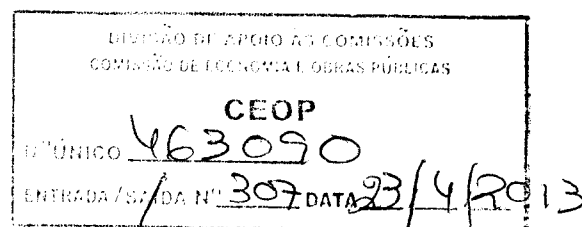
Exmo. Senhor
Dr. Luís Campos Ferreira
Presidente da
Comissão de Economia e Obras Públicas
Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249-068 Lisboa

Ref.: 052/CD/2013

Lisboa, 19 de abril de 2013

Assunto: Proposta de Lei 132/XII

Exmos. Senhores



Analisada a proposta de lei, em discussão pública, sobre a lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, a Associação Portuguesa de Seguradores, representante das empresas de seguros que operam em Portugal, vem pela presente apresentar o seu contributo para o aperfeiçoamento do articulado da proposta de lei, juntando, para o efeito, desde já, memorando elaborado sobre a mesma pela Sociedade de Advogados, Sêrvulo e Associados, de cujo precioso conselho pudemos beneficiar na reflexão sobre esta sensível matéria.

Embora a valia do conteúdo do memorando dispense adjetivos ou sublinhados sejam permitido, todavia, realçar a particular importância das considerações relacionadas com a necessidade de se estabelecerem limites jurídicos, tão precisos quanto possíveis, sobre as competências e atribuições das entidades reguladoras de modo a eliminar dúvidas razoáveis de conformidade com os princípios constitucionais citados e efetuar a devida articulação com as demais normas do ordenamento jurídico.

Além disso, e sem prejuízo das propostas constantes do memorando, que subscrevemos, gostaríamos, ainda, de enfatizar os seguintes aspetos:

- a) A não delimitação clara do que se deva considerar abrangido nas funções/conceitos de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e de aplicação de sanções, bem como uma não concreta enunciação dos poderes que, ao abrigo do artigo 40º da proposta, cabem em cada uma destas funções pode vir a gerar problemas/dúvidas relevantes na vida prática, dada a previsível dificuldade em vir a discernir, em cada momento, em muitas situações, com suficiente grau de certeza e de segurança jurídica, em que qualidade a entidade reguladora possa estar a agir.
- b) Ao longo da proposta, fala-se recorrentemente em poderes de regulação, regulamentação, supervisão, de fiscalização e de aplicação de sanções, mas,

no nº3 do artigo 40º, tal terminologia é abandonada e passa-se a falar em poderes de inspeção, auditoria, fiscalização e sancionatórios. Recomendar-se-ia, assim, a nosso ver, um esforço de precisão no uso dos vários termos destinados eventualmente a referir-se às mesmas realidades e uma maior clareza no enunciado dos conceitos e na delimitação do que neles se compreende.

- c) Acresce que, o nº5 do artigo 40º da proposta também não é muito esclarecedor sobre que poderes podem, ou não, ser objeto de delegação. Por um lado, ao dizer-se que não se pode delegar a prossecução de quaisquer das atribuições da autoridade parece sugerir-se que os poderes daquela são indelegáveis, mas, por outro, logo a seguir, essa impossibilidade de delegação parece ser circunscrita aos poderes regulatórios e sancionatórios, abrindo-se, assim, a porta à delegação de poderes que tenham a ver com o exercício das funções de supervisão e de fiscalização. Haveria também, a nosso ver, vantagens óbvias na clarificação desta matéria, conforme se propõe no memorando anexo.
- d) Sobre a concentração de poderes de supervisão e de aplicação de contraordenações numa mesma entidade que, como se sabe, é matéria controversa, existem hoje, no direito comparado, experiências assentes na dissociação entre os poderes de supervisão, por um lado, e os de aplicação de contraordenações, por outro, conferindo-se estes a Comissões Especializadas, criadas no interior da organização dos supervisores, ou até a órgãos autónomos e independentes, de modo a superar as conhecidas dificuldades que as soluções de concentração de poderes podem suscitar, e que justifica a proposta que se apresenta no memorando anexo.
- e) Finalmente, gostaríamos de enfatizar que a possibilidade aberta no artigo 42º, nº2, alínea d), pode interferir relevantemente na esfera de relacionamento entre o empregador e o trabalhador, podendo colocar este perante o dilema de, por um lado, dever colaborar com a autoridade mas, por outro, ao fazê-lo, violar o dever de lealdade a que está sujeito, ou ser fonte de conflito entre trabalhadores, com consequências relevantes na subsistência da relação laboral.

Esperando que este contributo possa ser julgado útil, gostaríamos, ainda, de solicitar a essa Comissão uma audiência, com o objetivo de poder explicitar melhor e, se for entendido, com mais pormenor, o âmbito e alcance das nossas preocupações.

Com os melhores cumprimentos,



Pedro Seixas Vale

Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

A PROPOSTA DE LEI-QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS (PROPOSTA DE LEI N.º 132/XII)

APRECIÇÃO GERAL E CONTRIBUTOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO ARTICULADO

I. ENQUADRAMENTO

1. A configuração originária do Estado social, que era acompanhada de um razoável grau de direta intervenção económica e, nalguma medida, de *empresarialização* da atividade estadual, vem cedendo o passo, sob a pressão de fatores económicos, demográficos e ideológicos, a uma ideia de *Estado regulador*, em que este não produz, nem presta bens e serviços essenciais ou de interesse geral, antes *regula, supervisiona e fiscaliza* as relações que, nesse plano, se estabelecem diretamente entre os sujeitos particulares.

Esta ideia do Estado regulador, que tem abrangido os mais diversos setores económicos – desde a energia aos transportes, à água e às telecomunicações –, tem expressão no modo de desempenho da atividade e nas relações da Administração – frequentemente sob as vestes de entidades reguladoras independentes – com os particulares. A esse modo de atuação administrativa correspondem, assim, algumas marcas distintivas, presentes na regulação da atividade económica em geral e, também, no domínio da regulação do sector financeiro e, dentro deste, do subsector dos seguros e fundos de pensões.

Na verdade, a regulação da atividade económica é marcada por uma tensão indisfarçável entre, por um lado, as desejáveis efetividade e eficácia dessa mesma regulação e, por outro, as exigências de *accountability*¹ e de respeito pelo princípio

¹ Estreitamente relacionada com a ideia de *legitimidade* ou *legitimação*, a noção de *accountability* traduz-se, no sentido amplo em que normalmente é empregue, no controlo *a posteriori* da conduta de determinada pessoa ou instituição perante outra pessoa ou instituição, podendo ser



Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

do *rule of law* e pelos direitos dos particulares², fundadas, em última instância, na ideia basilar de Estado de Direito democrático.

Tal tensão reflete-se, nomeadamente, num *enfraquecimento* do princípio da legalidade, não só em virtude do exercício de poderes de autoridade frequentemente assente no preenchimento de conceitos indeterminados e na densificação de pressupostos de facto complexos ou envolvendo juízos técnicos, mas também em resultado de um poder regulamentar extraordinariamente amplo, que aproxima muito a atividade administrativa da legiferação.

Mas não é só o princípio da legalidade da atividade administrativa que se mostra debilitado no quadro da atividade reguladora. Também o próprio princípio democrático é, de algum modo, mesmo que inevitável ou legitimamente, posto em crise pelo advento das entidades reguladoras independentes, que se acham subtraídas à hierarquia e à superintendência do Governo³.

2. É neste contexto, portanto, que deve ser perspetivada a recente proposta de lei-quadro das entidades reguladoras (Proposta de Lei n.º 132/XII), a respeito da qual a Associação Portuguesa de Seguradores solicita a nossa apreciação. Não se trata de pôr em causa a pertinência ou a necessidade de

desdobrada numa tripla vertente: "*who is accountable, to whom and for what*" (cf. BRONWEN MORGAN / KAREN YEUNG, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge, 2007, p. 228). Sobre o tema, cf. também COLIN SCOTT, *Accountability in the regulatory state*, in *Journal of Law and Society*, n.º 27, pp. 38-60, também disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=234795.

² Cf. COLIN SCOTT, *Regulatory governance and the challenge of constitutionalism*, in DAWN OLIVER / TONY PROSSER / RICHARD RAWLINGS, *The Regulatory State – Constitutional Implications*, Oxford, 2010, pp. 15 e ss.

³ Sobre a própria *reconfiguração* do Estado e do equilíbrio entre os poderes públicos em virtude da atividade das entidades reguladoras, e a inerente insuficiência dos meios *convencionais* de participação e controlo democráticos, cf. MARIANO-FLORENTINO CUÉLLAR, *Rethinking regulatory democracy*, in *Administrative Law Review*, n.º 57, pp. 411-50, também disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=595181, e DAWN OLIVER, *Regulation, democracy, and democratic oversight in the UK*, in DAWN OLIVER / TONY PROSSER / RICHARD RAWLINGS, *The Regulatory State...*, cit., pp. 243 e ss.





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

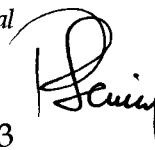
aprovação deste diploma legal, bem como o mérito geral da referida proposta de lei. O que se pretende é tão-somente chamar a atenção para alguns aspetos concretos suscetíveis de ser melhorados.

II. A NECESSIDADE DE ASSEGURAR O RESPEITO PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADOS

3. Como é sabido, a Constituição sujeita o exercício da função administrativa a uma norma de legalidade (cf. artigo 266.º, n.º 2), traduzida quer na preferência da ordem jurídica globalmente considerada, quer na reserva de uma previsão normativa legitimamente emanada pelo poder legislativo, e, ainda, numa perspetiva estritamente subjetiva, na defesa das posições jurídicas legítimas dos particulares. Nesse mesmo sentido, determina o n.º 1 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo que os “*órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos*”.

Independentemente da controvérsia gerada em torno da *natureza* e do *alcance* do princípio da legalidade administrativa, o mesmo tem sido modernamente reconduzido à seguinte ideia de base: *a função administrativa deve exercer-se com fundamento na lei (rectius, no bloco de legalidade) e dentro dos limites por ela impostos*⁴.

⁴ Cf., a este respeito, SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, pp. 231 ss, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, 1997 (5.ª reimp.), pp. 85 ss, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Introdução e princípios fundamentais*, tomo I, Lisboa, 2004, pp. 153 ss, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996, pp. 337-344 ss, e, do mesmo Autor, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 328 e ss





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

Na verdade, enquanto direta decorrência do modelo de Estado de Direito democrático proclamado pelo artigo 2.º da Constituição, o princípio da legalidade preside ao exercício da competência confiada aos órgãos administrativos, deixando de formar “*apenas um limite da autonomia pública*” – ou, até, “*uma base genérica positiva*” para o exercício de competências – para tornar-se, antes, o fundamento positivo de cada uma das decisões administrativas⁵.

4. Assim, em virtude do princípio da legalidade, o próprio poder regulamentar, enquanto expressão do exercício da função administrativa, existe apenas na medida e com o alcance com que o mesmo for atribuído a determinado órgão por norma de grau superior, que fixe de forma suficientemente densificada os pressupostos de que depende o seu exercício e as matérias sobre as quais incide esse poder.

A submissão dos regulamentos administrativos ao princípio da precedência de lei habilitante é, aliás, expressamente afirmada no n.º 7 do artigo 112.º da Constituição, que vincula tanto os regulamentos de execução, como os autónomos ou independentes. Desse preceito se retira que a Constituição impõe, como parâmetro de validade de um regulamento administrativo, (i) que exista uma lei anterior que habilite um órgão a emitir um regulamento sobre determinada matéria e (ii) que este faça expressamente referência à lei habilitante.

Ora, no domínio da regulação da atividade económica, o que se deteta é que as entidades reguladoras se acham dotadas de poder regulamentar *independente* ou *autónomo* ou, quando o exercício desse poder é circunscrito por norma habilitante especial, de uma muito ampla liberdade de conformação do regulamento a adotar. Logo, sendo certo que o princípio da legalidade é compatível com diferentes graus de garantia dos particulares, podemos afirmar que ele atinge, neste domínio, uma *garantia mínima*, sendo parte muito relevante do respetivo *bloco de legalidade* integrado por normas emitidas pelas entidades reguladoras.

⁵ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 491.



5. Como é evidente, a debilidade do princípio da legalidade no domínio da regulação da atividade económica não se faz sentir apenas na atuação *normativa* (ou *para-normativa*) das entidades reguladoras, mas também na que se situa no plano da relação com destinatários concretos e determinados, em especial as próprias empresas reguladas.

Com efeito, a par do poder regulamentar, as entidades reguladoras exercem amplos poderes de supervisão, fiscalização e sancionamento, onde se suscitam amiúde questões de grande complexidade técnica ou que envolvem a concretização de verdadeiros conceitos indeterminados.

Este dado, da debilidade do princípio da legalidade, não pode deixar de merecer especial atenção, quer porque a atividade das entidades reguladoras tem um efeito compressor de direitos fundamentais dos particulares e, desde logo, do direito de iniciativa privada e da liberdade de empresa⁶, quer porque esta debilidade se soma a uma outra, ou seja, a do próprio controlo democrático da atividade administrativa, uma vez que estas entidades gozam de um estatuto de independência.

6. Decorre do exposto que a extensão e a intensidade dos poderes conferidos às entidades reguladoras não podem deixar de ser acompanhadas, em homenagem à própria ideia de Estado de Direito democrático (cfr. artigo 2.º da Constituição), da definição de limites jurídicos tão precisos quanto possível.

⁶ A Constituição, após a primeira revisão constitucional, erigiu em direito fundamental a liberdade de iniciativa privada, no respetivo artigo 61.º, n.º 1. Esse direito reveste aí, reconhecidamente, uma dupla dimensão: “*Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário)*” – cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 790. Cfr. ainda EVARISTO FERREIRA MENDES, *Constituição Portuguesa Anotada*, coord. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, 2.ª ed. Coimbra, 2010, anotação *sub* artigo 61.º, pp. 1183 e ss., e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Limites constitucionais à iniciativa económica privada*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Ferrer Correia*, Coimbra, 1984, pp. 413-414.

A esta luz, diversas disposições da proposta de lei em apreço mostram-se suscetíveis de aperfeiçoamento, nomeadamente as seguintes:

- a) No artigo 6.º, deve clarificar-se, desde logo, que a limitação do escopo das entidades reguladoras a atividades de regulação abrange tanto as entidades reguladoras a criar, como as já existentes.

Assim, sugerimos que o mencionado preceito legal passe a ter a seguinte redação:

Artigo 6.º

Fins e pressupostos da criação de entidades reguladoras

1 - As entidades reguladoras só podem prosseguir atribuições de regulação de atividades económicas, dependendo a respetiva criação da comprovação da necessidade de independência, em face do Governo, na prossecução de tais atribuições.

2 - As entidades reguladoras não podem:

a) Desenvolver atividades que, nos termos da Constituição, devam ser desempenhadas por serviços e organismos da administração direta ou indireta do Estado;

b) Participar, direta ou indiretamente, como operadores nas atividades reguladas ou estabelecer quaisquer parcerias com destinatários da respetiva atividade.

3 - (...)

4 - (...)

5 - (...)

- b) Na mesma linha de entendimento, afigura-se-nos que o n.º 1 do artigo 12.º é demasiado amplo, induzindo o risco, muito grave da perspetiva da segurança jurídica, de ser entendido como uma base genérica habilitante da prática de atos jurídicos, incluindo atos de autoridade.

Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

Como tal, sugerimos a seguinte redação alternativa:

Artigo 12.º

Princípio da especialidade

1 – Sem prejuízo da observância do princípio da legalidade no domínio da gestão pública, a capacidade jurídica das entidades reguladoras abrange todos os direitos e obrigações necessários à prossecução das atribuições que lhes tenham sido especificamente cometidas pela lei.

2 – (...)

3 – (...)

4 – (...)

- c) Entrando já no Capítulo IV da proposta de lei em apreço, encontramos, igualmente, várias disposições que se prestam a dúvidas interpretativas ou justificariam aperfeiçoamentos.

Assim, começando pelo artigo 40.º, as nossas observações são as seguintes:

- i. A alínea *a)* do n.º 2 mostra-se demasiado ampla, contendendo com a ideia basilar da precedência de lei habilitante do poder regulamentar, além de fazer menção a figuras de contornos jurídicos pouco claros ou mesmo contraditórios. Em especial, pode questionar-se a bondade da distinção entre normas de *carácter geral* e normas de *carácter particular*, bem como a admissibilidade da aprovação de normas administrativas que, afinal, não consubstanciariam verdadeiros regulamentos. Além disso, a figura das *instruções* encontra cabimento no domínio da supervisão e da regulação, não no plano da regulamentação, encontrando-se já prevista na alínea *i)* do n.º 1 do mesmo preceito legal.

Em alternativa, sugere-se, portanto, a seguinte redação para esta alínea *a)* do n.º 2 do artigo 40.º: “Elaborar e aprovar regulamentos, nos moldes permitidos pela Constituição e pela lei”.

- ii. O corpo do n.º 4 refere-se apenas a *poderes de mediação*, mas a respetiva alínea *a)* contempla, aparentemente, a constituição de centros de arbitragem voluntária e a alínea *b)* parece mesmo sugerir a possibilidade de resolução de litígios entre particulares pelas autoridades reguladoras, por iniciativa destas ou, eventualmente, através de um regime de arbitragem obrigatória, sendo que, com este alcance, a referida alínea *b)* seria inconstitucional, por atribuir a entidades administrativas funções materialmente jurisdicionais.

Propõe-se, pois, a pura e simples eliminação da mencionada alínea *b)*, esclarecendo-se, no local próprio, que as decisões proferidas em sede de arbitragem voluntária são passíveis de recurso, nos termos gerais. Esse local será, quanto a nós, um artigo a aditar relativo ao controlo jurisdicional da atividade das entidades reguladoras⁷.

- iii. Tendo em conta alguma imprecisão terminológica, ou quanto ao conteúdo das diversas categorias de poderes cometidos às entidades reguladoras (*regulação, supervisão, fiscalização e punição*), sugerimos que, na parte final do n.º 5, passe a ler-se “(...) *atribuições ou poderes públicos*”.

- d) No que respeita aos poderes em matéria de inspeção e auditoria, a alínea *d)* do n.º 2 do artigo 43.º contempla, aparentemente, um dever

⁷ Cfr. secção III *infra*.



Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

ilimitado de colaboração e prestação de informação por parte dos representantes legais, trabalhadores ou colaboradores das empresas reguladas, em linha com o que, mais adiante, dispõe o artigo 44.º.

Cabe recordar, todavia, que, segundo o Direito europeu e nacional, os trabalhadores e colaboradores das empresas e, em especial, as pessoas que desempenham funções de controlo interno assessoram a administração e formulam recomendações dirigidas a esta. Ao órgão de fiscalização cabe vigiar pelo eficaz funcionamento dos sistemas de auditoria interna, gestão de riscos e *compliance* e a este órgão cabe também receber as comunicações de irregularidades apresentadas por acionistas, colaboradores da sociedade ou outros - cfr. artigos 420.º, n.º 1, alíneas *i*) e *j*), 423.º-F, n.º 1, alíneas *i*) e *j*), e 441.º, n.º 1, alíneas *i*) e *j*), do Código das Sociedades Comerciais.

Uma modificação deste sistema, como proposto, em benefício de uma relação direta entre cada trabalhador ou colaborador e a entidade reguladora consubstanciaria uma quebra grave dos deveres de lealdade intra-organizatórios, um enfraquecimento da liderança interna e da cadeia hierárquica, favorecendo (ou, ao menos, não filtrando) denúncias caluniosas e infundadas.

Acresce que, mesmo estando em causa apenas os representantes legais das empresas reguladas, os poderes de investigação das entidades reguladoras não podem deixar de ser modelados em função de diversos fatores, de entre os quais avultam os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Uma primeira faceta dessa limitação há de manifestar-se, desde logo, no respeito pelo segredo profissional, consagrado, nomeadamente, na lei de processo penal, onde é erigido em motivo legítimo de escusa de prestação de depoimento por testemunhas e motivo impeditivo, em certos casos, de entrega de documentos solicitados pelas autoridades judiciárias (cfr. artigo 135.º do Código de Processo Penal). Ora, se o





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

segredo profissional merece consagração expressa no processo penal, sendo, em certos casos, resistente mesmo perante os relevantes interesses ali prosseguidos, a sua resistência deverá ser, senão mais elevada, pelo menos de grau semelhante perante as entidades reguladoras.

Além disso, esse dever de colaboração ou de prestação de informações também pode ter de ser compatibilizado o direito à reserva da vida da empresa ou as informações em causa se encontrem abrangidas por segredo comercial ou de negócios. Em tais casos, deve ser ponderado se o direito à reserva daqueles factos deve ceder, ou se, pelo contrário, não existem razões suficientemente ponderosas que justifiquem tal cedência, cabendo essa ponderação apenas a um tribunal e mediante um juízo devidamente fundamentado.

Nesta conformidade, sugerimos que a alínea *d*) do n.º 2 do artigo 42.º e o artigo 44.º se cinjam aos representantes legais das empresas reguladas e que, no final de cada uma dessas disposições legais, seja acrescentada uma ressalva com a seguinte redação: *"(...) sem prejuízo da invocação de segredo profissional, de segredo comercial ou de negócios ou da reserva da vida privada da empresa em causa"*.

Sugerimos ainda que, no artigo 44.º, seja acrescentado um n.º 2, com a seguinte redação: *"Sempre que seja invocado segredo profissional, segredo comercial ou de negócios ou a reserva da vida privada da empresa, como fundamento para não prestação de documentos ou informações solicitados pela entidade reguladora, essa prestação só pode ser exigida mediante decisão judicial que pondere os interesses e valores coenvolvidos e conclua no sentido da prevalência das razões que justificam o pedido de informação por parte da entidade reguladora"*.

- e) Finalmente, no que respeita ao artigo 43.º, que versa sobre o exercício de poderes sancionatórios, deve ter-se em conta que o modelo de





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

concentração de poderes de *processamento* e de *punição* das infrações na mesma entidade e, nomeadamente, nos mesmos órgãos e serviços, tem, na prática, *provado mal*, constatando-se, sem surpresa, uma enorme resistência ao acolhimento dos argumentos de defesa das empresas reguladas por parte de quem investigou e deduziu acusação contra elas. Além disso, a natureza *para-penal* do processo sancionatório e a tendencial equiparação, em termos de garantias de defesa, que a própria Constituição estabelece entre processo penal e processo contraordenacional (cf. artigo 32.º, n.º 10, da Constituição) recomendariam a adoção, ainda na fase de tramitação administrativa, de uma estrutura acusatória, e não inquisitória, com segregação das funções de investigação e acusação, por um lado, e de aplicação de sanções, por outro.

Além disso, o exercício de poderes sancionatórios não pode, naturalmente, deixar de observar os direitos de defesa e contraditório. Assim, sugerimos que o referido artigo 43.º passe a ter a seguinte redação:

Artigo 43.º

Poderes sancionatórios

1 - (...)

2 - *Os procedimentos sancionatórios devem observar os direitos de audiência e defesa dos interessados, bem como o princípio do contraditório e demais princípios previstos na Constituição e na lei.*

3 - *Sem prejuízo do disposto no número anterior, as entidades reguladoras devem assegurar que a defesa e a produção de prova por parte das empresas objeto de processos de contraordenação são apreciadas por uma comissão ad hoc independente dos órgãos de direção, a qual não pode incluir nenhum membro que tenha tido intervenção na fase de investigação e instrução do processo sancionatório em causa.*





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

III. O REFORÇO DA IMPORTÂNCIA RELATIVA, OU DA FUNÇÃO RETORA, DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

7. Num Estado de Direito, o enfraquecimento da legalidade no quadro da atividade pública de regulação económica não pode deixar de ser compensado pelo reforço da importância relativa, ou da *função retora*, dos princípios gerais da atividade administrativa, designadamente os princípios (i) da proporcionalidade, (ii) da imparcialidade e (iii) da boa fé, na vertente ou subprincípio da confiança legítima.

Pode, aliás, afirmar-se que a adstrição da Administração aos princípios gerais se traduziu numa evolução do Direito Administrativo no sentido da progressiva integração do próprio poder discricionário nos quadros do Estado de Direito⁸.

Na verdade, tais princípios não se consubstanciam na proclamação de *fórmulas vazias* ou em mera *retórica jurídica*, mas constituem sólida fonte de parâmetros e critérios de atuação administrativa, reconhecidos há muito na doutrina da especialidade e jurisprudência dos nossos tribunais administrativos, conforme se expõe sumariamente em seguida.

8. À luz do que antecede, impressiona a ausência de referência expressa, na proposta de lei em apreço, à observância dos parâmetros decorrentes dos princípios gerais da atividade administrativa, apenas se detetando a menção à aplicação *subsidiária* do Código do Procedimento Administrativo e quaisquer outras normas e princípios de âmbito geral *respeitantes aos atos administrativos do Estado* – cfr. artigo 5.º, n.º 2, alínea a).

Sucedem, porém, que a relevância dos princípios acima mencionados não se

⁸ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, 1991, p. 136.



Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

cinge a uma aplicação *subsidiária*, nem às situações em que a atividade administrativa se consubstancie na prática de atos administrativos.

Em consequência, sugerimos que o artigo 5.º da proposta de lei passe a ter nova redação, que afirme a sujeição *plena e permanente* aos princípios gerais da atividade administrativa, do mesmo passo que sujeite a prática de verdadeiros atos administrativos ao procedimento comum previsto no Código do Procedimento Administrativo.

Afigura-se-nos, igualmente, que o artigo 5.º da proposta de lei deve ser objeto de duas outras alterações: (i) na determinação da legislação aplicável, deve assumir-se a aplicação *prima facie* da lei especial salvo quando contrarie o sentido fundamental da lei geral consubstanciada na presente lei-quadro (que não é uma lei de valor reforçado), atendendo ao amplo universo de entidades reguladoras a que esta última se destina e às especificidades do estatuto de cada regulador; (ii) deve ser eliminada, deste artigo, a referência às leis do contencioso administrativo, que não regulam, propriamente, a atividade administrativa, afirmando-se noutro local, autonomamente, a sujeição à jurisdição administrativa.

Mais concretamente, sugerimos que o artigo 5.º passe a ter a seguinte redação, acrescentando-se também um novo artigo 47.º, com a correspondente renumeração dos atuais artigos 47.º e 48.º, nos seguintes termos:

Artigo 5.º

Regime jurídico

1 – *As entidades reguladoras regem-se pelos respetivos estatutos e pelas normas constantes da presente lei-quadro, pela legislação sectorial aplicável e pelos seus regulamentos internos.*

2 – *A prática de atos administrativos pelas entidades reguladoras fica sujeita ao procedimento administrativo comum previsto no Código do Procedimento Administrativo, incluindo o direito de participação dos interessados, sem prejuízo das regras procedimentais constantes de lei especial.*

3 – *No exercício da respetiva atividade, e ainda que esta não envolva o exercício de poderes*



Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

de autoridade, as entidades reguladoras devem observar os princípios gerais da atividade administrativa consagrados na Constituição e no Código do Procedimento Administrativo, nomeadamente os princípios da proporcionalidade, da imparcialidade e da segurança jurídica e da confiança legítima dos administrados.

4 – [atual n.º 3]

Artigo 47.º

Controlo jurisdicional

1 – *A atividade das entidades reguladoras fica sujeita, nos termos gerais das leis de contencioso administrativo, à jurisdição dos tribunais administrativos.*

2 – *As sanções por infrações contraordenacionais são impugnáveis, nos termos gerais, junto dos tribunais judiciais.*

3 – *Nos casos em que a lei preveja a possibilidade de resolução de conflitos entre particulares mediante arbitragem voluntária a decorrer perante as entidades reguladoras, a respetiva decisão arbitral é passível de recurso para os tribunais judiciais, nos termos gerais.*

IV. O APRIMORAMENTO DAS ESTRUTURAS DE GOVERNAÇÃO: A NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO OBRIGATÓRIA DE CONSELHOS CONSULTIVOS

9. A terminar, não podemos deixar de referir que, a nosso ver, a imposição de deveres de boa gestão, *accountability* e transparência vertida na proposta de lei fica aquém do que seria desejável em matéria de boas práticas governativas, e não acompanha as mais hodiernas tendências internacionais nesta matéria, algumas das quais já sectorialmente adotadas por algumas entidades reguladoras⁹.

⁹ Dê-se o exemplo do ISP e da CMVM, que no âmbito dos seus estatutos incorporaram órgãos consultivos, onde estão representados diversos *stakeholders*, tais como associações de defesa dos





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

Em particular, reveste-se de toda a conveniência que se aproveite o ensejo da codificação do quadro legal geral aplicável às entidades reguladoras dos setores económicos para introduzir mecanismos de participação das entidades representativas da indústria ou as próprias empresas, mormente através da criação de estruturas de natureza consultiva que as envolvam¹⁰.

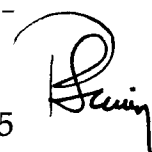
A representação da indústria no modelo de governo estabelecido para as entidades reguladoras pode ser assegurada mediante a sua integração num órgão consultivo que assuma uma intervenção nos processos decisórios internos. As competências e configuração específicas deste órgão consultivo devem lograr que as entidades representativas da indústria assumam uma voz ativa no processo de preparação de intervenções regulatórias nos setores em que exercem a sua atividade.

10. Com este objetivo, é fundamental que este órgão seja, à semelhança do que sucede com o conselho de administração e a comissão de fiscalização/fiscal único no anteprojecto em apreço, obrigatório, e que a sua composição, competências e funcionamento estejam devidamente caracterizados na lei-quadro.

A composição quantitativa do órgão consultivo deve ser adequada a permitir, na prática, dotá-lo de influência efetiva na governação da respetiva entidade reguladora máxime nos processos regulatórios. Neste sentido, seria desejável a existência um órgão consultivo constituído *exclusivamente* pelas entidades empresariais do setor e/ou as suas associações representativas, ou seja,

consumidores, membros da indústria, representantes da administração do Estado, etc. Cfr. artigo 23.º do Estatuto do ISP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro; artigo 20.º, do Estatuto da CMVM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro. Sucede porém que a atual composição, quantitativa e qualitativa, dos conselhos consultivos não é porventura a mais adequada de modo a permitir, como seria desejável, a uma efetiva intervenção por parte dos destinatários da atividade no processo regulatório.

¹⁰ PAULO CÂMARA/ GRETCHEN LOWERY, *The Internal Governance Structure of Financial Regulatory Authorities: Main Models and Current Trends*, in MARTA TAVARES DE ALMEIDA/ LUZIUS MADER (ed.), *Proceedings of the 9th International Association of Legislation Congress. Quality of Legislation - Principles and Instruments*, Nomos Verlag (2011).



pelos representantes das entidades reguladas, sem prejuízo de os estatutos de cada entidade poderem criar, em acréscimo, órgãos, painéis ou comissões constituídas pelos representantes de outros *stakeholders* da indústria (e.g. os consumidores)¹¹.

A designação dos membros do órgão consultivo assim desenhado deverá caber à própria entidade reguladora, em conjunto com as associações do setor, de modo a assegurar a independência deste órgão face ao executivo da entidade reguladora, de forma consistente com as funções que lhe serão cometidas.

O anteprojeto deverá ainda definir as competências deste órgão consultivo, a quem deverá caber: pronunciar-se sobre as linhas de orientação estratégica relativas ao setor, sobre qualquer iniciativa regulatória no setor ou questão que lhe seja submetida pelo conselho de administração; por iniciativa própria, ou a pedido do conselho de administração, apresentar a este órgão projetos legislativos ligados ao respetivo setor; por sua própria iniciativa, apresentar sugestões e recomendações ao conselho de administração no âmbito das atribuições conferidas à entidade reguladora.

Deverá ser assegurada, designadamente, uma audiência prévia do órgão consultivo sempre que seja pedida a intervenção da entidade reguladora em qualquer iniciativa regulatória no sector e previamente à emissão de qualquer regulação por parte da respetiva entidade reguladora.

Deverá, adicionalmente, encontrar-se estabelecida no anteprojeto a periodicidade das reuniões do órgão consultivo e uma regular e recíproca troca de informações entre o conselho de administração e o órgão consultivo.

11. A consagração de um órgão consultivo da entidade reguladora, onde se encontrem representados os membros da indústria apresenta plúrimas vantagens do ponto de vista dos objetivos que subjazem à elaboração do anteprojeto

¹¹ É o que sucede no âmbito da britânica FSA (*Financial Services Authority*), sindicável tanto pelos consumidores como pelas entidades reguladas, compreendendo para o efeito dois órgãos estatutários: o *Consumer Protection Panel* e o *Practitioners Panel*. Sobre o tema, PAULO CÂMARA/GRETCHEN LOWERY, *The Internal Governance Structure of Financial Regulatory Authorities: Main Models and Current Trends*, cit., p. 162.

Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

legislativo em análise.

Do ponto de vista da sindicabilidade, a intervenção dos atores que exercem a sua atividade económica no setor regulado permite um acompanhamento, apreciação e avaliação do desempenho da entidade reguladora por parte destas entidades, o que estimula e propicia a sua maior eficiência¹².

Por outro lado, o envolvimento dos agentes económicos no processo regulatório, através da sua participação no processo decisório da entidade reguladora, potencia a modernização dos tecidos normativos sectoriais e torna o processo regulatório mais consensual. Na perspetiva da qualidade da regulação, não pode igualmente olvidar-se a importância do contributo por parte de quem atua no setor, tem conhecimento profundo do mesmo e tem de se conformar com as suas normas reguladoras¹³.

Saliente-se ainda que, no quadro da regulação do sistema financeiro – que inclui o setor bancário, segurador e o mercado de valores mobiliários e instrumentos financeiros –, o objetivo adicional e específico de garantia da estabilidade e eficiência do sistema financeiro reclama particularmente as soluções ora propostas. Com efeito, a participação dos atores que representam a indústria, ao promover a melhoria e modernização da regulação, a sindicabilidade da atuação das entidades reguladoras e a sua eficiência, promove a confiança, intrinsecamente ligada à estabilidade do sistema financeiro.

12. Em face de todo o exposto, afigura-se pertinente a introdução, no anteprojeto em apreço, de mecanismos de participação das entidades que exercem a sua atividade num setor regulado no governo da respetiva entidade reguladora, através da criação de estruturas de natureza consultiva que as envolvam. O anteprojeto em questão refere que os estatutos de cada entidade *podem* prever,

¹² Cfr. PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 2nd ed., Coimbra, (2011), p. 273.

¹³ Quanto à motivação da indústria para tomar parte neste processo, veja-se ELIZABETH ATKINS, *Business in Global Governance, One Earth Future Foundation, Working Paper*, disponível em <http://oneearthfuture.org>.



Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

além do conselho de administração e do órgão de fiscalização, outros órgãos de natureza consultiva ou de participação dos destinatários da respectiva atividade. Considera-se, ao invés, que tais órgãos consultivos e de participação dos destinatários da atividade *devem* ser adotados pelas entidades reguladoras no âmbito do modelo de governo a implementar e assumir um carácter *obrigatório* – razão que justifica a sua consagração e delimitação na lei-quadro – evitando-se, deste modo, a possibilidade de serem, pela via estatutária, suprimidos ou prejudicada a sua eficácia. A definição das competências, âmbito de atuação e funcionamento do órgão consultivo que assegura a participação dos membros do setor no âmbito da própria lei-quadro das entidades reguladoras visa impedir o esvaziamento do seu objeto, que poderia resultar da sua simples remissão para o quadro estatutário.

13. Com este objetivo, o anteprojeto de lei-quadro das entidades reguladoras deverá fornecer um enquadramento mínimo do órgão consultivo proposto.

Para o efeito, o Título III (“*Organização, serviços e gestão*”), no Capítulo I (“*Organização*”), deverá incluir adicionalmente uma Secção IV (“*Conselho consultivo*”), de onde constem as regras aplicáveis ao conselho consultivo, caracterizando a sua função, composição e designação, competências e funcionamento. Esta secção deverá conter regras-quadro sobre as seguintes matérias:

- i. Composição do conselho consultivo, devendo assegurar-se que no mesmo se encontram plenamente representadas as entidades que exercem a sua atividade no setor regulado;
- ii. Forma como são designados os membros do conselho consultivo, a qual, a fim de assegurar a independência deste órgão em face do conselho de administração da entidade reguladora, deverá prever que pelo menos dois terços dos seus membros sejam designados pelas associações do setor;





Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL

- iii. Periodicidade das reuniões ordinárias do conselho consultivo;
- iv. Competências do conselho consultivo, que deverão incluir, entre outros, o poder de pronúncia sobre as políticas regulatórias do setor, bem como sobre a execução das mesmas, e o poder de apreciação dos projetos de legislação respeitantes às matérias relacionadas com o respetivo setor. Impõe-se ainda estabelecer a obrigatoriedade de o conselho consultivo ser ouvido antes de qualquer intervenção *normativa* da entidade reguladora no sector;
- v. Acesso à informação, de modo a permitir um exercício efetivo e eficaz pelo conselho consultivo das suas competências;
- vi. Publicidade das iniciativas do conselho consultivo e das atas lavradas das suas reuniões, designadamente no sítio de internet da entidade reguladora.

Lisboa, 19 de abril de 2013

Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados

